

RODRIGO LEME FREITAS

Propriedade Intelectual: Paradigma Internacional e(m) Crise(s)

Tese de Doutorado

Orientadora: Professora Dra. Maristela Basso

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2020

RODRIGO LEME FREITAS

Propriedade Intelectual: Paradigma Internacional e(m) Crise(s)

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração de Direito Internacional (Linha de Pesquisa: Direito Internacional da Propriedade Intelectual), sob a orientação da Profa. Dra. Maristela Basso.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo – SP
2020

F866

Freitas, Rodrigo Leme

Propriedade Intelectual: Paradigma Internacional e(m) Crise(s). – São Paulo: [s.n.], 2020.

462 f. ; 30 cm.

Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, 2020.

Orientadora: Profa. Dra. Maristela Basso.

1. Propriedade intelectual (Direito Internacional). 2. Direito autoral. 3. Propriedade industrial. I. Basso, Maristela. II. Universidade de São Paulo, Programa de Estudos Pós-graduados em Direito. III. Título.

CDD 340

Agradeço à Professora Associada Dra. Maristela Basso, pela contribuição essencial e pelos incentivos na exploração deste tema, tão instigante e desafiador. Agradeço igualmente à minha família pelo constante encorajamento no desenvolvimento tanto dos meus estudos quanto dos aspectos que me formam como pessoa. Agradeço, especialmente, à minha esposa Daniela Ferraz, pessoa que mais do que ninguém compreende e compartilha comigo, nos últimos quinze anos, determinadas privações em prol de objetivos maiores relativos não somente ao estudo, mas, mais importante, à constante perseguição ao conhecimento.

Freitas, Rodrigo Leme. *Propriedade Intelectual: Paradigma Internacional e(m) Crise(s)*. 2020. 462 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

RESUMO

A presente tese tem por objetivo realizar uma análise paradigmática da propriedade intelectual, conferindo ênfase tanto aos elementos que formam aquilo que denominaremos como sendo o paradigma internacional da propriedade intelectual, quanto aos aspectos que formam suas crises, analisadas sob diferentes perspectivas. Trata-se, em outras palavras, de uma análise problematizada da teoria da propriedade intelectual, a partir de recortes históricos e conjunturais que permitem, argumenta-se, o exercício de reflexão acerca da formação de um paradigma internacional que a acompanha, paradigma esse formado por fundamentos e estruturas que, apesar de seu cariz multifacetado, se reproduzem de forma contínua no tempo, desde a prensa de tipos móveis até os modernos sistemas de comunicação. Busca-se, dessa forma, explorar uma base conceitual que enalteça a construção contínua do instituto, seja como forma de compreender as dinâmicas do passado, mas, mais importante, como maneira de trazer luz, a partir delas, às controvérsias que se manifestam no tempo presente. Esse desiderato é também (e principalmente) atingido na presente tese por meio da análise do conjunto de elementos que formam as crises da matéria, crises essas analisadas sob quatro perspectivas diferentes: a) tecnológica; b) de autoria; c) econômica; e d) político-jurídica. Levando-se em consideração, assim, o caráter realmente multidisciplinar da matéria, a parte que tratará das crises buscará analisar os meandros das quatro dimensões de crise escolhidas para fortalecer a noção do paradigma, explorando o argumento de que elas têm o condão de explicar a propriedade intelectual com maior acuracidade do que, propriamente, os próprios institutos jurídicos que definem a sua normatização (que representam, ao fim e ao cabo, tanto o local onde toda a problemática deságua, quanto mais uma das dimensões de crise). O exame do paradigma internacional, assim como o das crises, além de viabilizar os estudos ínsitos que ecoam em ambos, também oferecerá, de quebra, elementos fundamentais para que se possa refletir sobre os formatos possíveis da propriedade intelectual, ou seja, acerca do seu futuro, viabilizando com isso a prospecção de determinados caminhos que podem definir a matéria, ao menos, no horizonte visível.

Palavras-chave: Propriedade Intelectual (Direito Internacional); Direito autoral; Propriedade industrial.

Freitas, Rodrigo Leme. *Intellectual Property: Internacional Paradigm in(and) Crisis*. 2020. 462 f. Degree (Master of Doctorate). Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2020.

ABSTRACT

The present thesis has as its objective to perform a paradigmatic analysis of intellectual property, emphasizing both the elements that form what we define as the international intellectual property paradigm, and the aspects that form its crises, analysed under different perspectives. In other words, it is with regard to a problematized analysis of the intellectual property theory, based on historical and circumstantial aspects that enable a reflective exercise on the formation of an international paradigm accompanying it. This paradigm is formed by fundamentals and structures that, despite its multi-faceted nature, reproduce themselves in a continuous way through time, since the print press up to modern communication systems. In this sense, it seeks to explore a conceptual basis that praises the continuous construction of the institute, as a way to comprehend past dynamics, but, most importantly, as a manner of bringing light to the controversies which is manifested in present time. This desideratum is also reached (and mainly) in the present thesis through the analysis of the group of elements that form the subject of crises, analysed under four different perspectives: a) technological; b) authorial; c) economic; and d) political-juridical. Therefore, taking the really multidisciplinary character of the subject into consideration, the part which addresses the crises will seek to analyse the meanders of the four crisis dimensions chosen to strengthen the notion of paradigm, exploiting the argument that they have the wandering of explaining intellectual property with more accuracy than the own juridical institutions which define its standardization (that represent, in the end, where the whole issue drains as well as one more dimension of the crisis). The exam of the international paradigm, as well as the crises one, in spite of enabling the characteristic studies that echo in both of them, will also offer fundamental elements so that reflection can exist on possible formats for intellectual property, therefore, regarding its future, enabling the prospection of certain paths that can define the subject, at least in the foreseeable future.

Keywords: Intellectual Property (International Law); Copyright Law; Industrial Property.

Freitas, Rodrigo Leme. *Propriété Intellectuelle: Paradigme International et (ou sur) crise(s)*. 2020. 462 f. Tèse (Doctorat en Droit). Faculté de Droit, Université a Sao Paulo, São Paulo, 2020.

RESUMÈ

Cette thèse vise à effectuer une analyse paradigmatique de la propriété intellectuelle, en ce qui concernent les éléments que surviennent de ceux que nous appelleront comme le paradigme international de la propriété intellectuelle, comme aux aspects qui gèrent crises, analysées sur différent perspectives. Cela veut dire, aux aspects qui conduisent aux crises, analysées sur différentes perspectives. En d'autres mots, une analyse problematique de la théorie de la propriété intellectuelle, à partir de découpes de conjonctures historiques qui permettent, nous soutenons, l'exercice de la réflexion sur la formation d'un paradigme international qui se pose. Ce paradigme est formé par des fondamentaux et des structures que, malgré leur multiples facettes, se reproduisent continuellement dans le temps, depuis la presse jusqu'aux modernes systèmes de communication. Nous cherchons, de cette façon, explorer une base conceptuelle qu'enrichissera la construction continue de l'institute, soit pour meilleure comprendre les dynamiques du passé, mais, le plus importante, comme une façon de mettre en lumière à partir d'eux, les controverses manifestées dans le temps présent. Ce desideratum est aussi (et surtout) atteint dans cette thèse par l'analyse de l'ensemble des éléments que résultant en crise de la matière, bien analysées sur quatre différentes perspectives: a) technologique; b) d'auteur; c) économique; et d) politique-juridique. En tenant compte, de cette façon, le caractère vraiment multidisciplinaire de la matière, la partie qui traitera des crises en cherchant faire l'analyse des subtilités dans ces quatre dimensions de la crise choisies pour renforcer la notion du paradigme, en exploitant l'argument selon lequel les dimensions puissent expliquer la propriété intellectuelle avec plus de précision que les institutes juridiques définissent leur normalisation (en représentant, à la foi, l'endroit où toutes les problématiques coulent, aussi comme une des dimensions de la crise). L'examen du paradigme international, ainsi comme celui des crises, en plus de permettre les études inscrits qui font écho dans les deux, oufrira également, des éléments fondamentaux pour qui nous puissions réfléchir sur les possibles formes de la propriété intellectuelle, cela veut dire, sur leur future, en permettant de cette façon la prospection de certains chemins que pourront définir la matière, au moins, sur un horizon visible.

Mots-clés: Propriété intellectuelle (Droit International) ; Droit d'Auteur; Propriété Industrielle

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 – A FORMAÇÃO DO PARADIGMA INTERNACIONAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL	30
1.1 As raízes advindas da pré-modernidade	33
1.2 O ponto de virada da prensa de tipos móveis	44
1.2.1 O início da tensão essencial entre controle e reprodutibilidade.....	55
1.2.2 A invenção da pirataria	57
1.3 A formação das duas grandes tradições jurídicas: os sistemas Anglo-Saxão e Europeu	62
1.3.1 A formação do sistema anglo saxão e do copyright	66
1.3.1.1 Dos privilégios de impressão ao Estatuto da Rainha Ana	67
1.3.1.2 Bases do sistema americano	81
1.3.2 A Revolução Francesa e a formação do sistema continental (<i>droit d’auteur</i>).....	86
1.4 O desenvolvimento dos pilares do sistema internacional	91
1.4.1 As Convenções de Berna e de Paris.....	98
1.4.2 OMPI, TRIPS e a globalização da Propriedade Intelectual.....	107
1.4.3 O cenário pós-TRIPS	116
1.5 Revisão e sistematização das justificações teóricas.....	121
1.5.1 Premissas filosóficas.....	125
1.5.1.1 A teoria do trabalho e da propriedade de Locke	126
1.5.1.2 Kant, Hegel e as teorias da personalidade	130
1.5.1.3 Fundamentos econômicos e utilitaristas	133
1.5.1.4 Marx e a produção criativa em escala.....	138
1.5.1.5 Rawls e a justiça distributiva da informação	142
1.5.2 Teorias jurídicas.....	145
1.5.2.1 A teoria da propriedade.....	146
1.5.2.2 A teoria da personalidade	150
1.5.2.3 Outras teorias jurídicas	154
1.6 Afinal, qual é o paradigma internacional da propriedade intelectual?	157

CAPÍTULO 2 – PERSPECTIVAS DE CRISE SOBRE A PROPRIEDADE INTELECTUAL	171
2.1 Notas introdutórias sobre crise, suas motivações e perspectivas.....	171
2.2 A crise sob uma perspectiva tecnológica.....	176
2.2.1 Ponto de partida: definições acerca do conceito de tecnologia	179
2.2.1.1 Entre a potencialização e o descrédito: a técnica como ideologia e a PI.....	187
2.2.2 Premissa da convergência tecnológica	197
2.2.2.1 Pós-convergência, digitalização e internet.....	204
2.2.3 O contexto da Sociedade da Informação (ou da Sociedade Tecnológica).....	209
2.2.4 “Democratização” dos meios de produção e da inovação	223
2.2.5 Cadeias de produção e a pretensa eliminação dos intermediários	232
2.2.6 A dicotomia entre controle e acesso de um ponto de vista tecnológico	239
2.3 A crise sob a perspectiva de autoria.....	246
2.3.1 Comunicação, oralidade e escrita	252
2.3.2 Autoria, autonomia e coletividades criativas	263
2.3.3 Autoria e lições sobre a Teoria da Informação	272
2.3.4 Software, Open Source e a “autoria digital”	276
2.3.5 Pós-modernismo, informação e a pretensa Inteligência Coletiva.....	284
2.4 A crise sob a perspectiva econômica	289
2.4.1 Ponto de partida: capitalismo e comoditização.....	293
2.4.1.1 O significado econômico da informação e do conhecimento	298
2.4.2 A noção dos <i>Commons</i>	305
2.4.2.1 Os Commons antes da internet	308
2.4.2.1.1 Tragédia dos Commons e a governança: a questão da escassez e da escala ...	309
2.4.2.2 Os Commons depois da internet	313
2.4.2.2.1 Informação e conhecimento como commons e a tragédia dos Anticommons.	315
2.4.2.2.2 A “propertização” do conhecimento e a “tragédia dos Commons Digitais” ...	320
2.4.3 A era do acesso ou de custo marginal zero	325
2.4.4 A propriedade intelectual face ao dinamismo dos modelos de negócios	329
2.4.5 A dicotomia entre controle e acesso de uma perspectiva econômica	336
2.4.6 Breves perspectivas do <i>Law & Economics</i>	338
2.5 A crise de uma perspectiva político-jurídica	342
2.5.1 O Direito como experiência	346
2.5.2 A propriedade intelectual no contexto da economia política global.....	352

2.5.2.1 Coerção, <i>expertise</i> global e legitimação de interesses pelo direito.....	354
2.5.2.2 O papel das ideologias na formação da propriedade intelectual.....	360
2.5.2.3 Os arranjos legais da propriedade intelectual	365
2.5.3 Liberdade de expressão e regulação	368
2.5.4 As tensões do Direito Internacional.....	373
CAPÍTULO 3 – O FUTURO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL	377
3.1 Notas Introdutórias sobre o futuro da propriedade intelectual	377
3.2 O fim do domínio público?.....	379
3.3 O <i>accessright</i> : novo fundamento teórico ou deslocamento conceitual?.....	383
3.4 Exaustão de direitos, digitalização e distribuição de conhecimento como serviço	388
3.5 Dados pessoais como propriedade intelectual?	391
3.6 Propriedade intelectual e inteligência artificial	395
3.7 Propriedade industrial, impressão 3D e a questão do custo marginal	398
3.8 Tecnologia <i>Blockchain</i> : escassez digital e a potencialização do controle pelo código	402
3.9 Breves apontamentos sobre a computação quântica.....	408
3.10 Adequações paradigmáticas.....	410
CONSIDERAÇÕES FINAIS	416
REFERÊNCIAS.....	429
BIBLIOGRAFIA	442

INTRODUÇÃO

A compreensão da propriedade intelectual não é uma tarefa simples. Ou ao menos não tão simples como possa parecer em um primeiro olhar. Trata-se de um instituto jurídico que, em comparação com outros, apresenta-se como sendo essencialmente multifacetado, caracterizado, pela sua sensibilidade em relação a outras áreas do conhecimento, por um alto grau de dinamismo que, não raras vezes, gera constantes instabilidades em sua estrutura conceitual. Em outras palavras, trata-se de um conceito fundamentalmente ramificado, seja pelo modo como os sistemas jurídicos os instrumentalizam (direitos autorais, propriedade industrial, marcas etc.), ou mesmo, sendo essa característica mais importante ao escopo que se pretende perseguir, em decorrência dos efeitos ocasionados por questões que se manifestam, em princípio, *fora* do direito.

Um primeiro aspecto a ser realçado, de plano, ainda que em nível introdutório, diz respeito ao estabelecimento do paradigma internacional da propriedade intelectual. O fato de representar o tema da propriedade intelectual um conceito amplo, de traços variados, não elimina a possibilidade de que se trabalhe de modo a identificar os elementos que, de certa maneira, constituam o núcleo fundamental da matéria, local onde repousam suas características essenciais, responsáveis, a bem dizer, pela formação da identidade da matéria. Não há, assim, uma tensão essencial entre o caráter multifacetado do tema e a possibilidade de que se localize sua identidade. O que existe, na verdade, é uma crescente complexidade em se localizar tal liame dentro do dinamismo que acompanha o seu desenvolvimento, cada vez mais crescente em virtude, principalmente, das novas fronteiras tecnológicas e econômicas.

A primeira parte do trabalho, seguindo por essa linha, tem por objetivo fixar os elementos que se julgam como sendo fundamentais para a compreensão do paradigma internacional da matéria. Serão explorados, assim, determinados fatores históricos que foram de suma importância para formatar a matéria da maneira como a conhecemos hoje. Não representam, tais elementos históricos, é bom frisar, aspectos que alimentariam uma mera curiosidade histórica sobre o assunto. Longe disso. Tais fatores serão examinados dentro do contexto de formação do paradigma, de modo a conectá-los com os fundamentos que servem

de alicerce para o tema atualmente. Dito de outra forma, para ser mais direto, não existem diferenças fundamentais entre o passado e o futuro da propriedade intelectual. Diversos elementos que explicam o surgimento da matéria no passado permanecem presentes no seu quadro conceitual, ainda que, evidentemente, com cores diferentes.

Trata-se de uma temática que carrega consigo movimentos cíclicos e tensões cuja *lógica* se mantém a mesma durante séculos, mesmo que em diferentes contextos sociais. É por essa razão que os fatores históricos atinentes especialmente à propriedade intelectual não podem ser escamoteados quando estivermos diante do objetivo de se compreender seus princípios básicos, sobretudo no contexto dos imediatismos teóricos disseminados na atualidade. Com isso, também busca-se evitar em apostar em uma análise do tema que se pronuncie, ainda que indiretamente, de forma determinística. Ou seja, não se acredita, no presente trabalho, que haja uma linha de “evolução” que acometa a propriedade intelectual, atendendo a um curso que se faça de modo uniforme em direção a sua sofisticação.

Nesse contexto, dessa maneira, se privilegiará uma visão da matéria que se desenvolva, sempre quando possível, enfatizando seus desenvolvimentos dialéticos, ou seja, trazendo à luz seus aspectos contraditórios, ideológicos, de relações intrínsecas de poder, paradoxais, entre outras coisas. O objetivo, com isso, é o de apresentar um diagnóstico que consiga explicar o paradigma internacional da matéria dentro da sua multidisciplinariedade ínsita, destacando as nuances que explicam seus fundamentos. Será somente a partir desse caminho que se poderá desvelar as realidades do tema, apresentando uma construção que consiga explicar aquilo que poderia se denominar como integrante de sua identidade.

O trabalho, assim, será dividido em três partes principais. A primeira parte tratará, justamente, da formação do paradigma internacional da propriedade intelectual, momento em que se buscará construir, seguindo os cortes apresentados nos últimos parágrafos, as premissas essenciais do assunto. Na segunda parte do trabalho, buscar-se-á examinar diferentes perspectivas de crises em relação à propriedade intelectual, nomeadamente, a crise sob as perspectivas tecnológica, de autoria, econômica e político-jurídica, crises essas que, seguindo

a linha do trabalho, são decisivas em *explicar* os princípios elementares da matéria, dentro de sua natureza conceitual aberta.

Assim, em outras palavras, parte-se do pressuposto de que as crises possuem maior legitimidade para explicar as nuances da matéria do que qualquer fundamento primeiro baseado em abstrações teóricas, ainda que essas tenham a sua relevância para a formação de sua essência. Por fim, na terceira e última parte do trabalho, já estabelecidos tanto os elementos que formam o paradigma quanto as crises em suas diferentes perspectivas, examinaremos o futuro da propriedade intelectual. Essa análise, na verdade, sem representar nenhum exercício de futurologia, terá como objetivo prospectar algumas variações sobre a propriedade intelectual, que siga a estrutura epistemológica explorada nas duas primeiras partes do trabalho. Isso significa dizer que o futuro será analisado sob a ótica dos seus elementos estruturais estabelecidos na primeira parte, de modo a basicamente identificar se eles tendem a continuar presentes no horizonte visível, em conjunto com as facetas de crise, ou seja, se elas continuarão seguindo a mesma disposição, ou até mesmo se desaparecerão.

A primeira parte do trabalho, com isso, iniciará seu desenvolvimento a partir da virada da pré-modernidade para a modernidade, instrumentalizando-se na difusão da prensa de tipos móveis. Os argumentos, basicamente, irão se desenvolver de modo a que se identifiquem os motivos pelos quais os contornos atuais da matéria apenas surgiram após a prensa, e não antes. Essa é tida como uma das partes mais importantes do trabalho, haja vista a sua capacidade de apresentar as condições de possibilidade que fizeram emanar, nos séculos posteriores, o tema aqui em análise. Esse estudo, vale reforçar, uma vez mais, é relevante não somente para que se escaneiem as condições de outrora, mas para refletir sobre sua permanência ou não em tempos atuais.

A base elementar dessa virada, como restará claro no decorrer do trabalho, calca-se na possibilidade ou não de que se tenha acesso ao conhecimento por parte de terceiros, sobretudo pela possibilidade de reprodução. Esse acesso, contudo, depende de outros fatores. O conhecimento, por mais óbvio que possa parecer, precisa ter relevância dentro de uma determinada comunidade. É esse o fator que gera o interesse sobre ele. Se não houver tal

interesse, o nível de tensão se reduz ao ponto de absoluta neutralidade (ou simplesmente inexistente). Na hipótese de existir tal interesse, outras variações se apresentam, principalmente atinente à necessidade de controle sobre ele. Essa necessidade, vale frisar, não se apresenta em todas as oportunidades. Tanto em tempos remotos quanto atualmente, o acesso livre ao conhecimento não se mostra como sendo necessariamente contrário aos interesses dominantes.

A relevância que é conferida inicialmente ao conhecimento que pode(ria) refletir interesses dos mais diversos. Poderia representar apenas um divertimento para a corte de um determinado monarca, ou mesmo, atender a interesses de viés religioso. Antes da prensa, além dos interesses difusos, havia a impossibilidade técnica de se (re)produzir livros em escala (sendo o livro, nesse contexto, a melhor representação do conhecimento). Daí ingressa na fórmula a questão da tecnologia. A prensa, a representante inicial dessa questão, tornou possível a reprodução de livros em escala (pré) industrial. Esse fato, sobretudo dentro de uma dinâmica onde o acesso livre não é bem visto, gera inúmeras tensões. Àquele momento (da difusão da prensa), dois eram os interesses principais: a) controle do conhecimento por parte dos monarcas; b) interesses econômicos das guildas responsáveis por imprimir livros e panfletos.

Esse contexto reflete aquilo que denominaremos no trabalho como sendo o início da tensão entre controle e reprodutibilidade, tensão essa que seguirá acompanhando a propriedade intelectual até os dias de hoje. Se atualmente a natureza dessa tensão se resume aos interesses de cariz eminentemente econômicos, em especial das grandes corporações multinacionais, àquela época somavam-se a eles os interesses dos governantes e da igreja em controlar a difusão de conhecimento que pudessem, eventualmente, ser contrários aos seus interesses. Essa tensão representa uma das condições de possibilidades mais essenciais em relação à matéria. De um lado, sempre haverá, em princípio, por razões que serão examinadas no decorrer do trabalho, grupos interessados em controlar a informação; de outro, haverá aqueles que defenderão seu livre fluxo, seja também para atender aos seus interesses próprios, ou ainda, para defender princípios que se mostrem como fundamentais do ponto de vista social como, por exemplo, a liberdade de expressão.

A inclinação dramaticamente acentuada para um lado (controle) ou para o outro (reprodutibilidade ou acesso), pode, dependendo do seu grau, simplesmente eliminar a tensão e, por consequência, fazer ruir um elemento estrutural importante para a propriedade intelectual. Em outros termos, se o controle for tal que impeça, de forma fundamental, que terceiros tenham acesso ou que viabilize a reprodução de forma definitiva, tende-se a presenciar uma perda de importância sobre a propriedade intelectual que, de alguma maneira, teve o seu núcleo construído justamente a partir de tensões constantes dessa natureza. De outro lado, caso seja impossível controlar o fluxo informacional (ou de conhecimento), ou mesmo que sua livre circulação, de modo geral, não seja mais vista com ressalvas, ela também tende a desaparecer, haja vista irem consigo os fatores que representam seu objeto de proteção. Como se verá no decorrer do trabalho, essa “tensão essencial” passa tanto pelas discussões que dizem respeito à formação do paradigma, quanto pelas crises, também perpassando as reflexões a respeito do futuro da propriedade intelectual.

A partir desse momento, dar-se-á início ao exame dos elementos que reconhecidamente formam a estrutura paradigmática da propriedade intelectual. É importante ressaltar que o paradigma é internacional porque, não obstante a origem de determinados aspectos serem nacionais (por exemplo, a disseminação da prensa na Alemanha), eles se difundiram a tal ponto que ultrapassam suas fronteiras, tornando-se características amplas das relações internacionais, sobretudo diante de um contexto de insipiente comércio internacional desenvolvido no ocidente. Nesse sentido, pode-se enquadrar, além da própria disseminação da prensa, o desenvolvimento da importância econômica sobre o conhecimento, o controle governamental sobre ele, o aparecimento da figura do autor, sua institucionalização internacional etc.

Retornando à formação dos elementos estruturais, a partir da prensa, tem-se, assim, o início das condições de possibilidades que passaram a moldar a matéria nos séculos seguintes. É a partir das transformações ocasionadas por ela que se passam a discutir as necessidades de regulamentação relativas à impressão de livros, dando-se os primeiros passos, com isso, em direção à estruturação jurídica que origina a propriedade intelectual. Essa estruturação será representada, nessa parte do trabalho, ou ao menos seus traços iniciais, por

meio da formação dos sistemas anglo-saxão, dando ênfase a sua característica utilitarista centrada na obra, em si, assim como o desenvolvimento do sistema europeu, explicando alguns dos contornos, sobretudo sociais, que resultaram na consideração da figura do autor como peça importante na configuração inicial dos direitos autorais.

Essa análise será realizada explorando-se, como já exposto acima, diversas nuances importantes que, em diferentes momentos históricos, representaram determinadas conjunturas que refletiram os jogos de poder e interesses presentes em cada uma das circunstâncias tidas como relevantes para a formação do tema. Nesse contexto, dessa maneira, será explorado o cenário referente aos privilégios de impressão, que configuram uma das primeiras manifestações relativas à exclusividade atinente à exploração das obras, assim como o Estatuto da Rainha Ana, lei que é considerada por muitos estudiosos do assunto como verdadeiramente a primeira a tratar formalmente do *copyright*. Nesse contexto, também serão estudados os acontecimentos posteriores relativos à Revolução Francesa, sobretudo sua influência na inclusão do autor como elemento importante no sistema continental europeu, seguindo a consequente consolidação conferida pelo sistema jurídico francês à figura da propriedade privada e sua extensão às criações do “espírito”.

Ato contínuo, o trabalho explorará, dando seguimento à identidade eminentemente internacional da temática, o desenvolvimento dos pilares que construíram o sistema jurídico internacional, ou seja, que, de algum modo, instrumentalizaram e institucionalizaram esse ímpeto a partir dos mecanismos de direito internacional. Nesse sentido, explicaremos a formação das convenções de Berna e de Paris e, posteriormente, a criação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) e do Acordo TRIPS. Essa análise é fundamental para examinar o momento histórico que representa a globalização da matéria, acompanhando o movimento de sua inserção como característica importante no quadro do comércio internacional, sem deixar de lado as reflexões que se apresentam no contexto denominado como pós-TRIPS, ou seja, dos desenvolvimentos que convergiram e, ao mesmo tempo, destoaram das bases estipuladas quando da inserção inicial da propriedade intelectual no âmago da dinâmica do comércio global.

Realizadas tais considerações, a primeira parte do trabalho partirá para a revisão e breve sistematização das justificações teóricas da matéria, abrangendo tanto as justificações de cunho filosófico, quanto algumas das teorias jurídicas mais difundidas. Optou-se por realizar esse exame após os estudos dos aspectos históricos haja vista partir-se do pressuposto de que seus fundamentos soariam mais claros e precisos diante da prévia compreensão acerca da formação do instituto, afinal, tais premissas serviram de pano de fundo epistemológico aos delineamentos estudados. Nesse contexto, decidiu-se não somente por explorar as vertentes filosóficas mais tradicionais sobre o tema, que servem de base tanto para o sistema anglo-saxão (fundamentos econômicos e utilitarista) quanto para o europeu (teoria da personalidade), como também, os conceitos de justiça distributiva (Rawls) e da produção (criativa) em escala (Marx).

Ao final da primeira parte, buscar-se-á refletir, até de forma retrospectiva, acerca dos elementos que podem ser extraídos da análise, aptos a constituir o paradigma internacional da propriedade intelectual. Em outras palavras, o tópico que tratará dessa questão pretenderá identificar as características essenciais que tornam possível a identificação do seu paradigma, objetivando, de quebra, fixar os termos que justificam a sua própria existência. Essa identificação se dará por meio da assimilação das características que se mostraram presentes, ainda que atendendo a certas especificidades, durante os séculos que se seguiram à invenção e disseminação da prensa de tipos móveis. Não somente que se mostraram presentes, para ser mais claro, mas que se repetiram (e se repetem) até hoje, ainda que diante de novas atividades econômicas, novas tecnologias, novos direitos etc. O esforço, nesse momento, será o de identificar as características que constituem o núcleo da propriedade intelectual, como forma de construir uma base que represente um paradigma de “onda larga”, ou seja, a partir de um núcleo cuja essência se mantém já há alguns séculos.

Superada a primeira parte do trabalho, serão iniciadas as reflexões que integram a segunda parte. Nessa parte do trabalho, se dará ênfase às crises que acometem a propriedade intelectual, elencando, para tanto, quatro perspectivas diferentes. Possivelmente não são as únicas, embora tenham o condão, em nosso entender, de cobrir, de forma didática, boa parte dos dilemas que a matéria enfrenta. É importante destacar, também que tais crises serão

analisadas de modo geral, não sendo estruturadas a partir de cada contexto histórico específico. Ou seja, não se tratará, por exemplo, das crises tecnológicas e econômicas, dentro do contexto específico de diferentes momentos históricos. Por exemplo: a crise tecnológica da prensa, da fotografia, da televisão, do rádio, da *internet* etc. Elas serão avaliadas, por pertinência temática, conferindo-se ênfase, mas não apenas, à última grande tensão que acometeu a matéria que foi a disseminação da *internet* e da digitalização. Essa ênfase, na verdade, não elimina a possibilidade de que os elementos das diferentes crises sejam pertinentes para a compreensão de outras configurações históricas, seguindo a noção do paradigma estendido. Esse rumo, na verdade, explica-se apenas como forma de deslocar a problemática para fenômenos mais atuais.

Essas crises, dessa maneira, de acordo com os pressupostos aqui levados em consideração, se manifestam em quatro dimensões diferentes: a) perspectiva tecnológica; b) perspectiva de autoria; c) perspectiva econômica; d) perspectiva político-jurídica. Tais crises, conforme iremos expor, possuem igualmente um viés multifacetado, o que, aliás, acompanha o próprio desenvolvimento de várias faces da propriedade intelectual. Enfatizá-las, na verdade, representa mais do que a identificação das anomalias da propriedade intelectual. Significa desvelar as características não daquilo que deforma a matéria, mas muito pelo contrário, por aquilo que a *forma*. Em outros termos, parte-se do pressuposto de que compreender as crises da propriedade intelectual significa compreender ela própria. As crises, especificamente em relação a esse tema, são bases intrínsecas da formação do seu próprio paradigma. Esse argumento, na verdade, poderia ser extrapolado para vários outros temas. E com razão. Mas no caso da propriedade intelectual, estudos dessa natureza apresentam-se como sendo ainda mais pertinentes em virtude da reconhecida multidisciplinariedade do tema.

A identificação das anomalias também é importante a partir dessa iniciativa. As crises representam momentos de tensão que testam a robustez dos elementos que formam a estrutura do paradigma. Cada aspecto existente nas diferentes perspectivas exsurge como circunstância que exerce um movimento de pressão a determinadas convicções que foram, com o tempo, se transformando em uma espécie de senso comum teórico. Nesse sentido, por exemplo, a figura do autor é enaltecida na teoria, quando na prática (e não é de hoje) ela

simplesmente serve como instrumento de manobra para questões de cunho político e econômico, exercendo, muitas vezes, papel eminentemente discursivo e retórico. Tradicionalmente, defende-se que o *copyright* (ou Direito de Autor) não protege ideias, mas não é raro identificar a consideração da propriedade intelectual *como informação* (que por diferentes panoramas, nada mais é do que simplesmente ideia), como pode ser visto, por exemplo, na proteção de base de dados. Essas são apenas algumas provocações iniciais, dentre inúmeras outras que serão exploradas no trabalho, que representam contradições do sistema que a “ciência normal”, geralmente, ou simplesmente desconsidera ou trata de forma subsidiária, dando aso, aliás, a correntes que, às vezes, de forma radical e sem substância, defendem a própria superação do paradigma.

O objetivo de enfatizar a crise como forma de compressão paradigmática da estrutura da propriedade intelectual é de apenas deslocar a análise do reforço das premissas do senso comum teórico, para focar nas contradições e paradoxos, ou apenas nos elementos que geram as crises. Essa virada, em realidade, não leva à análise para a superação do paradigma da propriedade intelectual (já adiantando uma das conclusões do trabalho). Apesar do seu desenvolvimento “aos trancos e barrancos”, quer queira, quer não, a matéria ainda é aceita por diferentes áreas como fonte que explica e direciona o tratamento de vários dos fenômenos que a circundam. Ao invés de se concentrar esforços no reforço das premissas como forma de buscar a adaptação do tema frente à nova era tecnológica, procurar-se-á buscar certas respostas caminhando mais a fundo nos aspectos das crises, que seguem o mesmo caminho multifacetado da formação paradigmática do tema. Para tal desiderato, definiram-se quatro perspectivas principais:

a) Perspectiva tecnológica. A primeira perspectiva a ser estudada no contexto da crise paradigmática da propriedade intelectual é a de viés tecnológico. Essa perspectiva se mostra de suma importância, uma vez que o avanço tecnológico, mais do que simplesmente interferir na matéria, representa, na verdade, uma das motivações mais importantes para a própria origem do tema em estudo e dos seus posteriores desenvolvimentos. Basta citar, nesse contexto, tecnologias como a prensa, a fotografia, o rádio, a televisão e, mais recentemente, a

internet. Todos esses avanços tiveram um papel chave na configuração da atual formatação da propriedade intelectual.

Na conjuntura da crise mais recente da propriedade intelectual, aquela ocasionada pelo surgimento da rede mundial de computadores e da digitalização, o fator principal atinente à tensão ocasionada pela tecnologia foi a chamada democratização dos meios de produção. No contexto da sociedade de custo marginal zero¹, o custo dos meios de produção, em geral, foi reduzido drasticamente nas últimas décadas, o que permitiu, em alguns setores mais do que em outros, a total pulverização da produção. Em outras palavras, presenciou-se o surgimento da produção de baixo para cima, em nível do usuário/consumidor, movimento esse que passou a exercer um mecanismo de pressão contra uma estrutura econômica rígida, muitas vezes, composta por uma cadeia estruturada de intermediários e agentes de distribuição ao grande público. Esse movimento pode ser testemunhado, por exemplo, na cada vez maior horizontalidade de produções de conteúdo a partir do usuário que, mesmo que de forma ainda amadora, algumas vezes, faz frente aos grandes conglomerados de mídia, atraindo milhões de usuários, por consequência, dos valores advindos de anunciantes.

Da mesma maneira que a tecnologia tornou possível que a produção de bens, principalmente intangíveis, fosse realizada a partir do usuário, ainda mais substancialmente, ela viabilizou o acesso de uma gama mais variada de conteúdo a uma audiência quantitativamente muito maior do que antes. A digitalização “desmaterializou” conteúdos tais como filmes, músicas, livros e jogos eletrônicos, que, apesar de sempre terem sido bens verdadeiramente imateriais (fruto do intelecto), dependiam de suportes físicos variados para serem distribuídos ao grande público. Hoje, a partir de poucos suportes físicos (computadores pessoais, *tablets*, *smartphones* etc.) é possível reproduzir e (ou) ter acesso a todos eles de modo digital, atendendo àquilo que se convencionou denominar, no plano macro, como convergência tecnológica².

¹ RIFKIN, Jeremy. *Sociedade com custo marginal zero: A Internet das coisas, os bens comuns colaborativos e o eclipse do capitalismo*. Tradução de Monica Rosemberg. São Paulo: Books do Brasil Editora, 2016.

² POOL, Ithiel de Sola. *Technologies of Freedom*. Cambridge: The Belnak Press of Harvard, 1983.

A contribuição tecnológica à crise pode ser representada, assim, pelo simples fato de que a tecnologia tornou possível a horizontalidade, seja do ponto de vista de produção, em si, ou mesmo, do acesso. Tanto a produção quanto o acesso tornaram-se menos suscetíveis à dependência rígida de modelos de produção e de negócios verticalizados. Foi somente a partir da tecnologia que os modelos *peer-to-peer*, *open source* e *wikipedia* puderam surgir e se disseminar pela rede, em grande medida pelo fato de mover o usuário/consumidor de uma posição eminentemente passiva para um pretense agente da cadeia de produção. Além do aspecto da horizontalidade, outro fator de mudança foi a configuração de uma audiência não passiva. O cenário apresentado pela última revolução tecnológica da *internet* e da digitalização proporcionou que uma audiência antes tida como passiva, apenas “consumidora” de informação, se transformasse numa coletividade, ao menos potencialmente, ativa e também produtora de informação, representando, assim, a própria configuração da rede.

Importante frisar, de antemão, que a influência tecnológica na crise não se deu apenas no campo do direito autoral (*copyright*), mas também na vertente da propriedade industrial. Nesse caso, se a democratização dos meios de produção ainda não teve a capacidade de integrar o usuário/consumidor, algo que poderia eventualmente acontecer num dos futuros possíveis como com a impressão 3D, ela permitiu, juntamente com a globalização (tecnológica), que a produção de bens de consumo se disseminasse a muito mais agentes econômicos a custos relativamente mais acessíveis. Ao mesmo tempo em que isso permitiu a produção de bens originais a um custo consideravelmente menor, mais importante, possibilitou a produção de cópias de determinados produtos em escala industrial, atividade essa potencializada pelas plataformas globalizadas de *e-commerce*. A diluição dos custos de produção proporcionada pelo avanço tecnológico das últimas décadas, em outras palavras, permitiu que mais agentes globais pudessem rivalizar com grandes conglomerados industriais na produção de bens duráveis de consumo, seja na produção de bens classificados como próprios, ou mesmo, de cópias reproduzidas em inobservância dos direitos de propriedade intelectual.

Igualmente, as “disrupções” tecnológicas, no contexto explorado, exerceram pressão nas cadeias de produção tradicionais, eliminando ou, ao menos, exigindo uma

reconfiguração de posicionamento de inúmeros intermediários de negócios. Com a convergência tecnológica, em que diversos conteúdos não mais dependem de suportes físicos específicos para sua reprodução, os intermediários produtores desses suportes perdem sua função na cadeia, reduzindo de modo drástico sua participação nas relações negociais, ou simplesmente sendo eliminados do comércio. Perdem função, com isso, produtores de CDs, DVDs etc., impressores de livros e ou revistas, produtores de equipamentos de reprodução de suportes físicos como reproduutor de DVD, dispositivos de música, dispositivos como câmeras etc. Evidentemente, o suporte físico permanece, afinal, os conteúdos não se reproduzem no ar. Contudo, existe uma grande concentração de dispositivos únicos, como ocorre com o próprio *smartphone*.

b) Perspectiva de autoria. A segunda perspectiva talvez seja a mais profunda, já que não se apresenta a partir de elementos óbvios, desenvolvendo-se mais nitidamente no campo teórico. Em linhas gerais, a identidade da propriedade intelectual representa a noção de controle, ao que se assemelha ao conceito de exclusão característico do princípio econômico da propriedade privada em geral. Ela possuiu características e atores diferentes com o passar do tempo, mas a premissa é de que a partir do momento em que se viabiliza, com a tecnologia, o enclausuramento informacional que resulta no conhecimento, cria-se o pressuposto do controle vertical e da cultura da reprodução (em nível quase que industrial). Um dos primeiros aspectos a se considerar em relação a essa perspectiva, então, é o já mencionado conflito entre verticalidade e horizontalidade, este, exponencialmente proporcionado, recentemente, pela *internet*.

Outro aspecto ainda mais profundo nesse contexto diz respeito ao suposto retorno à oralidade, abordado, por exemplo, por autores como Marshall McLuhan ou, mais recentemente, por Pierre Levy. A alta difusão dos meios de comunicação, especialmente no seu aspecto horizontal (em forma de “redes neurais”) traria consigo uma característica marcante nas fases históricas pré-modernas, que era a predominância, nas relações sociais, da comunicação oral. Nessas fases, o conhecimento era construído de forma entrelaçada, num verdadeiro caldo que resultava de interpretações, representações e memória humana. Esta, aliás, funcionava como única “tecnologia” disponível para a fixação do conhecimento e, no

que dizia respeito à transmissão, (ou distribuição, num termo mais moderno) nada havia a não ser a própria fala que, como se sabe, não reproduz informação e conhecimento com, digamos, estabilidade epistemológica (já que exposta a diferentes interpretações). Com a prensa de tipos móveis, que age como uma tecnologia da inteligência (Levy), cria-se, a partir da tecnologia, um instrumento que permite não somente fixar o conhecimento, mas reproduzi-lo de modo uniforme e em grande escala.

A prensa, assim, possibilita uma nova estruturação e difusão do conhecimento, baseados na reprodução de unidades únicas e “estáveis” que, nos séculos seguintes, serviria de grande combustível para o desenvolvimento dos meios de comunicação de massa. O conhecimento passa a ser não mais produzido e difundido de forma esparsa, como era no paradigma da oralidade (ou mesmo dos livros manuscritos), mas de modo vertical, com poucos emissores, atingindo um espectro massificado de receptores, mediante o compartilhamento de um conhecimento *standard* e uniforme, distribuído de maneira vertical.

De modo geral, do ponto de vista do desenvolvimento da propriedade intelectual, essa estrutura acopla-se de modo intuitivo já que se passa a almejar a possibilidade de se dizer que um determinado “pedaço” de conhecimento é de “propriedade” de uma determinada pessoa ou entidade. Como se dizer o mesmo, por exemplo, no paradigma da oralidade? Como afirmar (e comprovar) que um determinado conhecimento é de propriedade de um ou de outro num contexto em que há absoluta fluidez comunicativa? Essa fluidez, no contexto da modernidade e do recrudescimento da propriedade intelectual, sofre um movimento de verticalização, propiciando a chamada “industrialização” do conhecimento, que, com o tempo, foi, apenas, adaptando-se às novas tecnologias.

A grande problemática a ser explorada na crise sob essa perspectiva, dessa maneira, recai na reflexão acerca da posição da figura do autor em um pretense retorno ao paradigma da oralidade, ou seja, em um contexto em que há alta fluidez comunicacional e de disseminação de conhecimento. Basicamente, o desenvolvimento dessa parte do trabalho, ou melhor, do estado de crise sob a dimensão de autoria, pretenderá oferecer uma conjuntura cujos elementos serão de relevância para o questionamento acerca da própria existência da

figura do autor em tempos atuais. Com isso, estar-se-á mais próximo de determinar se a sua figura não passa de mera ficção, inapropriada ao formato de sociedade atual (sob diferentes pontos de vista: tecnológico, econômico, filosófico, etc), ou se tais reflexões não passam de elucubrações advindas do pós-modernismo. E tudo isso pesa sobremaneira para compreensão de parte dos princípios básicos da propriedade intelectual.

c) Perspectiva econômica. A crise da propriedade intelectual sob o ponto de vista econômico talvez represente um dos campos mais complexos de análise. A propriedade intelectual, como se verá mais detalhadamente no trabalho, possui um caráter econômico intrínseco aos seus fundamentos, em especial, quando levada em consideração a capacidade (tecnológica) de reprodução das obras, sejam elas literárias ou “industriais”. Sendo assim, não surpreende que com a *internet* e a digitalização haja um ponto de tensão substancial na matéria, que leva a uma série de análises e estudos que vão tentar compreender o seu papel na nova era tecnológica.

O primeiro aspecto a ser considerado diz respeito à noção dos *Commons*. Esse termo, que no campo econômico significa, em linhas gerais, o compartilhamento de um determinado recurso (terra, ar etc.) ganha uma considerável guinada de análise no período pós *internet*. Mas o termo, na verdade, não é novo. A discussão dos *Commons*, em grande medida, recai na própria discussão acerca da instituição da propriedade privada, sendo estudados, por exemplo, por Garret Hardin (1968) ou, mais recentemente, por Elinor Ostrom (1990). O primeiro, em linhas gerais, analisa as consequências negativas relativas à desconsideração da propriedade privada em relação à exploração de terras, gerando, com isso, uma grande “tragédia”. O ponto central, em realidade, era: como compatibilizar o ímpeto cada vez maior na exploração da terra por determinados agentes, partindo de um bem que é escasso? Já Ostrom (1990), por sua vez, faz o caminho contrário, estudando, justamente, a possibilidade do uso de recursos escassos a partir da noção de *Commons*, por meio de regras claras de governança.

Os aspectos analisados por Hardin (1968) e Ostrom (1990) possuem um ponto em comum que é de suma importância: ambos analisaram a exploração coletiva de bens

genuinamente escassos, por consequência, rivais (terra, pesca etc.). A premissa básica, nesse contexto, é a de que tais recursos, mesmo no contexto de equilíbrio apresentado por Ostrom (1990), são *finitos* e o seu uso por um agente inviabiliza o uso por outro. O advento da digitalização (potencializado pela rede mundial de computadores), em determinadas configurações, desestabiliza essa premissa. O bem digital, inserido num contexto de suficiência energética e de armazenamento, pode ser considerado não escasso e, principalmente, não rival. Um filme digital, por exemplo, tem o potencial de ser compartilhado de modo ilimitado e sem perda de qualidade entre inúmeros agentes. O uso por um agente não inviabiliza o uso por outro, *ao mesmo tempo*.

Esse aspecto da digitalização é decisivo para o retorno das discussões relativas aos *Commons*, agora, no âmbito da *internet*. As discussões referentes ao livre fluxo de ideias também não são novas, invariavelmente circundando, como já exposto, os debates acerca da propriedade intelectual nos séculos passados. Eles não eram travados dentro do conceito dos *Commons*, contudo, de alguma forma, o núcleo do assunto era o mesmo: as ideias/informações/conhecimentos eram livres e abundantes como o ar. Entretanto, a fixação em suportes físicos para a reprodução reduzia essa discussão ao nível da rivalidade: o uso de um VHS ou DVD por um agente, para ficar no exemplo do filme, inviabiliza(va) o uso pelo outro. Não que a digitalização independa de suporte físico, mas o *acesso* encontra-se no nível do terminal e não mais de um bem específico.

Essa mudança gera um impacto profundo de viés econômico, sobretudo, na comercialização de informação e conhecimento. O sistema que até então possuía uma estrutura vertical, numa sistemática de reprodução e distribuição de “unidades”, representando verdadeiro método fabril, passa a enfrentar um movimento de “anomalia” ao se deparar com a real possibilidade de que elas sejam produzidas e distribuídas de forma horizontal, com pleno acesso e possibilidade de compartilhamento. Entre os casos mais emblemáticos, nesse sentido, pode-se citar a enciclopédia digital *Wikipedia*, cujo desenvolvimento se dá de forma colaborativa com acesso livre ao público ou o movimento do *Open Source*, que, se não abdica propriamente da propriedade intelectual, ao menos a reduz a segundo plano, especialmente por não concentrar sua cadeia de valor nos aspectos, em geral, proprietários do *software*.

É nesse contexto que a chamada “Era do Acesso”³ ganha força, impulsionando não somente movimentos paralelos aos conglomerados empresariais tradicionais, mas forçando estes a desenvolverem modelos de negócios, em princípio, mais adaptados à nova era tecnológica. É nesse contexto, por exemplo, que surgem os serviços de *streaming* na indústria de cinema e música, ou mesmo, o recrudescimento da linha do *open innovation*, que de certa maneira age estritamente dentro do paradigma da propriedade industrial, mas de forma mais flexível, menos verticalizada e aberta ao conhecimento gerado *fora* da organização.

d) Perspectiva político-jurídica. A crise sob essa perspectiva, a última a ser explorada, parte do pressuposto fundamental que enxerga o direito como fruto direto da experiência. O direito *como* experiência, assim, implica em dizer que não somente as questões jurídicas podem (e devem), sempre quando possível, serem analisadas sob a luz das relações sociais, mas principalmente, ao presente escopo, como catalisadores das tensões que acometem determinados temas, como é aqui o caso da propriedade intelectual. O fato de ser ela a última a ser analisada possui, dessa maneira, o propósito de elucidar que os elementos que definem as crises anteriores, invariavelmente, deságuam na formação dos direitos em discussão, seja dentro dos debates que envolvem a criação de novos institutos, ou até mesmo, do ponto de vista da aplicação dos direitos existentes. Eles originam, assim, as crises de ordem político-jurídica.

A opção por esse caminho parte do pressuposto acerca da inviabilidade de que fenômenos complexos sobre a propriedade intelectual, nomeadamente, seu paradigma, alguns de seus estados de crise, como também, o seu futuro, possam ser delineados, somente, por meio daquilo que representa a positivação desses direitos, em todas as suas esferas (leis nacionais, leis internacionais, tratados, convenções etc.). Esta positivação, argumenta-se, representa o resultado de um complexo conjunto de engrenagens, essas sim, responsáveis por explicar as direções que são tomadas sobre o tema, inclusive, no que diz respeito a própria positivação. O ponto, contudo, é que se em um primeiro momento tais aspectos poderiam ser

³ RIFKIN, Jeremy. *A era do acesso: A transição de Mercados Convencionais para Networks e o Nascimento de uma Nova Economia*. Tradução Maria Lúcia G. L. Rosa. Revisão Técnica: Equipe Makron Books de Treinamento. São Paulo: Makron Books, 2001.

considerados como manifestando-se *fora* do direito, na verdade, partindo da premissa do direito *como* experiência, eles fazem parte integrante do sistema.

A crise a partir dessa natureza será analisada, ainda, sob o viés da política econômica internacional, território que a propriedade intelectual passou a ocupar formalmente desde o Acordo TRIPS. É nesse contexto que muitas dessas crises se manifestam, sobretudo em virtude da aproximação da matéria com o comércio internacional e a tudo aquilo que com ele se envolve, notadamente o jogo de interesses econômicos que muitas vezes se vale do direito como instrumento de legitimação desses interesses, objetivando coerção e garantia de procedimentos de *enforcement* por meio de diferentes arranjos jurídicos diferentes. Esse será o corte que figurará como pano de fundo ao desenvolvimento da crise de um ponto de vista político-jurídico. Aliás, vale destacar, por oportuno, que se optou por juntar o político e o jurídico como face da mesma dimensão, haja vista a ênfase aos desenvolvimentos políticos que influenciam a modelagem do direito. Ambos, a nosso ver, e para o seguinte propósito, figuram como faces da mesma moeda.

Nessa parte do trabalho também exploremos as influências das construções ideológicas sobre a propriedade intelectual, seguindo principalmente o desenrolar daquilo que poderíamos denominar como a “era de ouro” da *internet*, que em princípio contemplaria os primeiros quinze anos dos anos 2000. Esse aspecto é igualmente importante em virtude de seu peso sobre a última grande crise que acometeu a matéria, que decorreu da *internet* e da digitalização. Elas exercem um papel crucial tanto como forma de potencializar os argumentos justificadores da propriedade intelectual, como, por exemplo, os já tradicionais incentivos à cultura, à inovação e a recuperação do investimento, como também, em sentido contrário, de contrapor seus pilares gerando, no limite, linha de raciocínio que demonstrar certa incompatibilidade da matéria diante das novas tecnologias.

Ao final da crise, sob a perspectiva jurídico-política, examinaremos, rapidamente, a relação da propriedade intelectual com a liberdade de expressão, haja vista a importância dessa tensão, especialmente devido ao aparecimento das novas tecnologias do século XX como o rádio, a televisão e a *internet*. Por fim, exploraremos algumas das tensões existentes

que interferem, diretamente, no desenvolvimento do Direito Internacional da Propriedade Intelectual, em especial, seu desenrolar do ponto de vista de crise.

Após a análise a respeito das crises nas quatro perspectivas propostas, partiremos ao último capítulo que tratará do futuro da propriedade intelectual, explorando alguns caminhos possíveis que podem exercer influência na matéria nos próximos anos ou décadas. Esse capítulo possui dois objetivos principais: 1) demonstrar que o paradigma da propriedade intelectual permanece sólido, apesar das últimas manifestações de crise relativas à *internet*; 2) apresentar algumas reflexões sobre o futuro da matéria, a partir das bases exploradas no trabalho, conferindo especial ênfase a determinadas prospecções referentes a novas tecnologias e atividades econômicas.

Em relação ao primeiro aspecto, buscar-se-á desenvolver uma análise que demonstra que os direitos de propriedade intelectual, seguindo seu próprio desenvolvimento histórico, adaptam-se ao mercado, mas mantendo intactas suas bases, como a estrutura de controle informacional. Parte-se do pressuposto de que a “ciência normal” da propriedade intelectual encontra, dentro de seus próprios fundamentos, os elementos necessários para perpetuar sua configuração, mesmo diante de um mercado que se manifesta a partir da digitalização e do ambiente eletrônico. Não se trata, para que se fique claro, de uma “defesa” dos direitos de propriedade intelectual, até porque eles podem (e devem) ser objeto críticas. Na verdade, a análise desse tópico busca tão somente apresentar um diagnóstico acerca da manutenção de suas bases, baseado em uma análise problematizada de suas engrenagens.

O segundo aspecto buscará desenvolver algumas reflexões acerca do futuro da matéria em meio a esse novo ambiente tecnológico. Longe de pretensiosos e ambiciosos exercícios de futurologia, tal análise pretenderá avaliar o contexto de crise e prospectar alguns dos caminhos possíveis de curto e médio prazo que podem, assim como aconteceu com a *internet* e com a digitalização, gerar novos questionamentos acerca do tema. Em tempos em que muito se discute sobre impressão 3D, Inteligência Artificial, *Blockchain*, computação quântica, entre outras coisas, a propriedade intelectual tende a permanecer sob os holofotes, não obstante a possibilidade de, simplesmente, se transformar numa mera formalidade

contratual, já que ao mesmo tempo que a tecnologia possibilita o acesso, ela também tem o potencial de controlá-lo cada vez mais. Nesse contexto, imaginem-se conteúdos como filmes e músicas distribuídos numa cadeia *blockchain*, ou mesmo, sob o paradigma da computação quântica, que tenha a capacidade de, num curto espaço de tempo, avaliar todas as possibilidades químicas que revelem a fórmula da Coca-Cola? Ou ainda, impressoras 3D que imprimam peças protegidas por desenho industrial?

Numa última palavra, o trabalho tem por intuito realizar uma análise paradigmática da propriedade intelectual, dando ênfase a diferentes estados de crise que lhe acometem, sobretudo levando em consideração as manifestações decorrentes da *internet*. Não deixa de representar, em outros termos, uma espécie de análise dialética da matéria, onde seus fatores de justificação (juntamente com suas contradições e paradoxos) se desvelam mais da análise de suas crises do que, propriamente, de seus princípios tradicionais, ou até mesmo, de seus direitos positivados. Para tanto, contudo, mostra-se como sendo primordial demarcar aquilo que pode ser definido como paradigma da matéria, sem o qual a tarefa de mergulhar tanto na análise de suas crises, como também, do seu próprio futuro, apresenta-se como defeituosa ou, no mínimo, incompleta.

CAPÍTULO 1 – A FORMAÇÃO DO PARADIGMA INTERNACIONAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

O presente capítulo tem por objetivo apresentar o desenvolvimento da propriedade intelectual no curso da história, de modo a identificar os principais fenômenos que exerceram influência na construção do paradigma internacional como o conhecemos hoje. A exploração da formação paradigmática, como já exposto na introdução, é inspirada nos conceitos de Thomas Kuhn, que indica, em resumo, a definição de um problema e a garantia da existência de uma solução viável⁴. Nessa linha, o escopo do capítulo 1 será de realizar um esboço histórico e teórico que possibilite a identificação do “local de fala” a respeito do desenvolvimento da propriedade intelectual, permitindo, com isso, que a análise das crises ocorra de forma mais fluída e coerente (até porque, segundo o mesmo autor, os paradigmas são ameaçados pelas crises⁵, que podem ser superadas a partir da própria ciência normal, que é cumulativa⁶). Termos como paradigma, revolução, crise, anomalia etc., invariavelmente aparecerão no trabalho, mas todos eles, direta ou indiretamente, têm como inspiração os conceitos trabalhados por esse autor. A escolha por esse método foi motivada com o fim de lidar de forma mais estável no uso desses conceitos.

Valendo-se do senso de continuidade histórica, o presente capítulo pretenderá analisar o desenvolvimento histórico da matéria até a formação da sua dimensão global no fim do século XX. Tal estudo pretende menos verificar fatos da história como desvendamentos do passado, deslocados da realidade, e mais como recurso que auxiliará no estabelecimento de determinadas premissas fundamentais para compreender o paradigma atual, além de também oferecer importantes subsídios para a prospecção dos caminhos que a matéria poderá traçar

⁴ Percebe-se rapidamente que na maior parte do livro o termo “paradigma” é usado em dois sentidos diferentes. De um lado, indica toda a constelação de crenças, valores, técnicas etc., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada. De outro, denota um tipo de elemento dessa constelação: as soluções concretas de quebra-cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal. (KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013. (Série Debates, 115), p. 93, 280).

⁵ Ibid., p. 31

⁶ Ibid., p. 183

nas próximas décadas. Afinal, a análise do conceito de *copyright* (ou direito de autor), e por extrapolação, da propriedade intelectual, é complexa, além de muitas das vezes insatisfatória⁷.

Olhar o passado, ainda que de modo panorâmico, é crucial para que se possa compreender não somente o presente, mas prospectar sobre o futuro. O curso da história não é determinista, ou seja, não se apresenta de modo linear e uniforme. Ao contrário, desenrola-se de modo circunstancial e, carregado de “contrastes” ínsitos ao percurso, trabalha com elementos que corporificam passado e presente⁸. Essa reflexão, transposta ao curso da propriedade intelectual, tem o intuito de reforçar que o seu desenvolvimento não se deu de modo homogêneo. A sua construção, ao invés disso, refletiu uma série de circunstâncias e tensões históricas que foram, aos poucos, moldando a matéria no desenrolar dos últimos séculos. Esse aspecto se mostra fundamental porque, apenas a partir dele, é possível compreender os debates travados na contemporaneidade.

Qual é a natureza deste direito? Seria ele adepto do Direito Natural? Ou nada mais seria do que um direito “artificial” estabelecido com o fim de lidar com fenômenos de poder específicos de uma determinada época? Ele existe para proteger investimentos, gerar inovação, ou simplesmente para proteger autores? Ou os três ao mesmo tempo? A tecnologia, na sua análise histórica, motivou a criação ou, ao contrário, as tensões desse direito? Trata-se de um direito construído para a sociedade (ou usuários) ou para os empresários? Ele visa o acesso ao conhecimento ou o seu controle? Trata-se, de fato, de uma propriedade? O que está por trás de seu caráter internacionalista: progresso ou dominação? Como compatibilizar, hoje,

⁷ “The modern concept of copyright is difficult, complex, and on the whole, unsatisfactory. In 1961, the Register of Copyrights, in connection with the fourth general revision of the copyright law in some one hundred and fifty years, defined copyright as “a legal device to give authors the exclusive right to exploit the market for their works. It has certain features of property rights, personal rights, and monopolies. The principles ... [of which] are not always appropriate for copyright/ 711 This statement points up the basic and continuing weakness of copyright law in this country, the absence of fundamental principles for copyright. As it implies, “No workable, unifying concept of copyright has yet been formulated”. (PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in Historical Perspective*. Nashville: Vanderbilt University Press, 1968. p. 8).

⁸ “Eu talvez use uma furadeira elétrica, mas também um martelo. A primeira tem vinte anos, o segundo centenas de milhares de anos. Eu serei um carpinteiro “de contrastes” porque misturo gestos provenientes de tempos diferentes? Eu serei uma curiosidade antropológica? Ao contrário, mostrem-me uma atividade que seja homogênea do ponto de vista do tempo moderno. Alguns dos meus genes têm 500 milhões de anos, outros 100.000, e meus hábitos variam entre alguns dias e alguns milhares de anos”. (LATOUR, Bruno. *Jamais fomos modernos*. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1994. p. 74).

os sistemas americano (centrado na obra) e europeu (ênfase ao autor)? É possível compatibilizar propriedade intelectual, sobretudo o *copyright*, com a era da *internet*? Como harmonizar a natureza do domínio público com os constantes aumentos nos prazos de proteção? Seria correto falar em direito de acesso e não mais em direito de autor (ou de reprodução)? Ou até mesmo falar em propriedade intelectual como comunicação? Quais são as relações entre ideia, informação, conhecimento e cultura? Todos estes são abarcados pela propriedade intelectual? A matéria pode se resumir apenas a aspectos econômicos? A não rivalidade de um bem digital de fato esfacela o *copyright* ou o direito autoral? Patente gera ou prejudica a inovação? Essas e outras questões apenas podem ser respondidas, ou ao menos problematizadas, a partir de uma análise histórica que expõe o núcleo duro da matéria, já em consideração às suas diferentes nuances.

A formação do conceito é absolutamente multifacetada e carregada de percalços. Todos os polos, no curso do tempo, foram cogitados: proteção absoluta (e ilimitada no tempo), proteção relativa (privilégios temporários) e não proteção (vácuo normativo). E cada um desses direcionamentos, direta ou indiretamente, foram motivados por tensões e crises que acompanharam um conjunto de condições sociais de diferentes naturezas: avanço tecnológico, conflitos de grupos sociais, relações de poder, controle do conhecimento, convulsões sociais, entre outras coisas. A situação de tensão gerada pela *internet* e digitalização, na verdade, nada mais é do que *mais uma* manifestação circunstancial (ou condicionante) no curso histórico da propriedade intelectual, sendo original, de modo geral, na sua potência e nos elementos quantitativos. As crises, assim, acompanham um movimento cíclico em relação à matéria.

Delinear certas premissas em relação à formação paradigmática do sistema internacional será fundamental para uma análise mais profunda de suas bases *a partir* do estado de crise. As crises, no presente trabalho, servirão não somente para compreender mais um fenômeno cíclico do percurso histórico, mas, mais importante, levarão a uma análise paradigmática do próprio conceito, contemplando suas diferentes qualidades e especificidades. Enquanto que a formação paradigmática tem a função de apenas oferecer “cortes” epistemológicos, a análise paradigmática, escorada nas crises, vai mais além, ao desenvolver uma reflexão mais profunda sobre o próprio posicionamento da propriedade intelectual na

contemporaneidade, permitindo, além disso, uma reflexão acerca da sua “adequação” no último paradigma tecnológico, sem contar com as reflexões que permitirão a prospecção sobre o futuro a curto e médio prazo da matéria.

Seria seguro afirmar, na verdade, que o presente capítulo representa um olhar até certo ponto tradicional do paradigma internacional da propriedade intelectual, buscando-se, entretanto, apresentá-lo de modo problematizado. Mas, na realidade, como já exposto, o objetivo é utilizá-lo como formador de certas premissas que, direta ou indiretamente, serão também exploradas no capítulo 2, quando se analisarão, de forma mais sistemática, as crises da propriedade intelectual. Acredita-se, e esse apresenta-se como sendo um dos aspectos mais elucidativos do trabalho, que o paradigma internacional da propriedade intelectual apenas pode ser compreendido em sua completude a partir do momento em que o estudo se desenvolve com importante ênfase às crises que acometeram a matéria, no decorrer dos últimos séculos. Assim, acreditamos que são as crises que explicam certos fenômenos (para não dizer todo o sistema) e não um projeto bem definido que se perpetua no tempo com, no máximo, alguns aperfeiçoamentos e adaptações no tempo.

1.1 As raízes advindas da pré-modernidade

A reflexão acerca da formação paradigmática da propriedade intelectual exige, como não poderia deixar de ser, a análise sobre seu próprio desenvolvimento histórico. A propriedade intelectual, pelo menos o núcleo estrutural que chegou ao século XXI, é relativamente recente (assim como o próprio desenvolvimento sofisticado do capitalismo). Mostra-se, como se verá, de uma matéria forjada principalmente no desabrochar do período histórico da modernidade, desenvolvendo-se no período que contempla a renascença, a ascensão da burguesia, a revolução industrial, a revolução francesa, etc. A análise da perspectiva histórica se mostra fundamental para que a compreensão da matéria, nas primeiras décadas do século XXI, se dê de modo coeso, de forma que se identifiquem similitudes e divergências.

Um das características mais basilares de qualquer perspectiva que leve em consideração o curso da história é a de identificação de polos de tensão e movimentos cíclicos. No primeiro aspecto, o que se pretende enfatizar, são as relações de poder da época, que de algum modo influenciaram não apenas na formação do conceito, mas em suas justificações teóricas e estrutura jurídica. Em relação ao movimento cíclico, a perspectiva histórica permite a demonstração da originalidade fenomenológica de determinados elementos do presente, possibilitando a verificação de “encaixe” entre as bases do presente com as circunstâncias do passado. Em outras palavras, as discussões atuais referentes à propriedade intelectual, em análise de pretensão mais profunda, precisam ser observadas *a partir* de sua história. Será por meio dela que o estudioso conseguirá caminhar num terreno mais consistente, em que as bases são sólidas e confiáveis.

O espaço temporal que contempla a pré-modernidade⁹, no presente escopo, leva em consideração como divisor de águas, principalmente, a prensa de tipos móveis de Gutemberg, em meados do século XV. Do ponto de vista da propriedade intelectual, existe um percurso antes dela e depois, não sendo à toa o fato de muitos estudos, nacionais e estrangeiros, frequentemente partirem de Gutemberg como corte epistemológico. É a partir da prensa, como veremos, que a matéria passa a se estruturar de modo mais sistemático, em oposição ao conjunto de orientações esparsas dos períodos, por exemplo, grego e romano, que davam conta de situações absolutamente específicas que não tinham o condão de representar conflitos de vulto sob o prisma macro daquelas sociedades.

Atualmente, como se sabe, a propriedade intelectual refere-se ao gênero de Direitos Autorais (*copyright*), de um lado, e Propriedade Industrial, de outro. Essa categorização se mostra como sendo ainda mais recente (remontando às Convenções de Berna e de Paris, ao final do século XIX), dentro da já recente história do *Copyright*, que remonta ao século XVIII, com o Estatuto da Rainha Ana, ou mesmo, da Propriedade Industrial, com o *Statute of Monopolies* do Século XVII. O temo “propriedade” veio somente a ser associado a

⁹ Explicar modernidade. Segundo dicionário Houaiss, modernidade é: 1. Qualidade ou estado do que é moderno. 2. Período, influenciado pelo Iluminismo, em que o homem passa a se reconhecer como um ser autônomo, autossuficiente e universal, a se mover pela crença de que, por meio da razão, se pode atuar sobre a natureza e a sociedade. (HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009).

tais matérias, principalmente, nos auspícios da Revolução Francesa. Em linhas gerais, o desenvolvimento do curso histórico que desaguou na formação desses direitos, assim como a sua categorização como propriedade, ou mesmo, a própria consideração do “autor” como núcleo desses direitos (algo desconsiderado no início das discussões do *copyright*), decorreram de uma série de circunstâncias históricas que não se mostraram presentes no momento anterior da modernidade (ou da formação, na linha de Wallerstein, do “sistema moderno mundial”¹⁰).

A noção que resulta na estruturação do *copyright*, como será aprofundado no tópico a seguir, apenas se desenvolve a partir da conjugação de determinados fatores sociais que, resumidamente, se concentram numa matriz tecnológica – econômica – política. Tecnológica porque é apenas com a disseminação da prensa que a impressão em massa de livro torna-se viável; econômica uma vez que a produção em massa de livros transforma-se num novo núcleo de florescimento econômico; política devido ao uso de tais circunstâncias como forma de concentração de poder por meio da regulação daquilo que poderia ou não ser publicado, atendendo aos interesses do monarca. É somente a partir da conjugação desses fatores que se inicia a própria estruturação, principalmente, do *copyright*, e depois da propriedade intelectual de um modo geral.

A transposição dessa mesma matriz ao período anterior à modernidade não permite o entrelaçamento dos mesmos encaixes. A primeira razão, mais óbvia, é a de que a vida econômica (o chamado período Mercantilista) é um fenômeno estritamente moderno. E, sendo o *copyright*, inicialmente, uma matéria de cunho eminentemente econômico, seu desenvolvimento não seria possível num momento histórico em que a base social se estruturava a partir do sistema de trocas (como nos casos da Antiguidade ou do Feudalismo). A parte disso, a matriz teórica explorada acima também não reunia condições adequadas para o surgimento da matéria.

Do ponto de vista tecnológico, a análise pode partir tanto da reflexão acerca da noção de mídia (McLuhan) ou da própria produção em massa. O termo mídia, bastante

¹⁰ WALLERSTEIN, Immanuel. *Centrist Liberalism Triumphant*. Los Angeles: University of California Press, 2011 (The Modern World-System; 4).

difundido na atualidade (CD, DVD, Mídia digital etc.), possui dois pilares fundamentais: armazenamento e transporte¹¹. Eles representam a capacidade de o conhecimento humano ser armazenado em um *meio* e transportado de uma pessoa para outra. Mídia, nesse sentido, pode ser qualquer coisa que permita que o conhecimento possua caráter de expressão, permitindo a transferência de um indivíduo para outro. Quais eram as “mídias” do período pré-modernidade? Muitos são os exemplos: uma pedra (hieróglifo, código de Hamurabi etc.), um pedaço de mármore (escultura), o papiro, o pergaminho, até a parede de uma capela (apesar da inviabilidade do transporte). A existência da mídia, em relação ao desenvolvimento do *copyright*, da perspectiva tecnológica, não foi, contudo, suficiente. Algo importante, nesse contexto, ainda faltava: a cópia em grande escala.

A existência do livro é antiga (vide detalhada análise histórica do historiador inglês Adrian Johns¹²). O mesmo não se pode dizer da possibilidade de sua cópia em grande escala. Esta, como veremos com maior riqueza de detalhes no tópico a seguir, apenas se tornou viável com a invenção da prensa de tipos móveis no século XV. Até esse período, a cópia existia, contudo, era resultado de um trabalho manual e demandante (era, em realidade, o trabalho de um verdadeiro artesão). No curso da história da propriedade intelectual, de um modo geral, os fatores da facilidade de (re)produção e da proteção dos, então, titulares dos direitos são inversamente proporcionais: quando mais acessível for a produção em escala, maior será a tensão em relação aos interesses dos “proprietários” de tais direitos (proprietários esses, aliás, que eram representados pelos detentores do meio de produção e não originalmente pelos autores ou produtores). Esse cenário, até o século XV, era absolutamente desconhecido na sociedade.

É a partir da noção de produção em massa estabelecida pela prensa que esta passa a se conectar de modo intuitivo com o mundo do comércio¹³. Do ponto de vista da perspectiva

¹¹ MCLUHAN, Marshall. *Understanding Media: the extension of man*. England: Routledge, 2001. p.158.

¹² JOHNS, Adrian. *The nature of the book: print and knowledge in the making*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998.

¹³ A historiadora americana Elizabete Eisenstein vai além, em sua análise, ao extrapolar a importância da prensa como simples meio de produção em massa de livros, como primeiro meio de produção em massa do ponto de vista da própria revolução industrial. (EISENSTEIN, Elizabeth. *The print press as na agent of change:*

econômica, o momento da pré-modernidade desconhecia a noção de produção em massa e, por via de consequência, a noção econômica da “propriedade” intelectual. O conhecimento, como expressão intelectual, tinha valor, mas seu núcleo não se manifestava de forma decisiva no mundo do comércio. O seu valor eminentemente artístico detinha maior ênfase na fase histórica anterior à modernidade, tendo maior destaque o autor, em si, em detrimento do detentor do meio de produção, o que não deixa de ser um paradoxo.

Na verdade, o “meio de produção” da época poderia ser considerado, por exemplo, o monarca que encomendava uma obra artística a um determinado artista. Como a obra, em si, não carregava valor intrínseco no mundo das trocas comerciais, a sua produção, em grande medida, dependia do interesse da elite em produzi-la. O possível paradoxo surge porque o início da noção do *copyright*, no século XV, desconsiderava quase que por completo o papel do autor. A partir do momento em que um impressor, por exemplo, detinha o direito de imprimir um livro de um determinado autor, aquele detinha um caráter “proprietário” em relação à obra substancialmente maior do que este. Isso não acontecia na época anterior à modernidade de um modo geral, já que ao autor era sempre resguardado o bônus moral em relação à criação, ainda que a criação fosse resultado de uma verdadeira relação de mecenato.

Existe, do ponto de vista da valorização do autor, na condição de criador de expressão artística, um movimento cíclico entre o período pré-modernidade, a invenção da prensa e a revolução francesa. Na pré-modernidade, a criação artística, como aquela levada a efeito pela atividade do mecenato, mantém uma relação íntima entre a obra e o seu criador (músicos, pintores, escultores etc.). Essa relação, a bem dizer, era o que justificava o próprio mecenato. A qualidade artística de um determinado autor, por ser reconhecida na comunidade, era utilizada pelos mais abastados como forma de aprimoramento de sua imagem e (ou) *status*. O autor, nessa fase, não obstante à dependência dos nobres, tinha sob sua imagem a centralidade da obra. Como veremos adiante, a prensa modifica essa realidade em dois aspectos fundamentais: desloca a importância do autor, em si, para o detentor do meio de produção (principalmente no caso dos livros); eleva de forma decisiva a importância do

caráter patrimonial das criações. Há que defender, por exemplo, como o faz Henry Jessen, que a relação com o direito já vinha de antes:

Técnicamente, entretanto, o direito de autor é tão antigo quanto à sociedade. “A veia criadora revelou-se no Homo Sapiens desde a aurora dos tempos; a escultura e o desenho eram artes cultivadas na Idade da Pedra e os poemas tradicionais que, por muitos séculos, os Canacas se transmitem de geração em geração, são de um lirismo inexcedível”¹⁴.

Em razão da relação próxima do autor com a obra, no período pré-modernidade, não se mostrava como sendo incomum o reconhecimento do direito dos autores em relação às suas obras, às vezes, traduzido no próprio corpo legislativo. Durante um determinado concurso literário, em Alexandria, um dos julgadores (Vitruvius) identificou a figura do furto de obra alheia (palavras e frases), fazendo com que “falsos” poetas fossem devidamente julgados e condenados^{15/16}. Outro caso, bastante citado, é o de uma disputa na Irlanda, no ano de 560, entre o monge São Colomba e seu mestre São Finnian. Segundo a narrativa histórica¹⁷, o monge São Colomba teria copiado sem autorização um livro de salmos que pertencia a São Finnian. Este, ao descobrir, exigiu que a cópia lhe fosse entregue. São Colomba, por sua vez, disse que a cópia lhe pertencia. Diante da controvérsia, São Finnian levou o caso ao então Rei da Irlanda (Rei Dermott) que, ao julgar o caso em favor de Finnian, pronunciou a famosa frase: *To every cow her calf, and consequently to every book its copy*¹⁸.

¹⁴ JESSEN, Henry. *Direitos Intelectuais*. Rio de Janeiro: Edições Itaipu, 1967. p. 10.

¹⁵ BUGBEE, Bruce W. *The Genesis of American Patent and Copyright Law*. Washington: Public Affairs Press, 1967. p. 167.

¹⁶ “[...] in which Greek literature was its height, the practice of plagiarism was very general, even among authors whose originality and creative power could not be questioned [...]. We may further conclude that while plagiarism, when detected, called forth a certain amount of criticism and raillery, especially when author appropriated from was still living, it did not bring upon the “appropriators” any such final condemnation as would cause them to lose caste in the literary guild or to forfeit the appreciation of the reading public. [...]. An instance of such public condemnation is referred to by Vitruvius. One of the Ptolemies had instituted as Alexandria some literary contests in honor of Apollo and the Muses. Aristophanes, the grammarian, who on a certain day acted as judge, gave his decision, to the surprise of the audience, in favor of a contestant whose composition had certainly not been the most able. When asked to defend his decision, he showed that the competing productions were literal copies from the works of well known writers. Thereupon the unsuccessful competitors were promptly sentenced before the tribunal as veritable robbers, and were ignominiously thrust out of the city”. (PUTNAM, George. *Authors and their public in ancient times*. New York, 1894. p. 73-74).

¹⁷ DALLON, Craig W. *The Problem with Congress and Copyright Law: Forgetting the Past and Ignoring the Public Interest*. Santa Clara Law Review, n. 365, p. 373-377, 2004. Disponível em: <https://digitalcommons.law.scu.edu/lawreview/vol44/iss2/1/>. Acesso em: 20 abr. 2019.

¹⁸ Ibid.

No campo da história social da arte, o autor húngaro Arnold Hauser nos apresenta que a obra de arte plástica mais antiga que se tem notícia foi elaborada em torno do ano 700 a.C, instrumentalizada no “vaso de Aristónoto”¹⁹. Mas, a característica fundamental que se pretende enfatizar, fato esse identificado pelo autor, é que a partir desse fato histórico aparecem as primeiras personalidades artísticas com o realce da individualidade do artista, circunstância essa não identificada nas épocas pré-histórica, do antigo oriente e da civilização grega²⁰. Existe, na conjuntura ora explorada, uma virada que traz à tona a identificação da personalidade do artista como algo “individualizável”, que verdadeiramente conecta o produto artístico à personalidade do autor, conexão essa capaz de lhe gerar satisfação pessoal. Ademais, inicia-se a noção da diferenciação, o que possibilita ao autor ser distinguido dos demais, como maneira de apresentar seu trabalho como sendo superior. Ainda que impreciso e talvez precoce, soa como sendo intuitivo localizar nesses casos ao menos algumas raízes importantes no tocante a propriedade intelectual. Afinal, segundo o próprio autor, elementos como individualidade, diferenciação e superioridade persistem nos dias de hoje²¹ (inclusive inseridos no próprio contexto da matéria).

Seguindo com o mesmo autor, a partir do desenvolvimento do modo de vida urbano e com a intensificação das relações comerciais, a concepção da individualização se potencializa, aspecto esse que pode ser identificado nos poetas da época arcaica, que passaram a se expressar em primeira pessoa, sendo a mesma característica identificada nas epopeias gregas. A individualização pode, inclusive, ser analisada em oposição ao segmento poético de tipo “rapsódia”, que se traduzia como sendo um produto coletivo de propriedade comum, pertencente, de forma indistinta, ao grupo, sendo que nenhum de seus autores considerava

¹⁹ HAUSER, Arnold. *Historia Social de la Literatura y del Arte*. Barcelona: Editora Labor, 1978. p. 63.

²⁰ “De esta época, alrededor del 700 a. C., proceden también las primeras obras firmadas de las artes plásticas, comenzando por el vaso de “Aristóno”, la más antigua obra de arte firmada que existe. En el siglo VI aparecen ya las primeras personalidades artísticas de marcada individualidad, cosas hasta entonces totalmente desconocidas. Ni la época prehistórica, ni la época del Antiguo Oriente, ni tampoco la era geométrica griega, habían conocido nada parecido a un estilo individual, a ideales artísticos particulares y a orgullo profesional; al menos no han dado signo alguno de tales inclinaciones. Los soliloquios, como los poemas de Arquíloco o de Safo, la pretensión de ser distinguido de los demás artistas, expresada por Aristónoo, los intentos de expresar de otra manera, aunque no siempre mejor, lo que ya se ha dicho, son fenómenos absolutamente nuevos, preludios de una evolución que, si exceptuamos los comienzos de la Edad Media, no ha sufrido ninguna interrupción esencial hasta el día de hoy” (Ibid).

²¹ Ibid.

como sendo de sua propriedade pessoal os poemas que recitavam²². Ainda no campo histórico da antiguidade, também era possível identificar a preocupação dos autores de poesias em relação à deturpação de seus trabalhos. Conforme explica João Henrique da Rocha Fragoso:

Posteriormente ao que já faziam os pintores de vaso, um novo elemento veio a ser agregar àquela marca da individualidade do artista, desta vez nas obras literárias, mais precisamente na poesia, procedimento inaugurado pelo poeta Teógnis de Megara, contemporâneo de Exékias. Teógnis escreve para um amigo dizendo que teve a ideia de colocar um selo em seus versos para que não pudessem ser roubados nem deturpados e que todos pudessem conhecer a sua autoria. Criou, assim, um “sinal identificativo de suas obras”²³.

Ainda que o “instituto” do plágio fosse reconhecido muito antes da ascensão de Roma, seu reconhecimento era incidental e inadequado: “*the absence of any protection by law for the author’s “rights”, whether literary or comercial, in his Productions, the protection by public opinion, even for living writers was very incidental and inadequate*”²⁴. A codificação mais estruturada que se tem notícia acerca do plágio apresenta-se na legislação do imperador Romano Justiniano (*Corpus Juris Civilis Romano*), por meio da *Lex Fabia de Plagiariis*²⁵. A censura relacionada ao plágio, em realidade, não decorria de eventual dano econômico (uma

²² “Al desarrollarse las formas de vida urbanas, intensificarse las relaciones comerciales e imponerse la idea de la competencia, la concepción individualista obtiene la primacía en todos los campos de la vida cultural. También la economía del Antiguo Oriente se desarrolló en un marco urbano y también ella se basó en gran parte en el comercio y en la industria; pero esta economía, o era el monopolio de la casa real o de los templos, o estaba en todo caso organizada de tal manera que dejaba poco espacio a la competencia individual. En Jonia y Grecia domina, en cambio, por lo menos entre los ciudadanos libres, la libertad de competencia económica. Con el comienzo del individualismo económico llega a su fin la compilación de la epopeya; y con la simultánea aparición de los líricos también el subjetivismo comienza a imponerse en la poesía; esto no sólo en cuanto a los temas, ya que la lírica trata objetos de por sí más personales que la épica, sino también en la pretensión del poeta de ser reconocido como autor de sus poemas. La idea de la propiedad intelectual se anuncia y echa raíces. La poesía de los rapsodas era un producto colectivo, propiedad común y proindiviso de la escuela, del gremio, del grupo; ninguno de ellos consideraba de su propiedad personal los poemas que recitaba. En cambio, los poetas de la época arcaica, y no sólo los líricos del sentimiento subjetivo, como Alceo y Safo, sino también los autores de la lírica gnómica y coral, hablan al oyente en primera persona. Los géneros poéticos se transforman en expresiones más o menos individuales; en todos ellos el poeta se expresa directamente o habla directamente a su público.” (HAUSER, Arnold. *Historia Social de la Literatura y del Arte*. Barcelona: Editora Labor, 1978. p. 63).

²³ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito de Autor e Copyright: Fundamentos históricos e sociológicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 18.

²⁴ PUTNAM, George. *Authors and their public in ancient times*. New York, 1894. p. 75.

²⁵ “Plagiarius. One who committed the crime of plagiarism, a kidnapper. Syn. *plagiator*. – See *plagium*, *Lex Fabia de Plagiariis*. Plagium. The legal rules concerning the crimen plagii were settled in the *Lex Fabia de plagiariis* which remained in force in Justinian’s legislation, with some alterations introduced by the legislation of the emperors and the interpretation of the jurists. (BERGER, Adolf. *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, v. XLIII, n. 2, 1953, p. 632).

vez que é estranha, à época, a noção da obra como mercadoria), mas sim, pela própria usurpação da honra do autor²⁶.

Da mesma maneira que a relação entre autor, obra e seu uso, de alguma forma, tenha sido reconhecida em diferentes momentos da história, de modo disperso e circunstancial, o mesmo também se verifica quando se analisa a obra como um “negócio”, sobretudo a partir de sua cópia e respectiva recompensa ao seu autor. Segundo Putnam, a primeira evidência de uma venda regular de literatura remonta ao antigo Egito, em referência ao famoso *Livro dos Mortos*²⁷. A compensação aos autores, contudo, em vista justamente da inexistência da relação intrínseca entre obra artística e comércio, nem sempre foi decorrente da produção da obra, em si. A compensação, basicamente, tinha duas origens: a) reconhecimento ou b) decorrência do dever de ofício.

No contexto cultural da Grécia antiga, poetas, dramaturgos, historiadores e filósofos contentavam-se com a aprovação pública de seus trabalhos, especialmente com a fama decorrente, ou com a satisfação pessoal com o trabalho, *per se*²⁸. Pontua Henry Jessen, porém, que nem sempre viviam os artistas de sua fama: “Mas nem só de aplausos e da hospitalidade alheia viviam os artistas: segundo sua fama e habilidade, eram generosamente pagos os pintores, escultores e arquitetos. Certas cidades instituíam prêmios para os poetas. As peças teatrais eram adquiridas dos seus autores para a sua representação em público”²⁹. Já no caso dos escribas, por exemplo, profissionais que realizam as cópias artesanalmente, eram pagos em virtude do serviço civil governamental³⁰.

²⁶ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito de Autor e Copyright: Fundamentos históricos e sociológicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 52-53.

²⁷ “The book of the dead enjoys the distinction of being the first literature of the regular sale of which there is any evidence. The undertaker, acting probably under the instructions of the priests, made business of disposing of copies off the “book” among the mourners and friends of the deceased”. (PUTNAM, George. *Authors and their public in ancient times*. New York, 1894. p. 13).

²⁸ “It is fortunate for the literature of the world that the Greek poets, dramatists, historians, and philosophers were content to do their work for the approval of their own generation, for the chance of fame with the generations to come, or for the satisfaction of the work itself, as their rewards in the shape of anything more tangible than fame appear to have been either nothing or something inconsiderable”. (Ibid., p. 55)

²⁹ JESSEN, Henry. *Direitos Intelectuais*. Rio de Janeiro: Edições Itaipu, 1967. p. 12.

³⁰ PUTNAM, George. *Authors and their public in ancient times*. New York, 1894. p. 19-20.

Quando se menciona que a propriedade intelectual é um instituto novo, ou seja, de cariz moderno, se faz referência à consolidação de sua estrutura a partir das tensões sociais advindas da prensa, como se analisará no próximo tópico. Isso não significa dizer, contudo, que alguns dos *elementos* estruturais que auxiliam na sua compreensão sejam igualmente modernos. Pelo contrário. Como pode-se observar em alguns dos relatos históricos, estudados nesse tópico, muitos dos aspectos fundamentais à matéria já se apresentavam: reconhecimento da noção de autor; conceito de obra artística; individualização; punibilidade pelo uso ilegítimo; paternidade; disseminação de cópias; diferenciação; superioridade etc.

É importante destacar, além disso, que tais elementos basicamente circundavam a esfera da personalidade do autor, especialmente de sua honra, características essas que foram obscurecidas com a prensa, alçadas a um papel de destaque novamente apenas no âmbito da Revolução Francesa, e ofuscadas mais uma vez com a revolução industrial e ascensão do capitalismo globalizado e do fortalecimento da noção do conhecimento como *commodity* e mercadoria. Em outras palavras, o desenvolvimento da obra artística, contrariamente ao que se pode supor numa leitura desavisada (e a-histórica), já de há muito tempo tem uma relação intrínseca e intuitiva com seus respectivos autores, passando por momentos cíclicos de destaque e obscurecimento.

Essa leitura, aliás, também pressupõe o equívoco de avaliar as tensões relativas à matéria, único e exclusivamente, do ponto de vista econômico. Se for verdade que o caráter econômico é de fundamental importância para a *estruturação* da propriedade intelectual (e formação de seu paradigma), a mesma premissa não pode ser levada em conta quando da análise de suas raízes que remontam ao período da antiguidade. Seria impreciso dizer que a relação econômica, numa perspectiva mais atual, *surja* com a prensa³¹, contudo, mostra-se inegável que as diversas tensões existentes entre o autor e o uso de suas obras no período pré-modernidade tinham como ênfase a preservação de sua personalidade e não os ganhos decorrentes de seu trabalho. Delia Lipszyc, citando Marie-Claude Dock, entretanto, destaca que tanto aspectos patrimoniais quanto morais já eram reconhecidos na Grécia e em Roma:

³¹ “It seems evident that in Greece, as later in Rome, the earliest booksellers were scribes, who with their own labor had prepared the parchment or papyrus scrolls which constituted their stock in trade”. (PUTNAM, George. *Authors and their public in ancient times*. New York, 1894. p. 102).

Sobre las manifestaciones del derecho de autor en el mundo antiguo, Dock cita ejemplos correspondientes a las épocas de mayor desarrollo de las artes en Grecia y en Roma, relacionados con el aspecto patrimonial del derecho de autor. Entre ellos, el de Terencio respecto de su obra *El Eunuco* que según Donat, por haber sido interpretada con gran éxito fue vendida por segunda vez y representada como si no hubiera estrenado, por lo que la primera venta parece haber tenido por objeto el derecho a representar la pieza una sola vez. Dock aborda la existencia del respecto al derecho moral señalando que “los autores romanos tenían conciencia del hecho de que la publicación y la explotación de la obra pone en juego intereses espirituales y morales. Era el autor quien tenía la facultad para decidir la divulgación de su obra y los plagios eran mal vistos por la opinión pública”³².

Essa relação entre personalidade e aspectos econômicos, como veremos a seguir, inverte-se com a disseminação da prensa de tipos móveis, após um período de obscurecimento das artes após a queda de Roma em 476 d.C.³³. As civilizações pré-modernas, cujas algumas das tensões foram apresentadas nesse tópico, desconheciam tanto o conhecimento como mercadoria, quanto o caráter da produção em massa. Ao passo que a produção artística girava em torno da esfera do autor, tanto este quanto a comunidade não enxergavam seu trabalho como passível de troca no mundo do comércio. Soma-se a isso o fato de que a cópia, ou seja, a produção que poderia visar a sua respectiva distribuição era custosa³⁴, o que inviabilizava a sua ampliação quantitativa.

³² LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Paris/Bogotá/Buenos Aires: Ediciones UNESCO, 1993. p. 28.

³³ “Com a queda de Roma em 476 d.C, a Europa mergulha num período difícil para as artes, com distúrbios e invasões que assolam as populações. As coisas do espírito, salvo a religião, assumem caráter secundário. Por toda a Idade Média, pois, ocupar-se-ão os artistas em desenvolver quase que exclusivamente temas religiosos em todos os ramos da criação intelectual. (JESSEN, Henry. *Direitos Intelectuais*. Rio de Janeiro: Edições Itaipu, 1967. p. 15).

³⁴ “It appears from such reference as we find to the prices paid that, as compared with other luxuries, books remained very costly up to the time of the Roman occupation of Greece, or about 150 B.C. This is a negative evidence that there was as yet no effective publishing machinery through which could be provided the means required for keeping up a staff of competent copyists, and that the multiplication of books was therefore practically dependent upon the enterprise of such individual owners as may have been fortunate enough to be able to secure slaves of sufficient education to serve as scribes”. (PUTNAM, George. *Authors and their public in ancient times*. New York, 1894. p. 93).

1.2 O ponto de virada da prensa de tipos móveis

A disseminação da prensa de tipos móveis, por Johannes Gutemberg, foi, sem dúvida, o grande marco tecnológico³⁵ que desaguou na formação da matéria, inicialmente, do *copyright*, e depois, da propriedade intelectual. De um ponto de vista mais amplo, seguindo a tese da historiadora americana Elizabeth Eisenstein, a prensa teria tipo importância decisiva na própria formação da sociedade moderna, tendo repercussão na vida industrial, no conhecimento, na comunicação, entre outros. Muitas das mudanças apresentadas pela autora são igualmente fundamentais para a compreensão da propriedade intelectual, motivo pelo qual parte desse tópico é dedicada a explorar as possíveis relações entre ambos.

O presente tópico tem por objetivo principal contextualizar e problematiza o papel da prensa na sociedade moderna, em especial, dentro do contexto das raízes da propriedade intelectual. Um primeiro aspecto a ser considerado é o questionamento acerca dos motivos pelos quais a propagação da prensa é geralmente considerada como um dos marcos do *copyright*. A intenção, assim, é de problematizar determinados elementos a fim de compreender algumas das razões pelas quais as discussões a respeito do tema começam nesse período e não antes. Ela ingressa dentro de uma perspectiva social que, de algum modo, funciona como um verdadeiro efeito *big bang* em relação às futuras tensões que desaguardariam na formação das leis de propriedade intelectual.

Como foi possível perceber no tópico anterior, as noções que hoje permeiam a propriedade intelectual estão longe de serem somente modernas. A mesma conclusão, contudo, não pode ser aferida quanto à *estruturação* dos direitos que tratam da matéria. A prensa, nesse contexto, possui papel decisivo, uma vez que é justamente a partir de sua propagação, como se verá com maior riqueza de detalhes a seguir, que uma série de efeitos são desencadeados formando as condições que de possibilidade que resultaram no processo de

³⁵ Contudo, vale ressaltar: *El nacimiento del derecho de autor no se debió solamente a la capacidad de reproducir obras. Como dice Walter Benjamin: "La obra de arte há sido siempre fundamentalmente susceptible de reproducción. Lo que los hombres habían hecho podía ser imitado por los hombres. Los griegos conocían el procedimiento de fundir y acunar bronzes, terracotas y monedas. Antes de la imprenta los se reproducían por xilografía.* (III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. OMPI. Tomo I. Uruguay, Montevideo, 1997. p. 60).

sistematização da propriedade intelectual. Ela, juntamente com os respectivos desdobramentos econômicos, foi a responsável por estabelecer as condições essenciais sem as quais o tema, provavelmente, teria seguido outras direções.

Não se trata, frise-se de antemão, de mero registro histórico. Muito ao contrário. Ao longo do trabalho será possível perceber a tônica que explora a conexão entre fatos históricos, sociais, econômicos e tecnológicos que atuam de forma imbricada de modo a formar o estado de coisas que a contemporaneidade hoje nos apresenta. Em outras palavras, é possível localizar muitos pontos em comum quando se analisam, por exemplo, os efeitos da prensa confrontados com aqueles proporcionados, por exemplo, pela *internet*, ou mesmo, com outras ferramentas tecnológicas como a televisão e o rádio. O paradigma da propriedade intelectual deve ser estudado e compreendido dentro de uma perspectiva multifacetada em que a prensa atua como um dos elementos. Busca-se, com isso, deixar de lado explicações superficiais que por vezes exploram pontos de vista uniformes, unitários e (ou) determinísticos.

Um primeiro aspecto a ser mencionado, caso ainda não tenha se apresentado como óbvio, é que a impressão não é algo que surge com Gutenberg³⁶. Esse é outro dado que não ingressa dentro do contexto de simples curiosidade histórica. Isso porque esse fato torna pertinente a seguinte pergunta: por que a prensa ocupou papel de destaque na formação do *copyright* somente séculos depois na Europa e não antes, por exemplo, na China (local em que a prensa já havia sido inventada muitos séculos antes de *Gutenberg*)? Essa é uma pergunta inserida no contexto de que a formação da matéria dependeu da conjunção de determinados fatores que não se apresentavam àquela ocasião. Segundo Marshall McLuhan, a hipótese recai justamente na finalidade comercial: “*The purpose of printing among the Chinese was not the creation of uniform repeatable products for a market and price system. Print was an*

³⁶ “The invention of paper took place about 100 B.C, the first material utilized for the manufacture being bark, fishing-nets, and rags. Printing, from solid blocks was done as early as the first century A.D. The invention of the art of printing from movable type is credited to a blacksmith named Pi-Shing. The blacksmith’s first books were turned out towards the close of the tenth century A.D, or early in the eleventh century, more than three centuries before the presses of Gutenberg began their work in Mayence. (PUTNAM, George. *Authors and their public in ancient times*. New York, 1894. p. 29).

*alternative to their prayer-wheels and was a visual means of multiplying incantatory spells, much like advertising in our age*³⁷.

De modo geral, a prensa é analisada sob a perspectiva da formação da propriedade intelectual ora como curiosidade histórica, ora na condição de corte restrito apenas à matéria. Ambas as abordagens nos parecem insuficientes quando se persegue a compreensão do verdadeiro paradigma da propriedade intelectual. Essas abordagens, por vezes, descontextualizam fatores que se mostram essenciais ao entendimento acerca das *concepções* que convergem na formação estruturada do tema. Longe de tão somente ter proporcionado a disseminação mecanizada de livros, panfletos etc., a prensa de Gutemberg contribuiu decisivamente à formação de vários aspectos intrínsecos ao próprio desenvolvimento da modernidade³⁸, fatores esses que se acoplaram aos conflitos iniciais referentes ao momento *pré-copyright*.

Segundo Elizabeth Eisenstein, “*as an agent of change, printing altered methods of data collection, storage and retrieval systems and communications networks used by learned communities throughout Europe*”³⁹. A prensa, assim, possibilita que informações sejam coletadas e armazenadas com maior eficiência, em oposição, em princípio, à oralidade até então predominante, e principalmente, viabilizando a comunicação em massa de conhecimento. Ela atua, a bem dizer, como a própria revolução da mídia, passando a reprodução de conhecimento (impresso) da mesa do copista individual para as oficinas de impressão (verdadeiras fábricas). Peter Burke, até certo ponto, apresenta um viés crítico à ênfase exagerada apresentada pela autora em relação à impressão gráfica como agente de mudança:

³⁷ Para mais detalhes ver também MUMFORD, Lewis. *Technics & Civilization*. Chicago: The University of Chicago Press, 2010. p. 134-135. (MCLUHAN, Marshall. *The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man*. Toronto: University of Toronto Press, 2011. p. 40).

³⁸ Aqui vale destacar ao leitor o debate entre os historiadores Elizabeth Eisenstein e Adrian Johns. Enquanto que a primeira coloca a prensa num papel de absoluto destaque na formação da modernidade, o segundo a insere dentro de um contexto mais amplo, em que ela, a prensa, figura apenas como um mero elemento. O presente trabalho não pretende ingressar com profundidade nesse debate, o objetivo será usar, no que couber e não representando contradição entre os autores, alguns dos elementos que nos auxiliarão a enquadrar a propriedade intelectual dentro de uma perspectiva histórica e problematizada.

³⁹ EISENSTEIN, Elizabeth. *The Printing Press as an Agent of Change: communications and cultural transformations in early-modern Europe*. Cambridge: Cambridge University Press. 1979., p. xvi.

Falar da impressão gráfica como agente de mudança é dar muita ênfase ao meio de comunicação, em detrimento de escritores, impressos e leitores que usaram a nova tecnologia, cada qual segundo seus próprios e diferentes objetivos. Talvez seja mais realista ver a nova técnica – como aconteceu com outros meios de comunicação em séculos posteriores (a televisão, por exemplo) – como um catalisador, mais ajudando as mudanças sociais do que as originando.⁴⁰

Marshall MacLuhan, seguindo a linha de Elizabeth Eisenstein, também confere à prensa uma importância essencial, classificando-a como um ponto de inflexão na própria história da civilização. Segundo ele: “*Not so readily appreciated is the fact that association with printed matter has changed our views of literary art and style, has introduced ideas concerning originality and literary property of which the age of manuscript knew little or nothing*”⁴¹. Importante destacar, nessa passagem, que é com a prensa que a noção de originalidade e propriedade literária surgem como elementos que irão, nos séculos seguintes, servir de pilares à formação do *copyright*. É interessante notar, igualmente, sendo esse aspecto melhor explorado no segundo capítulo, no tópico sobre a crise de uma perspectiva de autoria, que os conceitos de originalidade e propriedade literária enquadram-se na posição do autor que analisa a passagem, com a prensa, da oralidade para a “cultura impressa”, ou seja, da instabilidade do conhecimento (e do reconhecimento de seus autores), para o enclausuramento informacional e o fortalecimento da autoria (que dá origem à obra “original”).

De qualquer maneira, o debate acerca do real posicionamento da prensa como agente de mudança, como já exposto (em referência a Adrian Johns), não é objeto do trabalho. Contudo, o excerto acima nos permite um apontamento crítico, que não funciona como uma digressão, em si, mas como uma conexão a um fator que nos parece fundamental quando da análise da propriedade intelectual. Que a tecnologia exerce influência nas mudanças sociais, isso não há dúvida. Mas isso não significa que a sua capacidade de *também* originar comportamentos e mentalidades seja necessariamente colocada num segundo patamar. Uma delas, que nos interessa nesse momento, é a formação da “standardização” proporcionada pela prensa.

⁴⁰ BURKE, Peter; BRIGGS, Asa. *Uma História Social da Mídia: de Gutenberg à Internet*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2010. p. 34.

⁴¹ MCLUHAN, Marshall. *The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man*. Toronto: University of Toronto Press, 2011. p. 99.

Mesmo que hipoteticamente a prensa tenha representado uma mudança meramente quantitativa, a questão a ser analisada é como o acesso a um abundante, padronizado e variado espectro informacional afetou modos de aprendizagem e de pensamento. No momento anterior à prensa (em Roma, por exemplo), textos e livros eram menos confiáveis devido à possibilidade de corrupção⁴² do conteúdo, em virtude da sua produção quase que artesanal. Fosse por razões operacionais, ou mesmo, por vontade do escriba, a estabilidade e integridade do conteúdo apresentava-se como sendo consideravelmente mais volátil do que as reproduções realizadas pela prensa, o que acabava por gerar carência de uniformidade. Nesse sentido, Elizabeth Eisenstein aduz que: “*Uniformity and synchronization have become so common since the advent of printing, that we have to remind ourselves repeatedly that they were usually absent in the age of scribes*”.⁴³ Putnam, nesse contexto, lembra-nos que um dos principais motivos de o mercado de livros não ter florescido na antiguidade decorreu da insuficiência de mão de obra qualificada (escribas) e da conseqüente falta de confiança nas cópias: “*The principal obstacle was for many years the difficulty of securing a sufficiency of skilled copyists the accuracy of whose work could be trusted*”⁴⁴. Na mesma linha segue o historiador da tecnologia, Lewis Mumford:

*Print was from the beginning a completely mechanical achievement. Not merely that: it was the type for all future instruments of reproduction: for the printed sheet, even before the military uniform, was the first standardized product, manufactured in series, and the movable types themselves were the first example of completely standardized and interchangeable parts. Truly a revolutionary invention in every department.*⁴⁵

⁴² “Conditions that prevailed near the bookshops of ancient Rome, in the Alexandrian library, or in certain medieval monasteries and university towns, made it possible for literate élites to develop a relatively sophisticated “bookish” culture. Yet all library collections were subject to contradiction, and all texts in manuscript were liable to get corrupted after being copied over the course of time. (EISENSTEIN, Elizabeth. *The Printing Press as an Agent of Change: communications and cultural transformations in early-modern Europe*. Cambridge: Cambridge University Press. 1979. p. 10).

⁴³ *Ibid.*, p. 16.

⁴⁴ PUTNAM, George. *Authors and their public in ancient times*. New York, 1894. p. 102.

O historiador Adrian Johns, contudo, recorda que o primeiro livro considerado verdadeira réplica, ou seja, sem erros, apareceu somente no ano de 1760: *the first book reputed to have been printed without any errors appeared only in 1760*. Ver: JOHNS, (JOHNS, Adrian. *Nature of the Book*. 1. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2000. p. 31).

⁴⁵ MUMFORD, Lewis. *Technics & Civilization*. Chicago: The University of Chicago Press, 2010. p. 135.

No fundo, a prensa se apresenta como uma verdadeira revolução na comunicação⁴⁶, responsável por propiciar uma metamorfose cultural que desloca a cultura da imagem para a cultura da escrita⁴⁷. Além disso, em comparação com a chamada cultura da oralidade, qualquer modalidade de escrita representa, segundo Lewis Mumford, uma forma de economia de trabalho, uma vez que liberta a comunicação do tempo e espaço, deixando o discurso escrito à disposição da conveniência do leitor. A prensa, nesse sentido, estende de modo exponencial a comunicação, libertando os indivíduos da dominação do local e imediato: “*to exist was to exist in print: the resto f the world tended gradually to become more shadowy*”⁴⁸.

O advento da prensa funciona, sobretudo aos estudiosos que tendem a enaltecer o seu impacto, como uma invenção precursora da própria revolução industrial, já que ela transformou as condições em que textos eram produzidos, distribuídos e consumidos⁴⁹. Até então, reforça-se uma vez mais, a produção em massa era desconhecida das sociedades antigas, uma vez que a própria cópia não se apresentava como sendo confiável: “*the difficulty of making even one identical copy of a significant technical work was such that the task could not be trusted to any hired hands*”⁵⁰. A prensa, deste modo, confere confiabilidade à cópia, estabilizando determinados conhecimentos a partir de unidades autônomas, originando, a partir disso, toda uma estrutura social e fabril para dar conta dessa nova realidade. Nesse sentido, João Henrique Fragoso destaca:

O período que, convencionalmente, se inicia com o século XV, o quatrocentos, e que marca o início da Renascença Italiana, marca, também, o avanço das possibilidades de reprodução mecânica das obras literárias, propiciada por novas técnicas, com o alastramento das oficinas gráficas [...] difusão dos tipos móveis [...] já eram utilizados na Coréia desde o século XI. A impressão gráfica adquire, desse modo, um caráter de “produção de mercadorias” [...]. A reprodução mecânica de obras, ao lado da aparente impessoalidade criativa daí derivada, não deveria representar a diluição do direito individual e da própria individualidade do artista, como veio a se

⁴⁶EINSENSTEIN, Elizabeth. *The Printing Press as an Agent of Change: communications and cultural transformations in early-modern Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979. p. 44.

⁴⁷ Ibid., p. 67.

⁴⁸ MUMFORD, Lewis. *Technics & Civilization*. Chicago: The University of Chicago Press, 2010. p. 136.

⁴⁹ EINSENSTEIN, Elizabeth, 1979, op. cit., p. 168.

⁵⁰ Ibid., p. 47.

considerar. Essa confusão levaria a que se conferisse ao reprodutor da obra um direito originário que, de fato, pertencia ao seu criador, direito este que tornaria a base do próprio sistema de copyright, em que os reprodutores se alçariam a uma condição especial em detrimento dos autores.⁵¹

Objetivamente, a prensa e sua reprodutibilidade técnica representam o fim da cultura do manuscrito, ou seja, da reprodução de livros como espécie de tarefa artística realizada de forma manual. A “mecanização da escrita”, contudo, longe de somente significar a perda de importância dos escribas e dos monges, foi importante por servir de ferramenta ao próprio desenvolvimento dos nacionalismos e línguas nacionais (haja vista a insuficiência do Latim em fomentar mercados aos impressores). Com a disponibilidade de cópias em larga escala, para um número grande de *indivíduos*, que passam a apreciar as cópias dentro de suas esferas privadas, há o recrudescimento da própria noção de identidade privada⁵².

Ao passo que a cópia não autorizada no período pré-prensa apenas tinha o condão de produzir efeitos na esfera moral, sobretudo em relação à proteção dos autores, logo após, com o núcleo da atividade sendo considerado a partir de fins comerciais e econômicos, passa-se a considerar as cópias indevidas como espécie de atos contra o comércio. Em outras palavras, enquanto na pré-modernidade as cópias no máximo geravam reivindicações de ordem moral em virtude da existência do impulso moral de proteção dos autores (relacionado ao plágio), na fase pós-prensa, essa moralidade torna-se irrelevante em detrimento da análise de eventuais perdas econômicas. Segundo Paul Goldstein: “*The printing press irrevocably altered the balance of moral and economic claims to work of authorship*”⁵³.

⁵¹ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito de Autor e Copyright: Fundamentos históricos e sociológicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 113.

⁵² *What sort of changes did the media of the printing press and movable types bring about? It meant the end of manuscript culture, to be sure, but the consequences were much more far-reaching than the loss of jobs for scribes and monks. Printing was the mechanization of writing. It promoted nationalism and national languages because international Latin did not have enough scope to provide markets for the printers. Print also fostered a sense of private identity (by making copies available to individual readers in such large numbers) and imposed a level of standardization in language that had not prevailed until then, thus making copies “correct” spelling and grammar a measure of literacy.* (MCLUHAN, Marshall. *The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man*. Toronto: University of Toronto Press, 2011. p. xvi).

⁵³ GOLDSTEIN, Paul. *Copyright’s highway: from Gutenberg to the celestial jukebox*. Stanford University Press, 2003. p. 31.

A prensa, no contexto ocidental, apresenta-se como elemento de transformação, sobretudo porque surge no contexto de recrudescimento do capitalismo mercantil. Dessa forma, ela desloca a produção de livros de pequenos centros como cidades universitárias, principados, vilarejos e monastérios, para centros comerciais. Com isso, a prensa e a produção de livro, principal “produto” da prensa, passam a ser inseridas dentro de um contexto comercial, criando-se novas redes de comércio, agentes que passam a competir entre si, grupos de interesses, competição por privilégios reais (analisados mais à frente) e monopólios, como também, tensões decorrentes dos atos de censura de impressão⁵⁴. Como bem destaca Eisenstein, o “*esprit de système*” das estruturas prematuras do capitalismo exerceu decisiva influência nas oficinas de impressão: “*Many early capitalist industries required efficient planning, methodological attention to detail, and rational calculation. The decisions made by early printers, however, directly affected both tool-making and symbol-making*”⁵⁵.

Os diversos agentes de impressão passaram a se organizar em comunidades grandes e pequenas, muitas delas baseadas nas já existentes *crafts* familiares. Como forma de adaptação ao novo contexto comercial, eles estabeleceram estabelecimentos em suas casas que empregavam oficiais viajantes, formando guildas ou verdadeiras empresas responsáveis pelos negócios relativos ao comércio de livros como um todo⁵⁶. Esse é o momento em que esses núcleos passam a se estruturar de modo menos familiar e mais comercial, contribuindo de forma essencial para o barateamento da impressão de livros⁵⁷. Motivações de ordem econômica tornam-se, dessa forma, os principais fatores levados em consideração para a produção de livros. A prensa altera de forma dramática a economia da autoria. Nas palavras de

⁵⁴ “*The movement of centers of books production from university towns, princely courts, patrician villas and monasteries to commercial centers; the organization of new trade networks and fairs; the new competition over lucrative privileges and monopolies; the new restraints imposed by official censors have been covered in special accounts*”. (EISENSTEIN, Elizabeth. *The Printing Press as an Agent of Change: communications and cultural transformations in early-modern Europe*. Cambridge: Cambridge University Press. 1979. p. 58).

⁵⁵ *Ibid.*, p. 88.

⁵⁶ “*The practioners of the press, therefore – ranging from the great scholar-printers of Renaissance Italy to the first denizens of Grub Street – organized themselves into communities large and small, along lines familiar from existing crafts. They stablished “chapels” of journeymen in their houses, and formed guilds or companies to handle the affairs of the book trade as a whole in particular cities*”. (JOHNS, Adrian. *Piracy: The Intellectual Property Wars from Gutenberg to Gates*. Chicago: University of Chicago Press, 2009. p. 8).

⁵⁷ “[...] *the printing of books was no more than a way of making very old and familiar things more cheaply*”. (MCLUHAN, Marshall. *The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man*. Toronto: University of Toronto Press, 2011. p. 89).

Paul Goldstein: “*Cheaper copies meant larger audiences, and larger audiences brought the prospect of greater revenues overall. As the cost of printing declined, the relative value of each copy’s literary content increased. For the first time, the value of the author’s genius could outweigh the cost of the scrivener’s labor*”⁵⁸.

Inseridas num contexto de competição imperfeita, resultado de um capitalismo mercantil ainda em fase de estruturação, as oficinas de impressão passaram a competir entre si pelo direito de imprimir e, por consequência, de excluir terceiros, criando-se, assim, uma série de inéditas controvérsias centradas no direito de monopólio e pirataria. Nesse sentido:

*Competition over the right to publish a given text introduced controversy over new issues involving monopoly and piracy. Printing forced legal definition of what belonged in the public domain. A literary ‘common’ became subject to ‘enclosure movements’ and possessive individualism began to characterize the attitude of writers to their work. The terms plagiarism and copyright did not exist for the minstrel. It was only after printing that they began to hold significance for the author.*⁵⁹

Apesar de seu aspecto revolucionário, mesmo sob o ponto de vista técnico, o aperfeiçoamento do ato de impressão ainda durou séculos. Fernand Braudel, historiador do capitalismo, destaca que: “*until 1787 methods of printing were such that if Gutenberg had come back to life and walked into a printing shop during the early years of Louis XVI’s reign in France, he would immediately have felt at home in it, save for a few minor details*”⁶⁰. O aspecto relativo à complexidade mecânica de cópia (ou mais modernamente, de difusão) representa um dos aspectos mais importantes da propriedade intelectual. A facilidade de produção de cópias é diretamente proporcional ao advento da propriedade intelectual. Esse aspecto será melhor aprofundado a seguir, mas o ponto central é: se a cópia (ou difusão) se mostra como sendo algo oneroso e complexo⁶¹, a noção de propriedade intelectual deixa de ter

⁵⁸GOLDSTEIN, Paul. *Copyright’s highway: from Gutemberg to the celestial jukebox*. Stanford Univertisty Press, 2003, p. 31.

⁵⁹EINSENSTEIN, Elizabeth. *The Printing Press as an Agent of Change: Communications and cultural transformations in early-modern Europe*. Camkbridge: Cambridge University Press. 1979, p. 121.

⁶⁰BRAUDEL, Fernand. *Civilization and capitalism: the wheels of commerce (15th-18th century)*. Translation from the French by Siân Reynolds. Vol. II. London: Books Club Associates London, 1979. p. 400.

⁶¹ Sobre a complexidade da prensa, Fernand Braudel explica em mais detalhes o seu processo: “*There were three essential operations: a very hard steel punch was cut, bearing the character in relief; the character was*

importância. Nesse contexto, Delia Lypsys destaca que: “*Los libros eran copiados en forma manuscrita, lenta y trabajosamente. El costo consiguiente de las copias era altísimo y su número total muy limitado. Este hecho y la escasez de personas alfabetas en condiciones de adquirirlos, determinaba la inexistencia de un interés jurídico específico a proteger*”⁶².

Quando analisamos a história do capitalismo, aqui exposta sob a perspectiva de Fernand Braudel, percebemos os primeiros passos de uma espécie de globalização tecnológica relativa à prensa que desemboca não somente na formação da propriedade intelectual (especialmente do *copyright*), mas em diversas controvérsias na globalização generalizada dos mercados na segunda metade do século XX:

The invention travelled round the world. Like gunners looking for hire, printing workers with makeshift equipment wandered at random, settled down when the opportunity offered and moved on again to accept the welcome of a new patron. Paris saw its first printed book in 1470, Lyon in 1473, Poitiers in 1479, Venice in 1470, Naples in 1471, Louvain in 1473 and Cracow in 1474. More than 110 European towns were known by their printing presses in 1480. Between 1480 and 1500, the process had reached Spain, spread throughout Germany and Italy, and touched the Scandinavian countries. By 1500, 236 towns in Europe had their own print shops [...] Books and presses from Europe were exported to Africa, America, the Balkans (reached via Venice by itinerant printers from Montenegro) and Constantinople, where Western presses were taken by Jewish refugees. Presses and moveable type were taken on Portuguese ships to India, and naturally to the capital, Goa (1557); then to Macao (1589) on the doorstep of Canton, and Nagasaki (1590).⁶³

A partir de uma premissa de continuidade histórica, o presente tópico buscou apresentar um grau mínimo de aprofundamento em relação ao progresso da prensa de tipos

*then stamped into a copper (occasionally lead) die or matrix; finally, the moveable character itself was obtained by casting the alloy into the matrix. Then one could embark upon 'composing' lines of type which would be locked in a forme, inked and pressed on a sheet of paper. The bar press made its appearance towards the middle of the sixteenth century and was hardly altered until the eighteenth. The principal difficulty was that the letters wore out quickly. They had to be replaced by using the punches again and these in their turn wore out. In other words, the whole process had to start all over again. It really called for the craftsmanship of a Goldsmith". (BRAUDEL, Fernand. *Civilization and capitalism: the wheels of commerce* (15th-18th century). Translation from the French by Siân Reynolds. Vol. II. London: Books Club Associates London, 1979, p. 400).*

⁶² LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Paris/Bogotá/Buenos Aires: Ediciones UNESCO, 1993. p. 29.

⁶³ BRAUDEL, Fernand, 1979, op. cit., p. 400-401.

móveis na Europa, como ponto de viragem paradigmática em relação à formação futura do sistema internacional da propriedade intelectual. Acompanhada do progresso do capitalismo mercantil, ela se apresentou como mais uma área de especialização do comércio, com a peculiaridade relativa à produção em escala industrial (como prelúdio da própria revolução industrial). Tal ordem de coisas elimina, por ora, as questões morais relativas ao autor no período pré-modernidade, que mesmo assim, como vimos, no máximo se manifestaram de forma difusa e não estruturada.

Buscou-se, com essa análise, trazer à tona certos elementos que serão essenciais quando da compreensão de dilemas contemporâneos da propriedade intelectual, especialmente quando estudados sob o viés de progresso tecnológico voltado à mecanização de reproduções⁶⁴ e difusão de informação e conhecimento. Mas esse fato – importância como fator tecnológico – não é a única característica que extrairemos desse tópico como fundamento no decorrer do trabalho. Esta análise, da forma como explorada, também se mostra importante porque demonstra a incorporação da prensa como fator de produção mercantil, dentro do contexto mercantilista (fato esse, aliás, decisivo para explicar as razões pelas quais essa tecnologia não progrediu do mesmo modo, por exemplo, na China). Por fim, o desenvolvimento desse tópico também apresentou alguns elementos que serão importantes quando do exame da crise da propriedade intelectual sob a perspectiva de autoria: se a prensa, do ponto de vista sociológico, concorreu para a solidificação da própria noção de autoria, superando, com isso, o período anterior, da oralidade, como avaliar esse fenômeno na hipótese – já levantada por alguns autores – de haver um retorno da oralidade em virtude da comunicação instantânea decorrente do progresso tecnológico e das comunicações?

⁶⁴ O historiador Adrian Johns, a esse respeito, oferece um elucidativo resumo: “*The advent of copyright – and the overthrow of literary – therefore came about from a violent but fruitful clash between authorship and mechanical invention. The result can justly be called revolutionary for both fields. It was not a revolution in intellectual property, for that concept did not yet exist. But it was, if anything even more important. Only once it had taken place could intellectual property come into being at all*”. (JOHNS, Adrian. *Piracy: The Intellectual Property Wars from Gutenberg to Gates*. Chicago: University of Chicago Press, 2009, p. 143).

1.2.1 O início da tensão essencial entre controle e reprodutibilidade

Uma das premissas estruturais do trabalho, e aqui nos parece pertinente essa digressão, é que o desenvolvimento da propriedade intelectual da forma como o conhecemos hoje é muito menos um projeto estruturado de direito, decorrente de uma tensão objetivamente identificada na sociedade, e mais o resultado de uma conjunção de fatores, com continuidades e descontinuidades, que foi construindo esse direito como uma verdadeira colcha de retalhos, conferindo acolhida aos mais diferentes interesses circunstanciais no curso da história. Mais do que isso, também procuraremos enfatizar a conexão essencial e intuitiva dos desenvolvimentos do passado com as controvérsias do presente, lembrando uma lição que pode soar como óbvia, mas, muitas vezes, obscurecida: “[...] *the past and the presente are intimately linked, we believe that many aspects of modern intelectual property law can only be understood through the lens of the past*”⁶⁵.

Os tópicos anteriores que tratam da pré-modernidade e da prensa não são explorados apenas como curiosidades do passado, como um recurso proforma de um trabalho que busca analisar os meandros da propriedade intelectual. A virada ocasionada pela prensa, em realidade, dá início a uma tensão que pode ser explicada pela capacidade de controle e reprodutibilidade de conhecimento, sobretudo num momento histórico em que este começava a dar os seus primeiros passos rumo à sua capitalização, num contexto de capitalismo mercantil nascente. Expliquemos melhor.

A breve análise realizada nos tópicos anteriores demonstra que determinados fatores até hoje considerados como elementares à propriedade intelectual já existiam antes da prensa: já existia, por exemplo, o trabalho de cópia (com a existência da própria prensa), a noção de autoria (acompanhada de sua carga moral), o controle da informação, entre outras coisas. O desenvolvimento da prensa *associado* a um ambiente de capitalismo mercantil representou, mais do que uma tensão que levaria à noção do *copyright*, o nascimento de um novo *mercado*, baseado na produção em massa de obras literária, panfletos etc.

⁶⁵ SHERMAN, Brad; BENTLY, Lionel. *The Making of Modern Intellectual Property Law: The British Experience, 1760-1911*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 1.

Nesse momento, surge uma tensão que ainda se mostra como sendo essencial para a compreensão problematizada da propriedade intelectual, sobretudo nos dias de hoje. Dois fatores, nessa conjuntura, se apresentaram como fundamentais para a consideração da prensa como fator de mudança na matéria: capitalização do conhecimento e reprodutibilidade em escala. Se o conhecimento não fosse tido como uma verdadeira *commodity* no ambiente mercantil, mesmo que de forma ainda rudimentar, a ascensão da prensa para fins de estudo da propriedade intelectual, possivelmente, teria tido outro curso histórico. O segundo fator é a reprodutibilidade em escala. Esta, juntamente com a sua capacidade de padronização, representa, ao fim e ao cabo, eficiência econômica e, objetivamente, otimização dos lucros empresariais, premissas que seriam consideradas como sendo fundamentais, séculos depois, nos próprios estudos de Teoria da Empresa: “*standardization means economy at nearly all points of the processo f supplying goods*”⁶⁶.

O ponto central é que essa tensão, até a contemporaneidade, ainda se mostra como sendo fundamental para compreender a matéria, sobretudo do ponto de vista tecnológico. A questão do controle e reprodutibilidade, termos que atualmente talvez pudessem ser substituídos por controle e acesso (analisaremos esse ponto mais ao final do trabalho), ainda hoje representa o aspecto central que evita que o tema seja, no máximo, relegado a um segundo plano, meramente político-econômico (talvez apenas relacionado com preço), ou até mesmo como mera formalidade jurídica. O que se pretende enfatizar, na verdade, é que se a possibilidade de cópia for nula, os conflitos da propriedade intelectual, e talvez ela mesma, deixam de ter a importância que tem hoje. Por isso, trata-se de uma tensão essencial.

Desse modo, se (tecnologicamente) fosse impossível, ou ao menos, consideravelmente complexo, como era na época pré-prensa, copiar livros, filmes, músicas, remédios, *software*, tênis, relógios, vestuário etc., qual seria a relevância da propriedade intelectual, sobretudo, no plano internacional? O mesmo vale para as emissões de sinais de rádio ou, mais recentemente, o *webcasting*. Essa perquirição, apesar de num primeiro momento soar como óbvia, na verdade, ainda representa um dos elementos mais fundamentais

⁶⁶ VEBLEN, Thorstein. *The Theory of Business Enterprise*. New York: Charles Scribner & Sons, 2016. p. 12.

da propriedade intelectual, fato que liga a prensa às recentes discussões sobre a tecnologia *blockchain*, ou até mesmo, a computação quântica ou a impressão 3D.

Não se pretenderá, no presente trabalho, partir para discussões “tecnocráticas”, afinal, prospecções no âmbito da tecnologia são extremamente complexas. O que se busca reforçar, de antemão, é que a tensão entre controle e reprodutibilidade (ou, talvez modernamente, controle e acesso), iniciada pela prensa de tipos móveis, ainda representa o núcleo duro das contemporâneas discussões sobre propriedade intelectual, sendo a digitalização e a *internet* apenas as últimas representações tecnológicas dessa controvérsia, num ambiente econômico em que a escala da comoditização da informação e do conhecimento continua crescendo em ritmo exponencial.

O que se pretendeu destacar nesse breve tópico, que pode ser internalizado como uma digressão, já que muitos dos aspectos aqui expostos serão exaustivamente explorados, seja na análise sistemática das crises, ou mesmo, nas reflexões sobre o futuro da propriedade intelectual, é que dois aspectos que advêm da prensa, quais sejam, comoditização do conhecimento e capacidade de reprodução (acesso) deram início a dois dos pilares fundamentais para a formação da propriedade intelectual, qualidades essas que foram exponencialmente potencializadas com as revoluções industriais, o avanço do capitalismo e a globalização dos mercados, sendo possível, com isso, enaltecer aos menos a importância das características quantitativas (e não necessariamente qualitativas) que acompanham o desenvolvimento da matéria.

1.2.2 A invenção da pirataria

O termo pirataria passou apenas a ser associado a “roubo intelectual” em meados do século XVII (1660-80), como uma combinação de ingredientes comerciais e culturais, sendo que, ao fim do século, já era utilizado de forma disseminada, inclusive, em dicionários da época: “*one who unjustly prints another’s copy*”⁶⁷. Dentre os fatos sociais que contribuem

⁶⁷ JOHNS, Adrian. *Piracy: The Intellectual Property Wars from Gutenberg to Gates*. Chicago: University of Chicago Press, 2009, p. 23.

para alçar o termo pirataria a uma posição de destaque em relação ao tema, está a Revolução Gloriosa na Inglaterra. Em linhas gerais, ao menos ao que nos interessa diretamente, tal ato, ao representar o fim do absolutismo monárquico que reinava na Inglaterra, faz ruir consigo a relação próxima entre o poder absolutista inglês e as *Stationer's Company*, detentoras do monopólio de impressão de livros, aliança essa regida pelo “*Press Act* de 1662: *The restoration alliance between Stationer's Company policing and state licensing had been based in the so-called Press Act, passed originally in 1662*”⁶⁸. Trata-se, em resumo, de homens de negócio voltados para a “manufatura” e venda de livros.

Vale recordar, nesse contexto, que a aprovação, pela Inglaterra, do famoso *Statute of Monopolies*, em 1623, por meio do Rei Jaime I, já havia tido como escopo proibir as restrições legais à concorrência, restringindo sobremaneira a configuração dos monopólios, num momento de abuso generalizado: “*All Monopolies, and Grants, &c. thereof, or of Dispensations, and Penalties, declared void*”⁶⁹. As patentes, no referido documento, foram excluídas da impossibilidade de uso de monopólio, ficando resguardado ao inventor o direito de uso exclusivo pelo período de 14 anos: “*Proviso for future Patents for 14 Years or less, for new Inventions [...] Provided alsoe That any Declaracion before mencioned shall not extend to any tres Patents*”⁷⁰. O documento de 1662, na verdade, representou uma nova guinada no poder conferido às *Stationer's Company*.

A consequência direta da revolução em relação ao *Press Act* de 1662 foi que ela caiu em descrédito, sobretudo por sua associação direta com o governo absolutista deposto: “*In 1695 William and Mary's Parliament allowed this law to lapse*”⁷¹. Durante esse período, a impressão de livros deixa de representar um privilégio restrito às *Stationer's Company*, passando a ser considerada lícita tanto para a impressão quanto à publicação de livros, sem a necessidade de ser um membro da guilda. Em outras palavras, este passa a ser considerado um período de “não propriedade” que ocasiona a disseminação do termo pirataria:

⁶⁸ Ibid., p. 42.

⁶⁹ Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/aep/Ja1/21/3>. Acesso em: 14 jan. 2019.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ JOHNS, Adrian. *Piracy: The Intellectual Property Wars from Gutenberg to Gates*. Chicago: University of Chicago Press, 2009. p. 42.

It was in these years of no property – between 1665 and 1710 – that piracy really became an everyday concept for London’s writers and readers. Suddenly it was being referred to everywhere, in poetry, newspapers, novels, ballads, correspondence, and essays. Just as piracy as legal category ceased to exist, so piracy as a cultural category blossomed [...]. In the streets and coffeehouses of London, piracy by now referred to a wide range of sins involving the misappropriation of ideas. The concept became something like a shibboleth of the new society, standing as a symbol of the moral dubiety of “revolution principles” alongside the national debt, projectors, the Bank of England, and standing armies.⁷²

Ou seja, a utilização da nomenclatura pirataria, quase que como um prelúdio do que aconteceria com a utilização do termo na virada do século XX para o século XXI, tem a sua origem, nesse particular, diretamente associada à reprodução disseminada motivada pela falta de regulamentação. Nesse caso, não somente a tecnologia, mas a falta de regulamentação foi essencial para criar uma espécie de concepção de liberdade quanto ao ato de impressão e de monopólio das ideias, deixando ao cargo da esfera moral, no máximo, em vista do vácuo legal, a resolução dos conflitos decorrentes disso. Não surge, assim, de nenhuma regulamentação, nem mesmo a partir das *Stationer’s Company*. Pelo contrário, surge justamente num momento de enfraquecimento e vulnerabilidade dessas corporações e de propagação desregulada de conhecimento⁷³.

Num caso de 1730, exposto como forma de elucidar a utilização do termo, na prática da época, um físico de nome Peter Kennedy acusou um rival de utilizar as suas descobertas de forma ilegítima: “*yet could scarce have imagined him to have been a fhamelefs Plagiary, even of, or from him he had the Affurance to call for, or rather to downright pyrate him (as Booksellers term it) for to be a plagiary from him he charges to be so, nay, even most famefully to pyrate him, without owning it*”⁷⁴. Interessante notar não somente o uso dos termos plágio e pirataria de forma intercambiável, como também, ao final, a menção da palavra “owning”, já também denotando, na prática social, quase que uma espécie de Direito Natural.

⁷² JOHNS, Adrian. *Piracy: The Intellectual Property Wars from Gutenberg to Gates*. Chicago: University of Chicago Press, 2009, p. 42-43.

⁷³ Na verdade, a disseminação do termo pirataria não é somente associada a livros. Como explica o historiador Adrian Johns: “*In practice, a panoply of strategies evolved to create, confirm, and contest the authenticity not only of books, but of medicines, machines, textiles, foodstuffs, and other creative goods*”. (Ibid., p. 48).

⁷⁴ KENNEDY, Peter. *A supplement to kennedy’s ophthalmographia*. London: A. Millar, 1757.

O termo, que até hoje gera polêmica e é, desde a origem, carregado de paradoxos, pode ser observado a partir de um ponto de vista positivo, que traz à tona a discussão acerca da própria criação intelectual. O historiador Adrian Johns, da Universidade de Chicago, uma das autoridades máximas no que diz respeito à análise histórica do termo, também recorda, de modo enfático: “*No piracy, we might say, no Elightenment*”⁷⁵. O livre fluxo de conhecimento pode ser categorizado de inúmeras maneiras diferentes. Inserido no âmbito da religião como autoridade máxima, poderia ser categorizado como ato de heresia. Já no espectro de conhecimento como *comodity*, de roubo de ideias ou pirataria. Se, contudo, o livre fluxo se desenvolve sob uma perspectiva de conhecimento como bem humano de grau superior, sendo o seu “valor” caracterizado a partir de sua influência intelectual e filosófica (e não pelo seu valor econômico, em si), o termo, qualquer um, perde a sua razão de ser, conforme lembra esse autor:

*For the most part, however, this kind of reprinting was not technically “piracy” at all, although it was often denounced as such. That is, it was not illicit. The reason was that it was a cross-border phenomenon. Printers in Swiss cantons reproduced the editions of the Paris book guild; those in the Low Countries reprinted French, German, and English titles; and booksellers in Edinburgh, Glasgow, and Dublin commissioned reprints of London works. In Vienna, most impressively of all, the imperial court munificently supported the huge reprinting empire of Thomas Edler von Trattner. There was no legal reason – an little moral cause – to forbid such activities*⁷⁶.

A questão da difusão do conhecimento, se modernamente pode, em determinados casos, ser associada a motivações de cunho meramente ideológicos, em contraposição ao uso do termo pirataria, no passado aqui estudado, tinha uma delimitação substancialmente mais profunda e genuinamente relacionada ao puro conhecimento. Nesse particular, o filósofo francês Condorcet, na famosa oposição em relação a Diderot, reconhecido defensor da propriedade literária, em sua obra *Fragments sur la liberté de la presse*⁷⁷, defendeu que os

⁷⁵ JOHNS, Adrian. *Piracy: The Intellectual Property Wars from Gutenberg to Gates*. Chicago: University of Chicago Press, 2009, p. 50.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 51.

⁷⁷ RIDEAU, F. ‘Commentary on Condorcet’s *Fragments on the Freedom of the Press* (1776)’. In: *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*. New York: L. Bently & M. Kretschmer, 2008.

direitos de propriedade em trabalhos literários não deveriam existir, em razão do interesse superior do público em relação ao conhecimento. Apesar de Condorcet utilizar como ponto de partida o fato de que o conhecimento surge a partir das sensações individuais que acabam, conseqüentemente, por compor um bem comum, ele não deixa de considerar a concepção de “originalidade”: *“Originality could exist, he conceded, but it resided only in matters of style, noto f knowledge. Bacon, Kepler, Galileo, Descartes, and Newton all achieved what they did with no literary property system to encourage them, and the same held true of the works that defined “the progress of Enlightenment” itself”*.

Esses fatos nos dizem muito. O desenvolvimento de certas determinantes da propriedade intelectual, como a noção de pirataria, desenvolve-se de modo completamente interligado com os fatos sociais. O termo não surge com o ato de copiar sem autorização, em si, até porque o próprio termo plágio é consideravelmente mais antigo e passa apenas a ser utilizado junto com ele em meados do século XVII. A utilização difundida do termo, possivelmente, está associada não somente ao crescimento quantitativo das reproduções não autorizadas que, como vimos, caracterizou as décadas posteriores à Revolução Gloriosa, mas também, pela falta de termo jurídico que designasse o ato, fazendo com que o termo pirataria, mais forte (e ofensivo) do ponto de vista moral, ocupasse posição de destaque no rol de termos disponíveis para a designação dessa conduta.

A problemática do acesso ao conhecimento também passa, a partir desse tópico, a ser melhor contextualizada, denotando a sua importância, em especial, quando transposta, de forma equivocada e apressada, para os dias atuais, principalmente no cenário pós-internet. Em outras palavras, o debate atual, já morno, entre o ato da pirataria e o acesso ao conhecimento, apesar de não ser novo, possui uma conjuntura absolutamente diferente daquela que tomou Condorcet e aqueles que advogaram pela disseminação do conhecimento em prol do Iluminismo. Este movimento histórico, aliás, é mais um exemplo decisivo de que a produção e a difusão do conhecimento independem de mecanismos artificiais de incentivo, fato esse, porém, que ajuda a explicar apenas parte dos conflitos mais recentes em relação à pirataria.

1.3 A formação das duas grandes tradições jurídicas: os sistemas Anglo-Saxão e Europeu

Muitos dos estudos contemporâneos da propriedade intelectual destacam um caráter já relativamente enraizado na matéria que é a formação de dois sistemas distintos, o anglo-saxão, focado na obra e na sua conseqüente reprodução e difusão, e o Europeu, que tem o autor como ponto nodal dos Direitos Autorais (*droit de l'auteur*). Qualquer análise sobre a propriedade intelectual que tenha a pretensão de se desenvolver de maneira crítica, sobretudo, explorando as interconexões do passado com o presente, necessita enfrentar tais desenvolvimentos, uma vez que além da aproximação de ambos, em tempos mais recentes, realizadas a partir do próprio desenvolvimento jurídico, poucas não são as manifestações sincréticas que ecoam no estudo das duas vertentes.

A formação do paradigma internacional da propriedade intelectual é o resultado direto e irremediável de diferentes circunstâncias manifestadas no passado histórico. Não se pretende, com isso, denotar nenhum tipo de pensamento que dê a entender que se trata de um curso *evolutivo* de coisas, com resultados óbvios e claros. Muito longe disso. O percurso que pretendemos realçar busca apresentar, na verdade, o contrário: que a formação desses sistemas, assim como a relação entre ambos, está carregada de avanços e retrocessos, continuidades e descontinuidades, períodos de controvérsias e calma, etc. Nada pensado de fora para dentro, senão justamente o oposto.

Ao fim e ao cabo, as duas tradições jurídicas da propriedade intelectual, em realidade, são o resultado de correntes filosóficas mais profundas que ajudam a explicar o próprio desenvolvimento do pensamento nos países que compõem os dois sistemas⁷⁸. A filosofia inglesa, que exerce direta influência nos valores americanos, desenvolve-se substancialmente a partir do movimento utilitarista (também conhecido como positivismo inglês) que possui como pilares de sustentação o prazer e o sentido de utilidade. Ou seja, o

⁷⁸ De modo introdutório, explica a professora argentina: “*El copyright angloamericano, de orientación comercial, nacido en el Estatuto de la Reina Ana, y el droit d’auteur, de orientación individualista, nacido en los decretos de la Revolución Francesa, constituyeron el origen de la moderna legislación sobre derecho de autor en los países de tradición jurídica basada en el common law y de tradición jurídica continental europea o latina, respectivamente*”. (LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Paris/Bogotá/Buenos Aires: Ediciones UNESCO, 1993. p. 35).

núcleo que forma esse pensamento recai sobre a necessidade de utilidade, que tem a finalidade de gerar, como fim último, prazer. Julián Marias, discípulo de José Ortega y Gasset, assim define o movimento:

O positivismo inglês [utilitarismo] estuda, sobretudo, os problemas éticos, e também questões lógicas. Para a moral utilitária, desenvolvida, primeiro por Jeremy Bentham (1748-1832) e depois, principalmente, por John Stuart Mill (1806-1873), o fim de nossas aspirações é o prazer, e é bom o que é útil e nos proporciona prazer. Não é uma ética egoísta, mas de caráter social: o que procura é a maior felicidade do maior número (Utilitarianism, On Liberty). A época burguesa, capitalista e industrial de meados do século XIX encontra uma expressão claríssima na moral utilitária⁷⁹.

Assim, o sistema do *copyright* (anglo-saxão), composto por países como Inglaterra, Estados Unidos e Austrália, seria fundamentalmente de cariz utilitário: o estímulo referente à produção das obras intelectuais visaria o mais baixo preço possível ao maior espectro de público⁸⁰. Nesse contexto, tanto o *Copyright Act* inglês, de 1710, (Estatuto da Rainha Ana), quanto a Constituição Americana, utilizam o termo “útil” em suas redações: no primeiro caso – “*An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned [...] and for the Encouragement of Learned Men to Compose and Write useful Books*”⁸¹; No segundo caso, o americano: “*to promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries*”⁸².

O autor, em si, possui importância mitigada quando comparado com o público, destinatário do benefício, como também da própria obra⁸³. Nesse sentido, Mark Lemley

⁷⁹ MARIAS, Julián. *História da Filosofia*. Tradução Alexandre Pinheiro Torres. Porto: Souza & Almeida, 1985. p. 394.

⁸⁰ VICENTE, Dário Moura. *A tutela Internacional da Propriedade Intelectual*. Coimbra: Ed. Almedina, 2008. p. 57.

⁸¹ BENTLY, Lionel; SUTHERSANEN, Uma; TORREMAN. *Copyright: 300 Years Since the Statute of Anne, from 1709 to Cyberspace*. United Kingdom. Edward Elgar, 2010. p. 501 (Appendix 1).

⁸² Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em: 13 fev. 2019.

⁸³ “O editor, como sujeito de atividade organizada, contava, antes de mais nada, com o beneplácito real. Já o autor contava, tão somente, com o beneplácito do editor ou de alguns mecenas ou patrocinador que custeava a edição e ao qual se garantia a inserção de seu nome na obra publicada”. (FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito de Autor e Copyright: Fundamentos históricos e sociológicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 135).

reforça: “*The economic philosophy behind the clause empowering Congress to grant patents and copyrights is the conviction that it is the best way to advance public welfare through the talents of authors and inventors in Science and useful Arts*”⁸⁴. Do ponto de vista de uma economia de mercado, assim, tanto os indivíduos quanto, principalmente, as empresas não irão investir em criações ou invenções, a menos que haja um grau mínimo de expectativa de retorno que, ao menos, seja suficiente para abater o custo de produção⁸⁵. Em uma palavra, a finalidade, aqui, é lucro.

Já o sistema continental europeu é ditado, ou ao menos era⁸⁶, por noções de natureza diversa. Deixando de lado considerações de utilidade social, como acontece no sistema do *common law*, o sistema europeu do *droit de l'auteur* relaciona-se diretamente com conceitos afetos a noções de justiça que circundam a esfera pessoal do autor. O autor, no contexto da construção do sistema europeu, é alçado, com veremos mais detalhadamente a seguir, a uma posição de destaque. Ou seja, a criação, per se, como manifestação natural de ordem subjetiva do autor, é alvo de proteção independentemente seja da lei, ou mesmo, das necessidades do público. Essa é a expressão utilizada por Isaac Le Chapelier, relator da lei francesa de 1791: “A mais sagrada, a mais legítima, a mais inatacável e, se assim, posso falar, a mais pessoal de todas as propriedades, é a obra fruto do pensamento de um escritor”⁸⁷.

O direito subjetivo surge, dessa maneira, como um fato, não de uma necessidade (que no caso no sistema de *common law* traduz a necessidade social). Isso significa dizer que se trata de um direito de personalidade inerente ao ato de criação, cujas premissas filosóficas podem ser localizadas em Kant, que caracterizava o direito de autor como um direito inato, ou seja, inerente à sua própria pessoa, e Hegel, que enxergava nos bens intelectuais determinações da personalidade humana, por conseguinte inalienáveis⁸⁸. A criatividade, no

⁸⁴ LEMLEY, Mark; MERGES, Robert; MENELL, Peter. *Intellectual Property in the new technological age*. 6. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2012. p. 12.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Utiliza-se da denominação no passado em razão dos questionamentos atuais acerca da pertinência de tais fundamentos nos conflitos contemporâneos e das motivações em relação às criações intelectuais, mesmo que manifestada no âmbito europeu.

⁸⁷ VICENTE, Dário Moura. *A tutela Internacional da Propriedade Intelectual*. Coimbra: Ed. Almedina, 2008, p. 58.

⁸⁸ Ibid., p. 59.

âmbito do sistema europeu, possui importância consideravelmente maior do que o investimento em si, nada obstante tal tese enfrentar dificuldades na atual ordem de coisas, regida por uma economia de mercado pulsante, inserida no contexto da globalização dos mercados. É justamente em razão da ênfase à personalidade do autor que os direitos morais se desenvolveram de forma muito mais sólida no caso europeu do que nos casos inglês e americano, sendo essa uma das principais características de diferenciação, em especial no direito positivo (e internacional).

Trata-se, nesse momento, de uma breve introdução à parte que buscará explorar um pouco mais a fundo as características essenciais que resultaram na tradicional dicotomia entre os sistemas anglo-saxão e europeu. Em geral, os estudos relativos à propriedade intelectual, que não sejam eminentemente históricos, param por aqui. Buscar-se-á, contudo, ir um pouco mais além como forma de “amarrar” melhor eventuais pontas soltas na compreensão do todo. Essa introdução oferece o mínimo necessário para que se compreendam, superficialmente, ambos os sistemas. Não explica, entretanto, o curso circunstancial das coisas, que se apresenta como sendo de fundamental importância para uma compreensão da propriedade intelectual que não seja levemente determinística e evolutiva, passo que será dado a partir dos tópicos seguintes.

Percebe-se, não raras vezes, um eco substancial entre a apresentação histórica da matéria com os conflitos (crises) que passaram a atingir a propriedade intelectual nas últimas décadas. Em outras palavras, parece existir um desenrolar paralelo de ambas as direções, quando, na verdade, ambas representam o mesmo curso. Uma apresentação superficial de ambos os sistemas pode servir, por exemplo, para manuais de direito. Afinal, o seu objetivo nada mais é que uma apresentação instrumental do ferramentário jurídico existente. Mas para trabalhos que pretendem realizar um desenvolvimento problematizado da matéria (ou até mesmo crítico), a lógica deve ser invertida: o direito é, antes de qualquer coisa, o resultado – nunca acabado – dos inúmeros conflitos que se manifestam na sociedade e nele *deságuam*. Assim, o desenvolvimento histórico alça-se à posição de razão de ser do sistema, sem o qual a lógica atual não pode ser entendida, enfraquecendo, com isso, o esforço crítico no tocante à matéria (o que gera, por consequência, o perigoso movimento do eterno recomeço –

manifestações do passado são recontadas não como historicidade, mas na condição de refundações conceituais contemporâneas).

1.3.1.1 A formação do sistema anglo saxão e do copyright

Nesse momento do trabalho buscar-se-á aprofundar o exame dos elementos que servem de base ao denominado sistema inglês e americano. Essa análise é fundamental para qualquer trabalho que tenha a pretensão de refletir sobre as questões que envolvem a propriedade intelectual nos dias de hoje, haja vista que repousam nas suas características intrínsecas muitos dos delineamentos atuais que servem como justificadores do direito, inclusive, no século XXI. Em outras palavras, boa parte da razão de ser da propriedade intelectual acompanhou o próprio recrudescimento, nos últimos séculos, da configuração utilitária da sociedade, o que de desaguou, especialmente na sua manifestação ocidental, na corporificação do capitalismo financeiro globalizado. Parece ter se tornado a matéria, desse modo, levando em consideração os contornos atuais, verdadeiro direito empresarial que se destina ao ganho coletivo (do ponto de vista de utilidade), buscando-se, com isso, a maximização dos retornos tanto financeiro quanto social.

As reverberações atuais, nesse sentido, contudo, não possuem nada de inédito. Seria mais correto afirmar, na realidade, que se tratam de fenômenos moldados durante largo período de tempo, atuando os elementos mais contemporâneos somente como aspectos de potencialização, ou seja, manifestados e (re)estruturados em um espectro consideravelmente mais amplo e imbricado. Com isso, pretendendo reforçar essa “onda larga”, analisaremos, nos próximos tópicos, os desenvolvimentos que vão dos primeiros privilégios de impressão, destacando-se não somente seu cariz econômico, mas também, a interferência dos governos vigentes em sua designação, assim como o contexto que desemboca no Estatuto da Rainha Ana, de 1710, tido por muitos como a primeira norma legal formal a respeito do *copyright*.

1.3.1.2 Dos privilégios de impressão ao Estatuto da Rainha Ana

O presente tópico pretenderá explorar o período que contempla a disseminação da prensa como elemento do desenvolvimento do mercantilismo, especialmente em relação à evolução dos problemas relacionados à concorrência, decorrente do mercado de impressão, e da relação próxima com os poderes estabelecidos. De saída, vale destacar que essas raízes da propriedade intelectual (em particular do *copyright*), diferentemente do que ocorre no período histórico antes da prensa, já apresentam contornos que possibilitam a localização de determinados elementos na contemporaneidade. O destaque inicial fica a cargo do fato, como já apontado em relação às origens filosóficas do sistema anglo-saxão, de que as tensões mais substanciais se iniciam a partir do comércio (de cópias) e da sua relação próxima (e espúria) com os governos estabelecidos da Inglaterra, local onde esses fatos se manifestam com maior intensidade.

Nota-se, também de antemão, que essa origem confere ao autor, em si, posição completamente marginal em relação ao desenrolar do estado de coisas da época. Objetivamente, o início de tais tensões se dá no campo eminentemente comercial⁸⁹, diretamente proporcional aos investimentos referentes à impressão comercial de livros e da concorrência pelos monopólios dessa atividade, proporcionado por meio dos chamados privilégios reais. Algo que, aliás, nos permite localizar determinadas semelhanças⁹⁰ com alguns dos conflitos referentes às grandes empresas multinacionais americanas no controle de seus ativos intelectuais no curso do século XX e primeiro quarto do século XXI, tensões que igualmente se apresentam no campo comercial e, agora, jurídico (a lei, nesse particular, substituiria o privilégio como ferramenta que confere capacidade de coerção).

Lyman Ray Patterson, influente historiador americano do *copyright*, recorda que o momento que antecede o desenvolvimento do primeiro estatuto formal do *copyright* (Estatuto

⁸⁹ “*Copyright began and continues to function much the same as it did for its originators, that is, primarily to protect the publisher’s marketing of works*”. (PATTERSON, Lyman Ray. *The nature of copyright: a law of users rights*. Georgia: University of Georgia Press, 1991. p. 21).

⁹⁰ “*Traditionally viewed as a law for authors and artists, copyright was actually originated by publishers and has a long history of having benefited entrepreneurs much more than creators*”. (Ibid., p. 3).

da Rainha Ana de 1710) pode ser resumido em três pilares fundamentais: “*the stationer’s copyright, the printing patent, and the government press control*”⁹¹. Diante disso, tem-se, assim, um processo combinatório que envolve o controle da impressão e da publicação (acompanhado dos atos de “polícia” e “fiscalização”); da concessão de direitos exclusivos de impressão (por meio de patentes de impressão), garantidos pelo governo; e do interesse deste no controle das publicações, sobretudo em relação aos escritos que se harmonizam com seus interesses. Esse longo intervalo de tempo, aos poucos, representa a mudança da noção do *copyright* como um direito associado ao editor, ao direito direcionado ao autor⁹². No início, assim, foi um direito muito mais relacionado a fins econômicos, como forma de proteção dos investimentos face os competidores (verdadeiro regulamento de comércio), sendo o autor personagem completamente alheio ao “cálculo racional econômico”. Exploreemos melhor os pilares expostos acima.

A política governamental relativa à censura (*copyright*), na verdade, não tinha relação com nenhum conceito econômico de propriedade, muito menos com uma forma genuína e neutra de regulação do comércio. Na verdade, a questão da propriedade, em si, era algo que se deixava relegada a um segundo plano. O objetivo principal daquilo que se considerava *copyright*, a partir de uma perspectiva do governo, era o de utilizar as associações dos livreiros como instrumento de “fiscalização” (sobretudo das publicações que eram contrárias ao governo), ato que viabiliza, a tais associações, além dos monopólios nacionais de impressão, a liberdade de estabelecer direitos relativos à propriedade das cópias. Nesse sentido, explica Lyman Ray Patterson:

⁹¹ Ibid.

⁹² “Atribuía-se valor e direito, não ao criador, mas àquele que obtivera por força de uma posição hegemônica conferida ao adquirente da obra que se propunha a reproduzi-la para o comércio. Por tal posição, mantinha-se o criador alienado de sua própria criação, alçando-se o comerciante como titular de um direito que em nada se identificava com a criação sobre a qual deveria repousar, sendo ela um mero agente, um intermediário entre o criador e o público”. (FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito de Autor e Copyright: Fundamentos históricos e sociológicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 115).

*Censorship was a government policy unrelated to property concepts. The governing officials remained wholly indifferent to the ownership of copy, as copyright was then called, but their use of members of the book trade as policemen of the press gave the printers and publishers a national monopoly of printing and freedom to create rights involving ownership of copy which developed into copyright.*⁹³

A introdução da prensa na Inglaterra significou num primeiro momento, é verdade, uma nova modalidade de comércio, mas que, logo depois, foi transformada num instrumento de controle⁹⁴ (não raras vezes, inclusive, com interesses da igreja por detrás⁹⁵). Existia, a bem dizer, uma relação de parceria entre as *Stationer's Company* e o governo real. Aos primeiros interessavam, como já é possível depreender, não apenas a proteção de suas cópias, mas a sua consideração como conceito de propriedade; ao governo, o interesse primordial girava em torno do controle de imprensa, sendo os impressores seus grandes aliados (novos livros, inclusive, deveriam ser licenciados pela Rainha por escrito⁹⁶). O privilégio, em realidade, não existia com o objetivo último de proporcionar a criação, a obra, muito menos, atender aos interesses dos criadores. João Henrique Fragoso, na mesma linha explorada acima, afirma: “seu objetivo era de ordem política, como meio de controlar o que se publicava, e de ordem econômica, como meio de garantir, ao tempo em que se controlava a circulação legal de livros e garantia ao Estado auferir receitas, como as taxas incidentes sobre sua concessão”⁹⁷.

⁹³ PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in Historical Perspective*. Nashville: Vanderbilt University Press, 1968. p. 21.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 21.

⁹⁵ “*The accession of the Catholic Mary occasioned yet another turn in religious matters, and she, of course, resorted immediately to censorship. In a proclamation of August 18, 1553, 32 Mary sought to reassure her subjects on the question of religion, saying that while she would retain her religion, she did not intend at present to force any subjects to conform to it. After condemning "the pryntyng of false fonde bookes, ballettes, rymes, and other lewd treatises in the englyshe tonge, concernynge doctryne in matters now in question and controuersye, touchynge the hyghe poyntes and misteries of christen religion, whiche bokes, ballettes, rymes and treatises are chiefly by the Prynters and Stationers sette out to sale to her graces subiectes, of any euyll zeale, for lucre and couetous of vyle gayne," she charged and commanded her subjects not "to prynte any bookes, matter, ballet, ryme, interlude, process or treatyse nor to playe any interlude, except they haue her graces speciall licence in writynge for the same, vpon payne to incurre her highnesse indignation and displeasure [...] On June 13, 1555, 34 she issued a proclamation prohibiting books by certain authors and any other book "conteynyng false doctryne, contrarye, and agaynste the Catholique fayth, and the doctryne of the catholyque Churche" [...] on May 4, 1557, Philip and Mary granted a charter to the Stationers' Company. The partnership between the company and the government, one interested in protecting property, the other in controlling the press, was to last for over a hundred years*”. (*Ibid.*, p. 26-27).

⁹⁶ PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in Historical Perspective*. Nashville: Vanderbilt University Press, 1968. p. 37.

⁹⁷ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito de Autor e Copyright: Fundamentos históricos e sociológicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 136.

Em 1557, oito anos após William Caxton ter introduzido a prensa na Inglaterra, os Tudors garantiram à guilda dos livreiros a carta real que criaria a denominada *Stationer's Company*⁹⁸ (cujos principais grupos eram os encadernadores, livreiros e os impressores). De acordo com o preâmbulo da carta⁹⁹: “*Mary incorporated the stationers to provide a suitable remedy against seditious and heretical material printed by schimatical persons*”¹⁰⁰. Esse fato, que pode ser considerado uma vitória aos impressores, decorreu da força proveniente de sua organização como espécie de “associação de classe”, circunstância essa que, *per se*, possivelmente já seria suficiente para manter a sua posição de poder no mercado da época, uma vez que, como já foi dito, o governo mantinha uma posição indiferente em relação às cópias, em si, como conceito de propriedade. No fim das contas, como verdadeiros aliados, não importava muito as motivações intrínsecas que sustentavam os interesses de um lado ou de outro (tampouco a questão da propriedade das cópias por parte do governo, nem a questão do controle de impressão, motivadas por razões políticas, pelos impressores).

A origem mais substancial do *copyright*, nesse contexto, que na realidade surge antes mesmo de uma lei específica (que viria a ser editada somente no ano de 1710), ocorre entre os anos de 1518 e 1542¹⁰¹, período que contempla não somente a concessão do primeiro privilégio a uma impressão de livro, conferido por um soberano, como também a primeira tentativa da “fraternidade” dos livreiros em obter uma carta real que pudesse legitimar e servir como escudo às suas atividades comerciais. A concessão da carta, em 1557, surge, com isso, após um período relativamente longo de maturação das associações dos livreiros. O *Stationer's copyright*, dessa maneira, traduzia-se como sendo um conceito integrado que,

⁹⁸ PATTERSON, Lyman Ray. *The Nature of Copyright: A Law of User's Rights*. Georgia: The University of Georgia Press, 1991. p. 19.

⁹⁹ “*The articles, of which only the headings have survived, asked: (i) for confirmation of the charter; (2) "None to prynte oneless he be ffre of the stationers"; (3) that no one was "to be a comon bokeseller in London or Westmynster" until he gave bond to keep the orders of the stationers; (4) "Euery boke or thinge to be allowed by the stationers before yt be prynted"; (5) the stationers were free to make and change "orders for pryntinge and bokesellinge"; (6) the officers of the com- pany to prohibit any from printing until "he fynde surties to observe the[i]r orders"; (7) the stationers to have authority to arrest every offender in London or Westminster and to commit him to prison until payment of a fine of a hundred shillings for every offense, "or more yf the greatnes of th[e] offence requyre"; (8) jailers were to have warrants to receive persons arrested by the stationers, and (9) the Chancellor of England was to award process if need be"*. (Ibid., p. 38).

¹⁰⁰PATTERSON, Lyman Ray. *The Nature of Copyright: A Law of User's Rights*. Georgia: The University of Georgia Press, 1991. p. 29.

¹⁰¹ Ibid. p. 42.

criado pelos empreendedores do mercado livreiro, para regular o comércio de livros, sustentavam suas atividades monopolísticas pela regulação da censura, em atenção a seus interesses privados¹⁰². Tratava-se, a bem dizer, de uma relação de ganha-ganha.

É importante frisar, para que não haja dúvidas, que o termo *copyright* não surge a partir da lei, senão das atividades dos livreiros, como apontado acima. Ou seja, a construção do conceito, nesse início, simplesmente baseia-se no desenvolvimento imbricado das atividades monopolística e regulatórias dos livreiros, como forma de sufocar a concorrência, atividade essa que, posteriormente, chamaria atenção do governo soberano que nela enxergava um instrumento aos seus próprios interesses. Nada mais significava, objetivamente, do que direito de cópia. Revisitar o desenrolar dos fatos passados a respeito do tema oferece elementos que servirão à compreensão dos conflitos do tempo presente.

Os autores não atuavam como membros da *Stationer's company*, o que não significa que não atuassem em regime de certa cooperação¹⁰³. O fato de o jogo das regulações da época não ter tido os autores como agentes organizados com peso de decisão e influência política, isso não significou, obviamente, que eram absolutamente dispensáveis, afinal, sem os autores (sobretudo os contemporâneos daquela época), não haveria a obra em si. Era reconhecido pela *Stationer's company*, inclusive de forma natural, ou seja, sem nenhuma obrigação regulatória, que o autor deveria ser compensado. Lembra Lyman Ray Patterson, aliás: “*From the stationers' viewpoint, copyright was protection against rival publishers, not against authors, and the existence of continuing rights of the author in his work was consistent with the existence of copyright in the stationer*”¹⁰⁴. Ocorre que o autor não detinha meios econômicos para editar e publicar a sua obra de uma forma massificada, o que, paradoxalmente, reduzia a sua importância na cadeia de produção (nem poderia publicar, já que também era exposto às leis de censura). Como se a criação, em vista da importância da impressão e publicação, em si, fosse levada a cabo como mero detalhe. Essa tensão entre a

¹⁰² Ibid., p. 43.

¹⁰³ PATTERSON, Lyman Ray. *The Nature of Copyright: A Law of User's Rights*. Georgia: The University of Georgia Press, 1991, p. 66.

¹⁰⁴ Ibid., p. 71.

criação e o meio (tecnológico) de difusão foi e ainda é a grande fonte geradora de tensões no campo da matéria, longe, assim, de ser inédita (senão a sua própria origem).

O *Stationer's copyright*, na verdade, representava apenas uma das duas manifestações de “direitos de cópia” no período anterior ao Estatuto da Rainha Ana de 1710. O outro era a *printing patent*. Na condição de “direito de publicar um trabalho, concedido pelo soberano no exercício de sua prerrogativa real”¹⁰⁵, esta “patente”, na verdade, representava o direito que, no âmbito privado, conferia guarida às *Stationer's company*: “*The priority given to the printing patent resulted from the fact that it was a governmental copyright, while the stationer's copyright was a private copyright*”¹⁰⁶. O poder soberano inglês, assim, munia seus interesses por meio do direito de cópia a partir de duas direções: a) a partir da regulação formal (a *printing patent*); b) construindo alianças com as *Stationer's company*.

O abuso do poder real, por meio das mencionadas prerrogativas, resultou, com o tempo, na promulgação, como mencionado no tópico anterior, do *Statute of Monopolies*: “*This statute struck directly at the prerogative by providing that letters patent "ought to be and shall be for ever hereafter examined, heard, tried and determined by and according to the Common Laws of this Realm, and not otherwise"*”¹⁰⁷. A *printing patent* possuía, assim, duas características fundamentais:

*First, the printing patent might cover a class of works, rather than a single work, and it was these general patents which were the most objectionable. Secondly, the printing patent usually covered works which for copyright purposes had no author. Except for the printing patent, the works would be available to any printer or publisher. The extent to which the stationer's copyright would have been allowed, in the absence of the printing patent, to tie up such profitable works as the ABC (the first English school book), the Bible, the prayer books, and almanacs is conjectural. But in view of the difficulties resulting from the patents for such works, it does not seem likely that the stationer's copyright would have been sufficient to prevent competitive publications of such works*¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Ibid., p. 78.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ PATTERSON, Lyman Ray. *The Nature of Copyright: A Law of User's Rights*. Georgia: The University of Georgia Press, 1991, p. 86.

¹⁰⁸ Ibid., p. 90.

A figura do *printing patent*, na condição de *copyright* governamental, era o meio mais efetivo de proporcionar o direito de publicação exclusiva. Nesse sentido, a despeito da existência, no âmbito privado, do *stationer's copyright*, a *printing patent* foi igualmente necessária à manutenção da ordem no comércio. Ordem essa que representou, ao fim e ao cabo, o propósito fundamental do *copyright* nessa época, como meio de proporcionar ordem no comércio de livros por meio da proteção de obras publicadas a partir dos atos de pirataria¹⁰⁹. A tensão referente à (des)regulação do comércio de livros e afins, aliás, pode ser considerada como o fato social mais substancial no que diz respeito à formação inicial das discussões relativas ao *copyright*:

[...] the real significance of the controversy is that it illustrates the fundamental purpose of copyright as it developed as a means of providing order in the book trade by protecting published works from piracy. As indicated above, the problem arises again in the eighteenth century. Complete disorder in the book trade arose with the final lapse in 1694 of the Licensing Act of 1662, and led to the enactment of the Statute of Anne. The primary purpose of that statute was to restore order to the trade and to destroy the monopoly of the booksellers by limiting the term of copyright.

Após a derrocada da *Licensing Act* (1662), em 1695, o *copyright* deixou de ser regulado formalmente por qualquer lei do parlamento. Dessa maneira, por consequência, o ato de imprimir livros deixa de ser considerado como ato criminal, violador do *stationer's copyright*¹¹⁰. Isso significou, em outras palavras, que o fim da “censura” legal deixou os *stationer's copyrights* sem nenhum tipo de proteção legislativa aos seus *private copyrights*, fato contra o qual eles se movimentaram naquilo que poderia ser configurado como o *lobby* moderno. Como primeira e mais óbvia reivindicação, eles exerciam pressão para a restauração das leis formais de censura. Com os constantes insucessos de tais investidas, as *Stationer's companies* passaram a se utilizar de uma nova tática: buscar proteção aos autores¹¹¹.

¹⁰⁹ Ibid., p. 106.

¹¹⁰ PATTERSON, Lyman Ray. *The Nature of Copyright: A Law of User's Rights*. Georgia: The University of Georgia Press, 1991, p. 27).

¹¹¹ “*The end of legally sanctioned censorship after 1694 meant that the booksellers had no public protection for their private stationer's copyrights, and in the following years they frequently petitioned parliament for relief. Their first efforts were to secure full reinstatement of censorship laws, but when these attempts failed, the booksellers tried a new tactic: they sought legal protection not for themselves but for authors, who would be expected to convey their copyright to the bookseller as in the past*”. (Ibid., p. 27).

O termo “tática”, nesse particular, mostra-se como sendo bem empregado e, novamente, delinea, já de há muito, a configuração das estratégias que são utilizadas como forma de legitimação da coerção de determinados grupos de interesse a partir do direito. Analisaremos esse aspecto com maior atenção na segunda parte do trabalho que investigará as faces das crises da propriedade intelectual. De antemão, contudo, mostra-se como sendo importante registrar, além das pressões ao parlamento, pelo retorno das leis de censura, a estratégia de deslocar o campo da proteção (e necessidade de) aos autores. Ao se debruçar sob esse fato histórico, determinados aspectos se mostram como sendo bastante elucidativos.

O primeiro aspecto a ser ressaltado diz respeito, justamente, aos movimentos que alçaram o autor à agente destinatário de tutela em relação à questão do *copyright*. Não foram eles, os autores, que, por meio de sua própria força, conseguiram inserir-se nos debates relativos ao *copyright*. Na realidade, como já parece claro, o argumento de proteção aos autores foi apenas utilizado como estratégia, segura, de ganhar apelo público em relação ao retorno das leis de *copyright* (algo que, igualmente, se assemelha aos dias de hoje). Tratou-se de uma estratégia segura, já que sabiam as *Stationer’s companies* que mesmo que uma eventual lei conferisse maior poder aos autores (e não aos impressores ou livreiros), no fim das contas, aos autores não restaria outra saída senão recorrer a eles para a publicação e disseminação de suas obras. O resultado? O Estatuto da Rainha Ana de 1710:

This tactic succeeded in 1710, and the result was the Statute of Anne, which carried the full title of “An act for the encouragement of learning, by vesting the copies of printed books in the authors or purchasers of such copies, during the times therein mentioned”. A relatively short statute of eleven sections, it actually dealt with three copyrights: the stationer’s copyright (which was extended for twenty-one years); the printing patent (which was not to be affected by the statute, but which was no longer significant); and the new statutory copyright¹¹².

Ao se transformar o *stationer’s copyright* num conceito de regulação de comércio com o fim de promover o conhecimento e de reduzir o papel dos editores, os maiores beneficiários, naturalmente, foram os *booksellers*. Dito de outra forma, sua função como

¹¹² PATTERSON, Lyman Ray. *The Nature of Copyright: A Law of User’s Rights*. Georgia: The University of Georgia Press, 1991, p. 27-28.

instrumento de monopólio e de censura perde espaço para a regulação do comércio em prol da, relativamente mais nobre, promoção do conhecimento. O autor, como fonte desse conhecimento, na prática, permaneceu dependente dos livreiros que, ao final, comercializam suas obras. Não deixa de ser curioso, apesar de pouco destacado, que o autor já havia sido alçado à posição de relativo destaque, ainda que na prática discutível e como elemento de manobra, antes mesmo da própria revolução francesa, circunstância tradicionalmente levada em conta quando o assunto é o autor como destinatário de tutela em relação a suas criações.

É sempre oportuno salientar, a propósito, que a criação e sua subsequente difusão são atividades completamente distintas, fato esse que, desde os seus primórdios, representou uma característica levada em consideração para o desenvolvimento dos direitos de propriedade intelectual, sobretudo, dos direitos autorais. E, com o tempo, em especial, com o abrupto crescimento da audiência potencial em relação ao “consumo” da obra, acompanhada do avanço tecnológico relativo aos meios de comunicação, o autor, per se, sempre esteve distante de deter capacidade própria de colocar a efeito os atos de difusão, sempre dependendo de terceiros para atingir seus objetivos, atores esses que também passaram a ser objeto de tutela por esses direitos.

Em meio a esse contexto, e diante de inúmeras ações judiciais ajuizadas, como forma de dar conta dos diversos interesses em jogo, os historiadores destacam dois casos que são considerados como sendo paradigmáticos para a compreensão do tema, sendo eles: a) *Millar v. Taylor* e b) *Donaldson v. Becket*. Esses dois casos são extraídos do período de 40 anos denominado por Lyman como a “batalha dos livreiros” (*Battle of the Booksellers*) que, segundo ele, pode ser considerada como um dos conflitos intelectuais mais longos da jurisprudência anglo-americana: “*the judicial efforts of the monopolies resulted in a forty-year campaign that came to be known as the Battle of the Booksellers – quite possibly the most long-lasting and notable instance of intellectual combat in Anglo-American jurisprudence*”¹¹³.

¹¹³ PATTERSON, Lyman Ray. *The Nature of Copyright: A Law of User's Rights*. Georgia: The University of Georgia Press, 1991. p. 33.

O primeiro caso (Millar v. Taylor) explica a histórica de Andrew Millar (um livreiro) que ajuizou ação contra Robert Taylor, acusando-o de imprimir, sem autorização, o poema *The Seasons*, do autor James Thompson, obra essa adquirida do autor, por ele, no ano de 1729¹¹⁴, mas cujo período de proteção, de acordo com o Estatuto da Rainha Ana, havia expirado, motivo que fez com que Robert Taylor publicasse sua própria versão da obra (mais barata). O conflito, nesse caso, colocava uma vez mais em jogo a tensão entre os interesses dos autores e dos editores, já que o objeto central da controvérsia residia no prazo de proteção da obra, depois de sua publicação. Como visto, o Estatuto da Rainha Ana obteve efeito limitado ao tentar observar os interesses dos autores, perpetuando-se a polêmica quanto à proteção após a publicação. As perguntas, então, eram: após a publicação, em consequência da aquisição da obra pelo livreiro, deveria o estatuto ser aplicado? Ou apenas antes da publicação, sendo esse o objeto de proteção quanto ao autor, especificamente? Ao invés do estatuto, para os casos pós- publicação, poderia ser aplicado o *common law copyright*? Basicamente, o núcleo da problemática ainda era se o direito era mais de publicação ou mais do autor e, em seguida, se deveria ser perpétuo ou não.

Um dos argumentos de Millar foi o de que Taylor havia violado o direito perpétuo que Thompson havia vendido a ele: “*Millar sued, claiming infringement of the purportedly perpetual common law right that Thompson had sold him*”¹¹⁵. O juiz Yates, na ocasião, entendeu que o conceito de propriedade apenas tinha aplicação possível no espectro físico (pedaço de terra, páginas de um manuscrito etc.), mas nunca de pensamentos. Afirmou ele: “*A writer can choose not to publish his work. But once published, the work becomes as free as the air*”¹¹⁶. Segundo Yates, cujo argumento era de aplicação integral do Estatuto da Rainha Ana, não havia nenhuma espécie de direito natural em relação ao *copyright*, que tivesse o condão de justificar prazo de proteção perpétuo, que pudesse ser avaliado fora do campo de atuação do Estatuto:

¹¹⁴ Assim dispunha o contrato, em que Thompson “*did assign to Millar, his executors, administrators and assigns, the true copies of the said tragedy and poem, and the sole and exclusive right and property of printing the said copies for his and their sole use and benefit, and also all benefit of all additions, corrections, and amendments which should be afterwards made in the said copies*”. (Ibid.).

¹¹⁵GOLDSTEIN, Paul. *Copyright's highway: from Gutemberg to the celestial jukebox*. Stanford Univertisty Press, 2003. p. 36.

¹¹⁶ Ibid., p. 38.

*In a dissenting opinion, Justice Yates contended that there was no common-law copyright of the author, because one cannot have a property “in the style and ideas of his work” at common law. The only copyright, he said, was the statutory copyright, under the Statute of Anne. “The Legislature indeed may make a new right. The Statute of Queen Ann. has vested a new right in authors, for a limited time: and whilst that right exists, they will be stablished in the possession of their property” [...]*¹¹⁷. *“The labours of an author have certainly a right to a reward; but it does not from thence follow, that his reward is to be infinite, and never to have an end. Parliament had passed a law determining the extent of the author’s property, and the author had little cause to complain of injustice after he has enjoyed a monopoly for twenty-eight, and the manuscript still remains his own property*¹¹⁸.

É interessante notar, nesse caso, além da questão de fundo que envolve a matéria do *copyright*, a questão de direito e de seu respectivo processo em relação ao sistema jurídico anglo-americano. O estatuto, ou seja, a lei, em si, não foi suficiente para eliminar as questões relativas, em especial, a extensão do prazo de proteção. A força do *common law*, cujo matiz é justamente a força dos casos práticos analisados pela corte, em contraponto com o direito legislado, teve papel determinante no caso *Millar v. Taylor*. Isso porque, mesmo com a existência do estatuto, que estipulava um prazo de proteção fixo, a discussão não foi eliminada, o que deixou o caminho aberto para que a questão levasse o caminho do direito natural, calcado no argumento de proteção perpétua do *copyright*.

Ao final, assim, esse voto em favor do público, conferido por Yates, foi vencido, sendo o julgamento final tendo sido em favor de Millar. A conclusão foi no sentido de tratar o *copyright* como um *authors right*¹¹⁹, no sentido de direito natural. Assim foi disposto o voto do juiz Manfield: *“It is every man’s natural right argument. Would not a perpetual right for the writers encroach on the natural rights of the public? “It’s every man’s natural right, to follow a lawful employment for the support of himself and his family. Printing and bookselling are lawful employments”*¹²⁰. No fundo, a análise desse caso se mostra importante não somente para demonstrar as tensões do passado entre autores, editores e livreiros, mas igualmente, como fator histórico, para elucidar o efeito limitado que o Estatuto da Rainha Ana havia

¹¹⁷ PATTERSON, Lyman Ray. *The Nature of Copyright: A Law of User’s Rights*. Georgia: The University of Georgia Press, 1991. p. 35.

¹¹⁸ GOLDSTEIN, Paul. *Copyright’s highway: from Gutemberg to the celestial jukebox*. Stanford Univertisty Press, 2003. p. 38.

¹¹⁹ PATTERSON, Lyman Ray, 1991, op. cit. p. 36.

¹²⁰ GOLDSTEIN, Paul, 2003, op. cit. p. 38.

conferido aos autores e a permanência do poder dos livreiros e editores: “*copyright remained essentially a publisher’s right; authors had nothing to do with its development*”¹²¹.

Adrian Johns, nesse contexto, também destaca o endosso que a propriedade literária tanto precisava¹²². No caso *Millar v. Taylor*, apesar do complexo debate, salienta o autor que todos os juízes, inclusive Yates, reforçaram a necessidade de proteção, fosse pelo estatuto ou pelo direito natural. O fato é que a posição de proteção parecia cada vez mais solidificada. A diferença na posição adotada por Yates era apenas no prazo e na origem do direito, mas igualmente, como vimos, destacou a necessidade da proteção em relação à obra. Mas a controvérsia relativa à obra de Thomson se perpetuou, desaguando no outro caso paradigmático que foi o de *Donaldson v. Beckett*.

Millar morreu no ano de 1768, enquanto o caso que iniciou ainda estava pendente de julgamento. Seus direitos de cópia, em especial aqueles referentes às obras de James Thomson (sobretudo dos poemas objetos de discussão no caso *Millar v. Taylor*), foram adquiridos, entre outros, por Thomas Beckett. Da mesma forma como aconteceu com Taylor, no caso anterior, Alexander Donaldson argumentou, da mesma forma, que, em decorrência do esgotamento do prazo de proteção estabelecido no Estatuto da Rainha Ana, detinha ele o direito de publicar a obra *The Seasons*, como o fez: vendeu centenas de milhares de cópias da obra na cidade de Edimburgo¹²³. O precedente do caso Millar foi utilizado por Beckett, que levou o caso à Câmara dos Lordes. Os julgadores, então, levantaram cinco questões¹²⁴ relativas ao tema, que seriam avaliadas como o núcleo do debate:

¹²¹ PATTERSON, Lyman Ray. *The Nature of Copyright: A Law of User’s Rights*. Georgia: The University of Georgia Press, 1991. p. 36.

¹²² “*For the first time the Londoners won a definitive decision. The verdict was close, and the judges differed significantly in their reasoning, but three of four – Lords Mansfield, Edward Willes, and Sir Richard Aston, conceded that authorial labor might create a property in an unpublished work, although he believed that the act of publication amounted to presenting the work as a “gift” to the public. It seemed that literary property had finally won the endorsement that it needed*”. (JOHNS, Adrian. *Piracy: The Intellectual Property Wars from Gutenberg to Gates*. Chicago: University of Chicago Press, 2009. p. 36).

¹²³ PATTERSON, Lyman Ray. *The Nature of Copyright: A Law of User’s Rights*. Georgia: The University of Georgia Press, 1991. p. 36.

¹²⁴ *Ibid.* p. 37.

1. *Whether an author of a book or literary composition had at common law “the sole right of first printing and publishing the same for sale”, and a right of action against a person printing, publishing, and selling without his consent. Advised, yes by a vote of eight to three.*
2. *If author has such a right, did the law take it away upon his publishing the book or literary composition: and might any person thereafter be free to reprint and sell the work? Advised, no by vote of six to five.*
3. *Assuming the right of common law, was it taken away by the Statute of Anne, and is an author limited to the terms and conditions of that statute for his remedy? Advised, yes by a vote of six to five.*
4. *Whether an author of any literary composition and his assigns have the sole right of printing and publishing the same in perpetuity by the common law. Advised, yes by a vote of seven to four.*
5. *Whether this right was restrained or taken away by the Statute of Anne. Advised, yes by a vote of six to five.*

Nota-se, basicamente, que se tratou, nesse caso, das mesmas controvérsias apresentadas no caso anterior, mas aqui, houve uma reviravolta. Ao contrário do que aconteceu no caso *Millar*, os julgadores desse caso reverteram a balança em favor daquilo que estipulava o Estatuto da Rainha Ana. A discussão, uma vez mais, extrapolou os limites da ação, em si, caminhando para um debate mais profundo sobre a própria criação intelectual e o caráter de justiça relativo à sua recompensa: “*Knowledge has no value or use for the solitary owner: to be enjoyed it must be communicated; Glory is the reward of Science; It was not for gain tha Bacon, Newton, Milton, Locke, instructed and delighted the world; argumentou Lord Camden*”¹²⁵. Em outra passagem, destacou *Sir John Dalrymple*: “*what property can a man have in ideas? Whilst he keeps them to himself they are his own, when he publishes them they are his no longer. If I take water from the ocean, it is mine, if I pour it back it is mine no longer*”¹²⁶. *Lord Mansfield*, numa afirmação que viria a ser tornar a base de sustentação teórica do tema, disse:

We must take care to guard against two extremes equally prejudicial; the one, that men of ability, who have employed their time for the service of the community, may not be deprived of their just merits, and the reward of their ingenuity and labour; the other, that the world may not be deprived of improvements, nor the progress of the arts be retarded.

¹²⁵ PATTERSON, Lyman Ray. *The Nature of Copyright: A Law of User’s Rights*. The University of Georgia Press, 1991. p. 41.

¹²⁶ *Ibid.* p. 38.

Adrian Johns, nesse contexto, também destaca o endosso que a propriedade literária tanto precisava¹²⁷. No caso *Millar v. Taylor*, apesar do complexo debate, salienta o autor que todos os juízes, inclusive Yates, reforçaram a necessidade de proteção, fosse pelo estatuto ou pelo direito natural. O fato é que a posição de proteção parecia cada vez mais solidificada. A diferença na posição adotada por Yates era apenas no prazo e na origem do direito, mas igualmente, como vimos, destacou a necessidade da proteção em relação à obra. Mas a controvérsia relativa à obra de Thomson se perpetuou, desaguando no outro caso paradigmático que foi o *Donaldson v. Beckett*.

Um dos efeitos mais claros desse caso, sobretudo em virtude dos debates dele decorrentes, foi a ascensão do autor à posição de agente fundamental no ciclo da criação, em especial no que tange à sua relação com os livreiros e editores: “*Copyright had ceased to be recognized as a publisher’s right and had come to be known as na author’s right. And it was as na author’s right that copyright was received into the United States a few years later*”¹²⁸. Nesse período, assim, se estabelece uma relação um pouco mais harmoniosa na relação entre esses dois agentes. O autor ganhou força, mas não o suficiente para eliminar a dependência no tocante aos intermediários que atuam em seu “favor” no âmbito do comércio. Essa relação (e tal controvérsia) persiste, como veremos no decorrer do trabalho, até os dias atuais, inclusive, no âmbito da *internet*.

Outra contribuição de relevo no desenrolar dos debates de ambos os casos diz respeito à limitação do prazo de proteção. No fim das contas, o tema entra no cenário americano, como analisaremos no tópico a seguir, com a questão um pouco mais balanceada. Deixam-se de lado as posições opostas que tanto pretendiam conferir proteção perpétua quanto as que enfraqueciam sobremaneira a posição do autor. O balanço, dessa maneira, se estabelece na condição de monopólio temporário. Mas, mesmo assim, considerando todos os avanços,

¹²⁷ “*For the first time the Londoners won a definitive decision. The verdict was close, and the judges differed significantly in their reasoning, but three of four – Lords Mansfield, Edward Willes, and Sir Richard Aston, conceded that authorial labor might create a property in an unpublished work, although he believed that the act of publication amounted to presenting the work as a “gift” to the public. It seemed that literary property had finally won the endorsement that it needed*”. (JOHNS, Adrian. *Piracy: The Intellectual Property Wars from Gutenberg to Gates*. Chicago: University of Chicago Press, 2009. p. 36).

¹²⁸ PATTERSON, Lyman Ray. *The Nature of Copyright: A Law of User’s Rights*. Georgia: The University of Georgia Press, 1991. p. 44.

permaneceu sendo, segundo Lyman, uma ficção: *“The epithet “author’s right” itself was a fiction from the start, because authors, by assigning copyright to publishers, assigned their entire interests in the works”*¹²⁹. E possivelmente assim continua até os dias de hoje: uma mera ficção em atenção a fins comerciais.

1.3.1.3 Bases do sistema americano

Nesse momento do trabalho, seguimos com a análise da formação do paradigma internacional da propriedade intelectual, agora, buscando entender a internalização do instituto no cenário americano. A influência inglesa, como já se viu nos últimos parágrafos, é notória e não poderia ser diferente, já que os laços entre os países têm raízes históricas profundas. Se até esse ponto a Inglaterra tinha servido, em muitos aspectos, de fonte dos debates relativos ao tema, sendo palco, como analisado, de marcos substanciais sobre a matéria, passariam os Estados Unidos, agora, à condição de importância crescente em relação à propriedade intelectual de um modo geral, sendo hoje um dos maiores focos de discussões sobre a temática.

Como um paradoxo histórico que sempre vale a pena lembrar, até como forma de ratificar a formação imbricada do tema, diz respeito à posição dos Estados Unidos ora como destinatário e defensor de acesso livre às cópias, ora como produtor e interessado em seu controle. Na condição de colônia da Inglaterra, os Estados Unidos foram, em meados do século XVIII, foco de cópia de autores ingleses, ou mesmo, destinatário de cópias “piratas” da Irlanda¹³⁰ (outra colônia). Essa característica fez com que a Inglaterra, por meio de Lobby, exercesse influência para que novas leis fossem votadas contra a impressão e contrabando de obras de titularidade de agentes nacionais¹³¹. Assim como na ascensão da prensa e sua relação

¹²⁹ Ibid. p. 45.

¹³⁰ *“The most attractive colony was America – another small market as yet, but one of enormous potential. Benjamin Franklin noticed “piratical” editions arriving from Ireland in 1747, subscribers for which included British army officers [...] Reprints from Dublin began appearing there routinely too, and soon they could be bought in any provincial town. The fact became so notorious that reprints from elsewhere began to be attributed to Ireland too”*. (JOHNS, Adrian. *Piracy: The Intellectual Property Wars from Gutenberg to Gates*. Chicago: University of Chicago Press, 2009. p. 150).

¹³¹ *“London booksellers really began to object [...] Five years of lobbying later, the inquiry resulted in the passage of a new law prohibiting imports of books first printed in Britain but now reprinted abroad. In other*

direta com questões de ordem política, a impressão e a importação de livros tiveram também um papel crucial na então insipiente construção da nação americana. Nesse sentido, destaca o historiador Adrian Johns:

In Britain and Ireland, piracy was controversial. In the American colonies, it was revolutionary. America's small but rapidly growing population of printers, newspapermen, and booksellers was led by immigrants who had learned their craft at the feet of the leading Irish and Scottish reprinters. By the time the War of Independence broke out, some were ready to make piracy a tool of insurrection. For them the very act of reprinting London's books was an act of defiance. It was also an act of definition: their smaller, cheaper, more portable formats defined a public realm befitting a dispersed republic rather than a centralized aristocracy. Incitement to join the revolutionary cause, word of the rising itself, and news of its fortunes all circulated across the colonies by their labors¹³² [...]. A literary pirate was apparently the true revolutionary of letters, upholding "the liberty of picking, choosing, culling, seizing, and borrowing"¹³³ [...]. Overall, the idea was for a cascade of reprinting to spread knowledge across the new country¹³⁴ [...]. Reprinting grew into a standard practice. It was a way to make knowledge affordable, accessible, and useful – in a word, republican¹³⁵ [...]. The Americans [...] made "robbery" into "the basis of national aggrandizement".¹³⁶

A leitura desses trechos, apresentados por Adrian Johns, guarda interessante semelhança com as críticas direcionadas a algumas empresas americanas, na segunda metade do século XX, especialmente no período pós-*internet*. Pretendemos explorar esse e outros paradoxos no decorrer do trabalho, mas optamos por deixar aqui registrado tal fato como forma de reforçar a importância dos fatos históricos como maneira, principalmente, de apresentar uma formação paradigmática que seja menos linear e mais problematizada. Paradoxos à parte, voltemos à internalização da matéria nos Estados Unidos.

words, it outlawed not the reprinting of books as such, but the importation of the resulting volumes back into England". (Ibid.).

¹³² JOHNS, Adrian. *Piracy: The Intellectual Property Wars from Gutenberg to Gates*. Chicago: University of Chicago Press, 2009. p. 179.

¹³³ Ibid., p. 186.

¹³⁴ Ibid., p. 189.

¹³⁵ Ibid., p. 193.

¹³⁶ Ibid., p. 203.

Como já é fato notório no tema, o sistema do *copyright* americano surge com a própria Constituição de 1787, em clara inspiração¹³⁷ ao Estatuto da Rainha Ana de 1710: “*The Congress shall have the power [...]. To promote the progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries*”¹³⁸. Essa inspiração¹³⁹ pode ser facilmente verificada nos termos “*for encouragement of learning*”, no caso do Estatuto da Rainha Ana, e “*to promote the progress of science and useful arts*”, em referência à Constituição Americana. Apenas três anos após a promulgação da Constituição, em maio de 1790, é editada pelo congresso a primeira lei de *copyright*, cujo foco inicial era a proteção de livros, mapas e cartas, lei essa que foi, várias vezes, emendada num período de 100 anos, em virtude, principalmente, do avanço tecnológico referente à reprodução: 1802 (gravuras); 1831 (obras musicais); 1856 (composições dramáticas); 1865 (fotografia)¹⁴⁰; 1887 (fonograma). Em 1947, o sistema passa a ter um código específico para a matéria¹⁴¹.

Já em atenção aos fatos ocorridos na Inglaterra, pouco tempo antes, os Estados Unidos, nesse início, buscam internalizar uma normatização mais balanceada sobre a matéria, basicamente harmonizando-a em três políticas fundamentais¹⁴²: a) o incentivo e a promoção do conhecimento (*the promotion of learning*); b) a observância do domínio público (*limited*

¹³⁷ PATTERSON, Lyman Ray. *The Nature of Copyright: A Law of User's Rights*. Georgia: The University of Georgia Press, 1991. p. 47.

¹³⁸ E prossegue o autor: “No ano de 1790 foi conferida a primeira patente sob nova ordem legal dos EUA, envolvendo a fabricação de potássio para utilização na indústria de sabão, fertilizantes, vidros, etc. Entre 1790 e 1870, ou seja, no espaço de apenas 80 anos, foram registradas 150.000 criações, entre patentes, marcas, obras literárias e artísticas. A importância das patentes, aí incluídos o desenho industrial e os modelos de utilidade, se manifesta já pela fundação, em 1804, do USPTO – United States Patents and Trademark Office”. (FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito de Autor e Copyright: Fundamentos históricos e sociológicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 184-185).

¹³⁹ “*The 1710 Statute of Anne is the direct ancestor of American copyright law: its full title identified the fundamental ideas (the encouragement of learning, copyright for authors, and limited times) of the copyright clause of the Constitution, and the statute itself clearly served as the model for the Copyright Act of 1790, the first U.S copyright statute*”. (PATTERSON, Lyman Ray. *The Nature of Copyright: A Law of User's Rights*. Georgia: The University of Georgia Press, 1991. p. 47).

¹⁴⁰ No caso da Fotografia, aliás, vale destacar: “*Photography was the first new technology to challenge American copyright law. Could an image created by the reflection of light off a chemically treated plate qualify as a “Writing” of an “Author”, as the Constitution required? Congress evidently thought so, for in 1865 it amended the Copyright Act expressly to add photographic prints and negatives to the classes of copyrightable works*”. (GOLDSTEIN, Paul. *Copyright's highway: from Gutemberg to the celestial jukebox*. Stanford Univertisty Press, 2003. p. 46).

¹⁴¹ FRAGOSO, João Henrique da Rocha, 2012, op. cit., p. 186.

¹⁴² PATTERSON, Lyman Ray, 1991, op. cit., p. 49.

times); c) proteção do autor (*authors and inventors*). O autor/inventor ingressa na legislação americana já numa posição de destaque. Entretanto, no decorrer do tempo, essa posição, não obstante ser garantida e promovida pela lei, foi sendo, constantemente, pressionada com o advento das novas tecnologias de reprodução, que continuaram, assim como aconteceu com a prensa, a ofuscar o ato da criação em si perpetuado pelo autor, em favor dos mecanismos técnicos de disseminação da obra (retornando-se, daí, à questão do aspecto ficcional desse direito).

A promoção do conhecimento, da forma como estipulada na carta americana, é o que diferencia, segundo Lyman Ray Patterson, a propriedade intelectual da propriedade, digamos, convencional¹⁴³. Não fosse esse fator, seria difícil diferenciá-las. Esse elemento, a propósito, atesta de forma clara que o autor recorre ao conhecimento comum para elaborar a sua criação, inexistindo, nesse caso, ou pelo menos, segundo o pressuposto levado em consideração pela norma, um grau zero de criação, originado apenas no núcleo individual. Essa é outra premissa (entre outras) que deve ser levada em consideração nessa diferenciação e, de quebra, na justificação do domínio público.

Como já reforçado, o pressuposto de que há uma herança cultural que se vale o autor para a sua criação é um princípio que ingressa fortalecido na realidade americana, com elementos cuja aceitação foi cara na realidade inglesa, durando alguns séculos para se estabelecer. O ponto central, novamente, recai sobre o que pode ou não ser objeto de propriedade. A propriedade intelectual, a bem dizer, se coloca no meio do caminho entre aquilo cuja consideração como propriedade é impossibilitada, como o ar, a luz solar, a chuva, as ideias, os números etc., e os objetos em que essa relação se mostra mais intuitiva como os bens físicos: um pedaço de terra, um carro, uma mesa etc. O sistema do *copyright*, assim, em particular, nesse início da realidade americana, “*serves not only to preserve but also to enrich the public domain*”¹⁴⁴ [...] *it contributes to the culture of our society*”¹⁴⁵, apontando esse que ratifica o direito da sociedade em usufruir da criação após um determinado espaço de tempo.

¹⁴³ PATTERSON, Lyman Ray. *The Nature of Copyright: A Law of User's Rights*. Georgia: The University of Georgia Press, 1991. p. 50.

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ Ibid., p. 51.

Outro aspecto curioso da internalização desse direito na realidade americana é a exclusão, no teor da lei, do termo *publisher's*. Isso é um efeito claro da força do autor naquele momento e, possivelmente, da posição dos Estados Unidos não somente de buscar promover seus próprios autores, almejando um desenvolvimento autônomo em relação à Inglaterra, mas também, de tentar evitar os efeitos deletérios da relação histórica descalibrada entre eles e os autores, algo que se tornaria uma realidade no futuro. A esse respeito, tem-se:

[...] *copyright meant the right to print and publish, and without publication (therefore, without publisher's) there would be no copyright. The irony is that while the title of the Statute of Anne (the source of the ideas in the copyright clause) made clear the publisher's right to copyright – by reason of purchase – the U.S Constitution's copyright clause excludes them.*¹⁴⁶

Esse contexto contribuiu de forma decisiva para o estabelecimento, no século XIX, dos princípios mais gerais que até hoje norteiam não somente a realidade americana, mas, em grande medida, o próprio desenvolvimento internacional da matéria. Ray Patterson, nesse sentido, identifica sete princípios¹⁴⁷: 1) princípio da proteção limitada; 2) *copyright* como monopólio garantido pela lei; 3) princípio do mercado (proteção do trabalho voltado ao mercado); 4) o princípio do uso justo (*fair use*); 5) princípio do direito de acesso; 6) princípio do uso pessoal; 7) princípio do interesse público.

A opção por esse caminho aconteceu em oposição ao fundamento do *copyright* como espécie de direito natural, que conferia a ele a noção de tutela perpétua em relação à obra. Essa discussão também apareceu no judiciário americano, apesar dos elementos já estarem um pouco menos em ebulição do que no passado inglês. O caso paradigmático, nesse sentido, é o “*Wheaton v. Peters: copyright is the grant of a limited statutory monopoly rather than (as proposed by the competing theory) a natural law right of the author. The Supreme Court made the choice in Wheaton v. Peters, the American counterpart of Donaldson v. Beckett, whose lead the Court followed*”¹⁴⁸.

¹⁴⁶ PATTERSON, Lyman Ray. *The Nature of Copyright: A Law of User's Rights*. Georgia: The University of Georgia Press, 1991. p. 54.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 63.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 62.

1.3.2 A Revolução Francesa e a formação do sistema continental (*droit d'auteur*)

A análise do recrudescimento da propriedade intelectual, ao final do século XVIII, é fundamental para a compreensão do sistema continental, mas também, da importância do autor na cadeia de produção criativa. O autor, nesse momento histórico, possui um status bastante diferenciado¹⁴⁹ quando comparado com períodos anteriores, talvez apenas igualável ao período da Renascença. Esse período histórico, o da Revolução Francesa, funciona como uma espécie de convergência de diferentes fatores que, além de influenciar, de modo decisivo o tema que ora enfrentamos, contribuiu para estabelecer alguns dos pilares mais importantes da própria sociedade ocidental do modo como a conhecemos.

A formação do sistema de *droit d'auteur*, que começa a ganhar corpo nesse período, caminha, como já destacamos, a partir de premissas relativamente diferentes do sistema anglo-saxão (*copyright*), especialmente de um ponto de vista do pressuposto teórico. Enquanto que o sistema anglo-saxão, recordando, parte de uma noção mais utilitária, voltada ao desenvolvimento de criações que sejam úteis ao *público*, no caso do sistema continental, o núcleo por onde orbita os interesses em jogo são menos relativos a terceiros (utilidade social) e mais do próprio autor.

A premissa do direito natural, em especial em relação ao ato da criação, se sobressai em relação ao sistema inglês e americano que se mostra mais utilitário. Nesse sentido, a criação, *per se*, é o ato que confere ao autor o direito de seu gozo, independentemente da prescrição legal (por isso, fala-se em direito natural, ou seja, atividade ínsita ao ato, que pode ou não ser reconhecido por lei). Dario Moura Vicente, nesse contexto, recorda os dizeres do Código Francês de Propriedade Intelectual: “o Autor de uma obra do

¹⁴⁹ “A transformação do autor como um criador de um bem comercializável, colocado no mercado e sujeito às suas vicissitudes, também garantiu que a atividade artística e literária pudesse se desenvolver livremente ao longo do século XVIII [...]. De qualquer modo, a visão social que se tem do autor se modifica. HAUSER recorda que a administração e a exaltação dos escritores em fins do século XVIII não eram menores do que o fora na Renascença, quando o homem de letras possuía o mesmo status de um “amanuense e do secretário particular”. Mas agora, “pela primeira vez, o escritor goza, como tal, do respeito devido ao representante de uma esfera superior””. (FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito de Autor e Copyright: Fundamentos históricos e sociológicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 162).

espírito goza sobre esta obra, pelo simples facto da sua criação, de um direito de propriedade incorpórea exclusivo e oponível a todos”¹⁵⁰. E arremata o autor dizendo que: “o direito subjectivo nasce, assim, de um facto – a criação da obra – e não da lei, a qual se limita a reconhecê-lo como uma decorrência da natureza das coisas”¹⁵¹.

Enquanto que o sistema anglo-saxão direcionava-se para um caminho que desconsiderava a noção de direito natural (não o autor¹⁵²), o sistema europeu tem nele o núcleo fundamental que justifica todo o sistema. A importância devida ao autor decorre, no plano da influência social, do recrudescimento do individualismo e humanismo afetos a esse período, sem contar a própria ascensão do pensamento da burguesia. Kant, em respeito ao direito de autor, elucida: “um direito inato, inerente à sua própria pessoa, consistente nomeadamente na faculdade de se opor a que outro o faça falar em público contra a sua vontade, vontade esta que não pode de modo algum ser presumida”¹⁵³. O trecho, em contraposição ao sistema de *copyright*, reforça não somente o caráter de direito inato, mas a subserviência do público em relação às vontades do autor. Além disso, também destacou o filósofo alemão a conexão entre a personalidade e a natureza do direito do autor: “*Kant's specific suggestion in relation to authors was that they enjoyed rights over their work by virtue of their personality. In his words, an author's right is 'an innate right, inherent in his own person'*”¹⁵⁴.

A proteção do autor constitui, assim, a intenção fundamental do sistema europeu. Aduz, por exemplo, o sistema jurídico alemão: “o direito de autor protege o autor nas suas

¹⁵⁰ VICENTE, Dário Moura. *A tutela Internacional da Propriedade Intelectual*. Coimbra: Ed. Almedina, 2008. p. 58.

¹⁵¹ Ibid.

¹⁵² Vale aqui uma ressalva importante. Quando se diz que o sistema do *copyright* desconsidera o direito natural quanto a esse respeito, não significa que o autor não seja um elemento importante naquele sistema. A diferença, nos dois sistemas, é o peso do autor em ambas. Num, o sistema europeu, ele é o fundamento que traz coerência ao sistema; No outro (sistema anglo-saxão) ele é apenas uma engrenagem importante que faz girar a máquina que culmina no desenvolvimento de bens úteis ao público. Nesse sentido, lembra Delia Lippszyc: “*El reconocimiento del derecho individual del autor a la protección de la obra se afianza a fines del siglo XVIII a través de la legislación que se dicta en los Estados Unidos de América y em Francia*”. (LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Paris/Bogotá/Buenos Aires: Ediciones UNESCO, 1993. p. 33).

¹⁵³ VICENTE, Dário Moura, 2008, op. cit., p. 59.

¹⁵⁴ DRAHOS, Peter. *A Philosophy of Intellectual Property*. Dartmouth: Aldershot, 1996. p. 90.

relações espirituais e pessoais com a obra e na utilização da obra”¹⁵⁵. Essa proteção calca-se na base do direito moral do autor, sendo hoje a diferença mais substancial em relação ao sistema de *copyright*. Henry Jessen, ao citar Olganier, traz a seguinte definição:

*En ne considérant que la jurisprudence française, si, comme l’a declare la Cour de cassation, l’auteur jouit d’un droit inhérent à sa personnalité même, ce droit n’est pas plus aliénable que cette personnalité: il en constitue une partie, et si la partie n’est pas aliénable, le tout ne peut pas l’être non plus, car en aliénant le tout, on ne pourrait tenir hors de l’aliénation la partie inaliénable*¹⁵⁶

Como conjugação relativamente lógica, sob os auspícios da Revolução Francesa, a noção de autoria passa, também, a ser associada aos direitos gerais de propriedade, característica essa que funcionou como uma das principais bandeiras da própria revolução. Os autores, na realidade, entraram no movimento teórico da revolução, razão que fez com que sua criação, igualmente, também fosse considerada como tal. A mesma liberdade à propriedade que se pregava de um modo geral, como forma de evitar o seu controle e gerenciamento pelos monarcas, também se defendia em relação às criações autorais, como forma de preservar a liberdade individual (do autor) face ao controle dos terceiros (por exemplo, no caso do direito autoral, dos editores). Sobre isso, Delia Lipszyc aduz que:

*En Francia, a partir del 4 de agosto de 1789 la Asamblea Constituyente de la Revolución derogó todos los fueros de individuos, ciudades, provincias y órdenes, comprendidos los otorgados en favor de los autores y los editores. Superada la confusión, la Asamblea sancionó el decreto 13-19 de enero de 1791 que consagró el derecho de los autores a la representación de sus obras como un derecho de propiedad, por toda la vida del autor y cinco años más en favor de sus herederos y derechohabientes*¹⁵⁷.

¹⁵⁵ VICENTE, Dário Moura. *A tutela Internacional da Propriedade Intelectual*. Coimbra: Ed. Almedina, 2008. p. 59.

¹⁵⁶ JESSEN, Henry. *Direitos Intelectuais*. Rio de Janeiro: Edições Itaipu, 1967. p. 41.

¹⁵⁷ E arremata dizendo, em citação a Valerio de Sanctis: “[...] si el Estatuto de la Reina Ana condujo, certamente, a una acelerada declinación de los sistemas de los privilegios de los libreros, por cuanto consagró la existencia de un derecho subjetivo a la protección de la obra publicada, fue necesario, de todos modos, esperar casi un siglo a fin de ver reconocido por las leyes revolucionarias francesas de 1791-1793, el derecho del autor a la protección patrimonial de la obra consagrada como creación de su espíritu”. (LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Paris/Bogotá/Buenos Aires: Ediciones UNESCO, 1993. p. 34).

Existe, assim, com a Revolução Francesa, um deslocamento da importância da reprodução e expressão da obra, para o ato da criação, em si. Em outras palavras, o que se faz com a obra, o uso que se faz dela, ou a forma como ela é expressa, possui importância relativamente mitigada sob a influência da legislação francesa. O autor, com isso, passa para a posição de *senhor de sua obra*, girando em torno dele todas as questões relativas a criação. Logo após a promulgação da Lei de 1791, considerada como marco legal em relação ao sistema europeu, a Lei 19-24 de 1793 ampliaria esses direitos:

Art. 1º - Os autores de escritos de toda espécie, os compositores de música, os arquitetos, os escultores, os pintores, os desenhistas, os que gravarem quadros ou desenhos, gozarão, durante toda a sua vida, do direito exclusivo de vender, fazer vender, distribuir suas obras no território da República, e ceder-lhe a propriedade, no todo ou em parte¹⁵⁸.

Essa associação entre a liberdade de propriedade (intelectual) e a relação com o monarca é relativamente intuitiva na França. Isso porque os privilégios aos editores e impressores eram concedidos pelos soberanos, e também, contra isso, seguindo o movimento macro, contrário à dominação, pelos monarcas, se insurgiram os franceses. Nas palavras de Antônio Chaves: “E foi na luta entre os dois grupos que pela primeira vez se ouviu proclamar os direitos do autor, ideia formulada em 1725 por Luís D’Héricourt, advogado dos livreiros de Paris, e depois repetida por outros, com tal eficácia que em 1777 o Conselho de Estado, em duas resoluções, votava a abolição dos privilégios perpétuos”¹⁵⁹. Na França, aos poucos, a noção de propriedade literária foi passando do editor ao autor¹⁶⁰. Todo esse processo culminou na abolição, pela Assembleia Constituinte francesa, de todos os privilégios, ao mesmo tempo em que o deputado francês Le Chapelier profere a célebre frase: “*la plus sacrée, la plus legitime, la plus personnelle des propriétés*”.

¹⁵⁸ CHAVES, Antonio. *Direito de autor: princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 27.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 26

¹⁶⁰ E completa o autor, com citação a Osmar Lins: “Sua importância, todavia, faz-se sentir na Europa inteira ao longo de todo o século XVII; multiplicam-se os panfletos debatendo o assunto e processos cada vez mais numerosos chegam aos Tribunais. Os escritores já não admitem ser espoliados. Mas só em julho de 1793, a França, que em janeiro promulgara decreto consagrando o direito exclusivo dos autores, no sentido de permitir a encenação de seus textos dramáticos, estende a proteção a todas as outras obras literárias. O incremento da atividade legislativa nesse setor ocorre na primeira metade do século passado”. (*Ibid.*).

Em 1789, é votada, pela Assembleia Nacional e promulgada por Luís XVI, a *Déclaration de Droits de l'Homme et du Citoyen*, documento que refletiu e materializou o sentimento revolucionário, em especial, no que tange à abolição dos privilégios feudais, dando fim ao *Ancien Regime*¹⁶¹. A carta, que viria a assumir a sua forma definitiva, no ano de 1793, acrescentou princípios até hoje fundamentais para a compreensão não somente dos valores da sociedade ocidental, mas, particularmente, para o entendimento da propriedade intelectual: liberdade de imprensa; de culto; de comércio; da indústria; de associação; entre outros. Segundo João Henrique da Rocha Fragoso: “a Declaração, para todos os fins, reafirma os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem, declarando que estes nascem e permanecem livres e iguais em direitos sem distinções”¹⁶². Nesse contexto, Tullio Ascarelli oferece não somente um bom resumo da ordem de coisas relativas ao fim dos privilégios, como também, da necessidade da disciplina dos direitos:

*Precisamente con la abolición del sistema de privilegios para el ejercicio de la actividad surge el problema de la disciplina de los derechos, para a tutela de aquellas creaciones intelectuales que reúnan requisitos que justifiquen el reconocimiento, respecto de todos los ciudadanos, de derechos absolutos de utilización a favor de los titulares de determinadas creaciones intelectuales. Después de los precedentes de las leyes venecianas del siglo XV, en Inglaterra, con ocasión de la abolición general de los privilegios para el ejercicio de la actividad, es sancionada en 1624, la disciplina de las invenciones industriales; también en Inglaterra en 1710 es disciplinado el derecho de autor; en los Estados Unidos en 1790 y después en Francia en 1791 y 1793*¹⁶³.

A revisitação do desenvolvimento do direito autoral na França é fundamental não apenas para explicar as bases do sistema continental do direito autoral, mas, mais importante, para oferecer subsídios mais detalhados que irão servir de ferramenta para a análise desse cenário, hoje, num contexto de crise. A noção “sagrada” de autoria, que aqui é exposta em seu momento histórico de plenitude, não mais conserva esse status. A questão, para refletiremos sobre esse aspecto no tópico que trata da crise sob uma perspectiva de autoria, é saber a real

¹⁶¹ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito de Autor e Copyright: Fundamentos históricos e sociológicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 164.

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ ASCARELLI, Tullio. *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali: istituzione de diritto industriale*. Milano: Giuffrè, 1957. p. 41.

posição do autor num ambiente em que “a maioria das obras protegidas é hoje fruto da actividade de empresas”¹⁶⁴.

Num ambiente em geral sincrético e carente de fundamentações conceituais, optou-se por revisitar os desenvolvimentos históricos de modo a fornecer uma substância conceitual minimamente sólida que permita reflexões complexas sobre o tema. Nunca é demais repisar: o desenvolvimento da propriedade intelectual, e aqui a sua ramificação que faz originar o sistema continental, decorre de fatos sociais complexos que precisam ser revisitados quando o objetivo é o estudo problematizado do tema. Além disso, e mais importante, permite a dissecação de certos elementos que nos permitem a prospectar sobre qual é, afinal, o paradigma internacional da propriedade intelectual.

1.4 O desenvolvimento dos pilares do sistema internacional

O desenvolvimento da propriedade intelectual, como podemos notar até aqui, é um processo longo que foi determinado por diferentes fatores sociais, calcado nas mais variadas justificações teóricas (veremos isso mais à frente). A palavra “evolução”, talvez, não seja a mais indicada para o desenvolvimento desse olhar histórico. O termo, a bem dizer, reflete um fim específico, em outras palavras, um objetivo a ser perseguido, algo que, do ponto de vista da complexidade da dialética humana, é difícil de estabelecer. O que se pretende dizer, com isso, é que não existem garantias de que a propriedade intelectual seguirá uma espécie de curso natural das coisas, não obstante, ser possível identificar determinadas épocas que nos auxiliam a entender não a evolução, mas os conflitos específicos de cada momento histórico, que exigiram que o curso das coisas fosse um e não outro. Carlos Villalba, nesse sentido, oferece um bom resumo:

¹⁶⁴ VICENTE, Dário Moura. *A tutela Internacional da Propriedade Intelectual*. Coimbra: Ed. Almedina, 2008. p. 38.

Es corriente aceptar que la historia del derecho de autor se divide en épocas muy definidas, la primera hasta la aparición de la imprenta en el siglo XV; la segunda hasta el Estatuto de la Reina Ana en 1709, la Constitución de los Estados Unidos y la Revolución Francesa y el simultáneo desarrollo de la codificación; y la tercera, en un período que abarca todo el siglo XIX que caracterizaremos más adelante, en el que se produce un aceleramiento de las comunicaciones y paralelamente de las convenciones multilaterales de París de Propiedad Industrial 1883 y de Berna de 1886, a la que siguen otras convenciones o tratados de similar estructura¹⁶⁵.

Em meio a esse cenário de continuidades e descontinuidades, uma coisa parece ser uniforme em relação ao desenvolvimento da propriedade intelectual: o seu caráter internacionalista. Isso se dá, primordialmente, por duas razões principais: a) pela natural disseminação transfronteiriça de ideias e conhecimento¹⁶⁶ e b) pelo paralelo desenvolvimento da propriedade intelectual em relação ao recrudescimento da modernidade e desenvolvimento do próprio capitalismo. Exploreemos melhor esses pontos.

Em relação ao primeiro caso, que soa como sendo mais óbvio, o aspecto central é que tanto as ideias quanto o conhecimento circulam de forma livre, não reconhecendo as fronteiras entre os países¹⁶⁷. Essa disseminação pode se dar a partir de intermediários físicos, como um livro, ou mesmo, por meio da oralidade, cujo monitoramento e controle são quase impossíveis. A propriedade intelectual, em certa medida, surge como forma de contrapor esses movimentos “naturais” de circulação, sendo seu espectro de controle aumentado quase que de modo diretamente proporcional à própria regulação, inclusive, como veremos, em âmbito internacional. Delia Lipszyc menciona, inclusive, uma vocação universal do Direito de Autor: “*La vocación universal de las obras del espíritu y el donde ubicuidad que las caracteriza determinan que la protección del derecho de autor dentro de los límites del país de origen sea*

¹⁶⁵ III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. OMPI. Tomo I. Uruguai, Montevideo, 1997. p. 66.

¹⁶⁶ “A consagração progressiva do direito de autor suscitou desde o início a repercussão internacional. A obra literária ou artística, com maior ou menor intensidade consoante os tipos, é susceptível de formas de utilização que vão além dos limites demarcados pelas fronteiras dos Estados. Não teria completo significado a consagração do direito de edição, em proveito do autor, se num país estrangeiro de língua comum se pudesse fazer uma livre utilização da obra”. (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 635).

¹⁶⁷ “As criações imateriais são transnacionais, cosmopolitas, não podendo ser contidas, cristalizadas, encapsuladas, dentro das fronteiras de um Estado”. (BASSO, Maristela. *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2000. p. 73).

insuficiente para segurar tutela”¹⁶⁸. A própria natureza incorpórea das obras inviabiliza, a rigor, uma localização espacial única, elas se situam, no fim das contas, no local onde quer que lhe sejam conferidas proteção¹⁶⁹. Não por outra razão, em tempos mais recentes, não é incomum a designação de tais bens como bens públicos globais ou internacionais¹⁷⁰.

Maristela Basso, pioneira no Brasil no estudo do Direito Internacional da Propriedade Intelectual, também destaca com propriedade o caráter internacionalista da matéria. A autora reforça, de início, em referência a Édouard Laboulaye, que uma das suas características principais é ser essencialmente internacional, para depois, com Picard, afirmar que, mesmo antes da Convenção de Berna, de 1886, já dizia o autor: “a produção do espírito, objeto do direito intelectual, destina-se naturalmente a expandir-se para todos os lugares onde vai a civilização”¹⁷¹. Joseph Kohler, a respeito dessa característica, dizia:

Como nós, trabalhamos para a unificação de um direito que, mais do que qualquer outro, se destina a ser internacional [...]. Contudo, no século passado, a proteção apresentava ainda grandes lacunas, e a maior delas era o exagero na ideia de nacionalidade. Este exagero deveria ser vencido pela ideia de que as nações civilizadas formam uma grande Sociedade chamada a executar, por seus esforços comuns, as grandes tarefas da cultura humana. A primeira condição desta comunidade de povos é a máxima de que o direito do espírito é reconhecido, não somente pela nação à qual pertence o homem criador, mas por todos os Estados. Qualquer um que tenha criado uma obra do pensamento deve ter seu direito em todos os lugares do mundo, porque ele não é somente membro da nação – ele é membro da humanidade.¹⁷²

As palavras de Kohler fazem eco, direta ou indiretamente, no próprio espírito universalista desenvolvido como núcleo da modernidade¹⁷³. Trata-se, em outras palavras, do

¹⁶⁸ LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Paris/Bogotá/Buenos Aires: Ediciones UNESCO, 1993. p. 590.

¹⁶⁹ VICENTE, Dário Moura. *A tutela Internacional da Propriedade Intelectual*. Coimbra: Ed. Almedina, 2008. p. 17.

¹⁷⁰ WALLERSTEIN, Immanuel. *The modern world-system IV: Centrist Liberalism Triumphant, 1789-1914*. California: University of California Press, 2011. p. 5.

¹⁷¹ BASSO, Maristela. *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2000. p. 19.

¹⁷² *Ibid.*, p. 21.

¹⁷³ Ressalta-se, entretanto, que mesmo antes, na Idade Antiga, já havia uma consciência embrionária sobre cooperações que transcendessem os interesses das cidades: “Na Idade Antiga já proliferaram ideias acerca de um sistema embrionário de “cooperação” que fosse capaz de transcender os interesses da polis e do império. Esse sistema inspirou-se principalmente nos estudos de Confúcio e dos estóicos, mas somente despertou maior

fomento de um pensamento que ultrapassa os limites das nações na direção de uma noção de unificação universal a partir de uma cultura superior, corrente essa que se acoplou, de forma intuitiva, aos interesses do mercado. A proteção da propriedade intelectual caminhou em paralelo a esses interesses, oferecendo suporte à comercialização dos bens por esses direitos protegidos: “o aumento da proteção do direito de propriedade intelectual e a certeza da proteção ensejaram o incremento do poder do mercado e o desenvolvimento do comércio internacional”¹⁷⁴, cabendo ao direito internacional a tarefa de buscar harmonizar os interesses em jogo, definindo linhas básicas e fixando princípios de direito material e internacional suficientemente flexíveis para poderem ser adaptados aos direitos internos¹⁷⁵.

A segunda hipótese (capitalismo e modernidade), contudo, parece mais conjuntural. O desenvolvimento da propriedade intelectual se desenvolve dentro do contexto da economia de mercado que deságua no capitalismo, sendo, assim, diretamente influenciada pelas bases do mercado, sobretudo, pelo seu caráter essencialmente expansivo. Fernand Braudel, historiador francês, analisa tais acontecimentos com rigor. Um primeiro aspecto a ser destacado é a consideração do trabalho humano como uma *commodity*¹⁷⁶, invenção essa que, segundo o autor, não advém da era industrial. Essa linha é seguida, inclusive, por Thomas Hobbes, em associação à própria propriedade intelectual e do trabalho do autor. Veremos isso mais à frente.

Mas a atenção, nesse momento, é em relação ao caráter expansivo do mercado. Segundo o autor, em primeiro lugar, apenas cidades ou grandes vilarejos tinham mercados¹⁷⁷,

interesse na Idade Média e, sobretudo, na Idade Moderna, quando os ideais de uma verdadeira comunidade internacional adquiriram contornos mais nítidos. Dos projetos destes períodos, destacamos os de Pierre Dubois (1306), Dante Alighieri (1315), Marsílio de Pádua (1324), Jeremias Bentham (1793) e o “Projeto de Paz Perpétua” de Emmanuel Kant (1795). De Pierre Dubois a Kant, foram cinco séculos de em que as ideias proliferaram e o terreno foi preparado para que em 1800 começassem a aparecer as primeiras associações entre Estados como as Comissões do Reno e do Danúbio, no campo técnico, além da Santa Aliança, de caráter preponderantemente político, celebrada em 1815, entre Grã-Bretanha, Áustria, Rússia e Prússia, que previa reuniões periódicas entre os Estados-Membros para discutir os principais problemas dos povos europeus e principalmente a manutenção da paz”. (Ibid., p. 121).

¹⁷⁴ Ibid., p. 26.

¹⁷⁵ Ibid., p. 38.

¹⁷⁶ STIGLITZ, Joseph E. Knowledge as a Global Public Good. In: KAUL, Inge. *Global Public Good*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

¹⁷⁷ BRAUDEL, Fernand. *Civilization and capitalism: the wheels of commerce (15th-18th century)*. Translation from the French by Siân Reynolds. Vol. II. London: Books Club Associates London, 1979. p. 27.

podendo eles serem caracterizados num sentido mais “frouxo”¹⁷⁸, sustentado pelos pilares da troca, circulação e distribuição, e em um sentido mais amplo, caracterizado por um próprio sistema de economia de mercado. O autor, durante a sua obra, destaca não somente o desenvolvimento lento e imbricado em relação ao mercado e ao capitalismo, mas o seu caráter quantitativo e evolução em rede (*trade networks*¹⁷⁹). Nesse sentido, segundo o autor, seria impreciso utilizar o termo capitalismo para designar os fenômenos mercantis anteriores à revolução industrial¹⁸⁰, justamente pela não caracterização das condições de possibilidade, especialmente de caráter quantitativo. É após a revolução industrial que tais condições¹⁸¹ surgem com maior intensidade, podendo ser resumidas em: a) alta margem de lucro; b) alta circulação de mercadorias; c) comércio sistêmico; d) recrudescimento do marketing.

Qual é a relação do desenvolvimento do capitalismo com a propriedade intelectual e sua internacionalização? Ora, tanto o desenvolvimento do capitalismo quanto o da propriedade intelectual possuem três características essenciais: a) flexibilidade, b) mudanças e c) adaptação¹⁸². Sendo assim, se do ponto de vista do capitalismo isso significa, basicamente, a capacidade de transformar tudo em *commodity*, em relação à propriedade intelectual, isso representa, igualmente, a ampliação do espectro de monetização do conhecimento e de sua difusão. Segundo Braudel, três são as condições essenciais ao capitalismo: a) mercado vigoroso e continuamente expansivo; b) ambiente social favorável; c) economia mundial de longa distância (sob a divisão internacional do trabalho)¹⁸³.

A premissa que se busca explorar aqui é que essas condições exploradas pelo autor, para explicar a estrutura do capitalismo, são fundamentais para também explicar não somente a propriedade intelectual como um todo, mas, sobretudo, o seu caráter internacional e expansivo. Tais condições representam, a bem dizer, o pano de fundo conjuntural sob o qual a matéria foi se desenvolvendo em âmbito internacional. No fundo, o aceleração das

¹⁷⁸ Ibid. p. 123.

¹⁷⁹ Ibid. p. 138.

¹⁸⁰ Ibid. p. 231.

¹⁸¹ Ibid. p. 232.

¹⁸² Ibid. p. 433.

¹⁸³ BRAUDEL, Fernand. *Civilization and capitalism: the wheels of commerce (15th-18th century)*. Translation from the French by Siân Reynolds. Vol. II. London: Books Club Associates London, 1979. p. 600.

comunicações, mencionado por Carlos Villalba, acima, nada mais representa do que o próprio ímpeto expansivo do capitalismo. Essa conjuntura, aliás, é importante para compreender o próprio balanço entre os interesses econômicos do autor/inventor e da sociedade:

*In the United States, for example, the government grants rights primarily to promote the public interest, and such rights are formulated so as to balance in some manner the economic benefits to the inventor and to society at large. Thus, it will be appreciated that the center of gravity of this balance may shift with changes in the state of the technology, the market, or social values*¹⁸⁴.

Existe uma direta interdependência desses fatores em relação à formação do paradigma internacional da propriedade intelectual, fatores esses que possuem cariz eminentemente internacional, em especial quando se assume que “*the predominant forces that have shaped the law are economic*”¹⁸⁵. O desenvolvimento do acordo TRIPS (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*), já no fim do século XX, representa apenas a “soldagem” formal dos direitos de propriedade intelectual em relação ao comércio. Contudo, tais conexões já vinham de longa data: “*although the TRIPs agreement has put a spotlight on the relationship between copyright and trade, the connection between copyright and trade measures in fact dates at least to the mid-nineteenth century*”¹⁸⁶. Tullio Ascarelli, nesse sentido, adverte:

*Como ya hemos recordado la característica más evidente de nuestra época, efectivamente carente de antecedentes históricos, está constituida por la producción industrial en masa, vinculada a una profunda modificación en la que llamaremos estructura interna de organización económica; por otro lado a la relevancia y el alcance de la concurrencia, a la importancia asumida por ésta y a la vez a los elementos monopolísticos que como consecuencia del desarrollo de una producción industrial en masa (y basta a tal respecto pensar con los costes decrecientes a la que ésta puede dar lugar, adquieren importancia en el sistema).*¹⁸⁷

¹⁸⁴ WALLERSTEIN, Mitchel B.; Ellen; MOGEE, Mary Ellen; SCHOEN. *Global dimensions of Intellectual Property Rights: in science and technology*. Washington D. C.: Academy Press, 1993. p. v, preface.

¹⁸⁵ GOLDSTEIN, Paul. *International Copyright: principle, law and practice*. 3. ed. Oxford/New York: Oxford University Press, 2013. p. ix.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 14.

¹⁸⁷ ASCARELLI, Tullio. *Teoria de La Concurrencia y de los Bienes Inmateriales*. Barcelona: Ed. Bosh, 1970.

O autor italiano, assim, enxerga estrita conexão entre tais direitos com a produção industrial de massa¹⁸⁸, desenvolvida, como todos nós já sabemos, como forma de padronizar os bens de consumo de modo a facilitar a distribuição em escala. Essa escala, que do final do século XIX até o fim do século XX atingiu o espectro global, exigiu, do ponto de vista da regulação dos direitos de propriedade intelectual algo que tivesse o condão de cobrir a largura desse espectro, o que não poderia deixar de ser em âmbito internacional.

A formação do Sistema Moderno Mundial (*The Modern World System*), apresentada de forma irremediável pelo sociólogo americano Immanuel Wallerstein, representa o plano conjuntural da formação do sistema internacional da propriedade intelectual¹⁸⁹. De um ponto de vista macro, nesse sentido, existe uma inegável interferência da constituição das bases históricas da modernidade, sobretudo, em relação ao movimento de universalização do liberalismo¹⁹⁰, que possui como pilares a força do mercado, do Estado e do sistema interestado¹⁹¹, cuja identidade recai no racionalismo, na ciência e na ideia de progresso econômico¹⁹².

O avanço tecnológico, agora unido ao desenvolvimento capitalista, transformou-se em ferramenta de aperfeiçoamento contínuo em prol da otimização dos processos de produção e distribuição de bens de consumo. A enorme difusão das obras do espírito e da vulgarização dos novos meios de comunicação e de expressão, em decorrência dos processos inventivos modernos, acarretou a multiplicação das violações às obras e, de uma perspectiva continental, dos interesses íntimos e pessoais do autor. Na medida em que os privilégios patrimoniais deixavam de ser absolutos em razão da conjuntura política, cultural e social, a necessidade de

¹⁸⁸ Ibid., p. 55.

¹⁸⁹ “Apesar de as criações intelectuais existirem já na era pré-industrial, o sistema de propriedade intelectual não foi estabelecido até o advento da revolução industrial. No período entre os séculos XVII e XVIII houve uma evolução da estrutura econômica, um crescimento substantivo do mercado consumidor, e um tremendo aumento do produto social, fenômenos estes que ocorreram nos principais países industrializados, resultando não apenas nas pressões competitivas domésticas, mas em pressões internacionais que levaram a uma maior demanda por inovação. Finalmente, esses fatores sociais e econômicos contribuíram para a constituição de um sistema internacional de propriedade intelectual”. (POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. *Direito Internacional da Propriedade Intelectual – Fundamentos, princípios e desafios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 68).

¹⁹⁰ WALLERSTEIN, Immanuel. *The modern world-system IV: Centrist Liberalism Triumphant, 1789-1914*. California: University of California Press, 2011. p. 5.

¹⁹¹ Ibid., p. 111.

¹⁹² Ibid., p. 138.

uma espécie de “pacto” internacional de tutela autônoma aos interesses pessoais do autor se mostrava cada vez mais proeminente¹⁹³.

1.4.1 As Convenções de Berna e de Paris

O desenvolvimento das Convenções de Berna (1886) e Paris (1883) reflete menos um projeto estruturado em prol da propriedade intelectual, e mais o resultado da conjugação de fatores que levaram à necessidade do estabelecimento de um sistema de direitos que tivesse a pretensão de ser internacional, assim como o são os objetos de tutela, como vimos no tópico anterior. Observamos, assim, que não somente a natureza dos bens objetos de tutela, essencialmente transfronteiriços, foi importante para a sua internacionalização pelo direito, mas também, da conjuntura do avanço do capitalismo e da técnica no âmbito internacional, que invariavelmente necessitam de regulação como forma de buscar a estabilização do comércio internacional.

A mesma onda que deságua na formação do sistema moderno mundial, de núcleo ocidental, também recai sobre a constituição do sistema internacional da propriedade intelectual. O aspecto quantitativo, ou seja, a simples largura do espectro relativo às relações sociais e econômicas, foi fundamental para a formação do sistema. O direito internacional da matéria não surge nesse momento. Nasce, com as convenções, um sistema internacional integrado, ainda que originalmente dicotômico. Isso não significa, como veremos, que antes não haviam manifestações afetas diretamente entre os Estados.

O movimento de cooperação, seja a partir do multilateralismo ou bilateralismo, não se mostra, com veremos no decorrer do trabalho, como sendo uniforme. Analisaremos, por outro lado, que os contextos transcendem a propriedade intelectual, nela interferindo e moldando a sua estrutura. O estabelecimento das convenções de Berna e de Paris, não obstante terem sido movimentos importantes no tocante ao desenvolvimento do sistema internacional, com o objetivo legítimo da estruturação ampla desse direito, posto que o contexto exterior,

¹⁹³ LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Paris/Bogotá/Buenos Aires: Ediciones UNESCO, 1993. p. 642.

como vimos, no tópico anterior, ofereceu condições de possibilidade próprias que, se não viabilizaram, ao menos contribuíram positivamente.

O sistema em questão, de pronto, surge para substituir o regime de convênios bilaterais¹⁹⁴ de reciprocidade¹⁹⁵, que serviram, a bem dizer, como embriões das convenções internacionais¹⁹⁶. Esse sistema, na verdade, já representava um grande avanço no campo do direito internacional¹⁹⁷, apesar de suas insuficiências, sobretudo, em relação aos países exportadores de bens culturais: “*most of these early bilateral arrangements were between net copyright importing countries. The two major copyright exporters, France and the United Kingdom, enjoyed relatively little success in securing foreign protection for works of their nationals through bilateral agreements based on reciprocity*”¹⁹⁸. O caso da Inglaterra, nesse particular, mostra-se bastante emblemático, em especial, na sua relação com os Estados Unidos:

¹⁹⁴ “A fórmula que primeiro surgiu foi a do tratado bilateral. Dois países comprometiam-se a respeitar reciprocamente as criações do outro. Surge, aqui, o princípio da outorga do tratamento nacional: cada país dava aos autores do outro país o mesmo regime de que gozavam os seus próprios autores [...]. Como era natural, estes tratados deveriam surgir primeiro entre países de língua comum, para assegurar o respeito dos direitos do autor na utilização direta das obras. Assim aconteceu no Brasil, cujo primeiro documento internacional é o acordo com Portugal de 9 de setembro de 1889. Esse acordo, mandado observar pelo Dec. n. 10.353, de 14 de setembro de 1889, determina que os autores de cada país gozassem no outro “do mesmo direito de propriedade que as leis aí vigentes concedem ou concederem aos autores nacionais”. Aqui está, pois, consagrado o princípio do tratamento nacional. (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 638).

¹⁹⁵ LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Paris/Bogotá/Buenos Aires: Ediciones UNESCO, 1993, p. 591.

¹⁹⁶ “*El sistema de convenios bilaterales de reciprocidad para la protección internacional del derecho de autor se inició con los acuerdos que Prusia y otros treinta y dos Estados germánicos celebraron entre 1827 y 1829. (...) a partir de 1840 se aseguraron ciertos derechos mínimos: traducción, representación y ejecución públicas, y se incluyeron disposiciones sobre limitaciones admitidas, obras protegidas, duración de la protección, reproducción de artículos publicados por la prensa, etcétera*”. (Ibid., p. 600).

¹⁹⁷ “*Protection of foreign works served the interests of publishers based in copy-right-importing countries no less than it served the interests of publishers based in copyright-exporting countries, particularly when protection was conditioned on local publication. The effect of unauthorized copies of foreign works—French works in Belgium, for example—was to reduce the revenues not only of the foreign authors and publishers, but of the domestic authors and publishers who had to compete with these cheap foreign copies. Consequently both groups had a substantial interest in seeing foreign works protected by copyright in the local territory (...) Most bilateral arrangements concluded during the first part of the nineteenth century rested on one or another form of reciprocity*”. (GOLDSTEIN, Paul. *Copyright’s highway: from Gutemberg to the celestial jukebox*. Stanford University Press, 2003, p. 16).

¹⁹⁸ Ibid., p. 17.

The United Kingdom, the other major copyright exporter of the nineteenth century, ultimately enjoyed substantial success in concluding bilateral treaties on the European continent, but not with the United States, the major market for unauthorized copies of English works.²⁷ The first U.S. Copyright Act²⁸ extended protection only to works of authors who were citizens or residents of the United States; by its terms, the Act was not to “be construed to extend to prohibit the importation or vending, reprinting or publishing within the United States, of any map, chart, book or books, written, printed or published by any person not a citizen of the United States, in foreign parts or places without the jurisdiction of the United States¹⁹⁹.

O reconhecimento das primeiras leis autorais não caminhou de modo paralelo com as noções de direito internacional. Conforme recorda Delia Lipszyc, a esse respeito, “*las primeras leyes sobre derecho de autor se dictaron en Europa en una época en que el reconocimiento de derechos civiles a los extranjeros era sumamente restringido*”²⁰⁰. Esse contexto apenas se modificou com o advento do sistema de reciprocidade diplomática, instaurado no art. 11 do Código Napoleônico²⁰¹.

É importante ressaltar, ainda, o caráter inédito, das convenções, em relação a sua qualidade eminentemente jurídica. Os tratados convencionais anteriores (de paz, união política, aliança, amizade, proteção, neutralidade, cessão de territórios, comércio, união aduaneira, uniões postais e telegráficas, intercâmbio de documentos oficiais, publicação de tratados internacionais, extradição etc.), representavam a instrumentalização, pelos Estados signatários, da coordenação de interesses nos campos políticos, militares, econômicos, técnicos ou administrativos²⁰². As Convenções de Berna e Paris, nesse particular, representam um movimento inédito que diz respeito, diferentemente dos outros citados, ao seu caráter estritamente jurídico²⁰³, formando, dessa maneira, uma nova categoria de convenções internacionais (aquelas relativas ao direito privado)²⁰⁴.

¹⁹⁹ GOLDSTEIN, Paul. *International Copyright: principle, law and practice*. 3. ed. Oxford/New York: Oxford University Press, 2013. p. 17.

²⁰⁰ LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Paris/Bogotá/Buenos Aires: Ediciones UNESCO, 1993. p. 596.

²⁰¹ Ibid.

²⁰² BASSO, Maristela. *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2000. P. 107.

²⁰³ Ibid., p. 107.

²⁰⁴ Ibid., p. 109.

Por meio delas, segundo ensina Maristela Basso, procurou-se regulamentar: a) os conflitos de lei sobre a matéria; b) os conflitos de jurisdição; c) as condições dos estrangeiros; d) o princípio do tratamento nacional; e) a harmonização do direito privado material; f) o princípio do tratamento unionista etc.²⁰⁵. Esse movimento regulatório quanto à matéria representou o primeiro passo rumo à formação de um direito internacional privado comum, de um ponto de vista mais macro, e do sistema internacional da propriedade intelectual, em particular. Essa abertura, na realidade, representa o descolamento de um direito internacional decorrente, exclusivamente, dos atos dos Estados Soberanos, para outros sujeitos de âmbito privado. Há que se destacar, também, que ambas as convenções indicam o primeiro passo de uma tentativa de harmonização entre o direito de autor e a propriedade industrial, gerando o próprio sistema da propriedade intelectual. Segundo aponta Fabricio Polido, em menção a Schwarzenberger:

[...] a harmonização inicialmente estabelecida pelas Convenções de Paris de 1886 e de Berna de 1886 representava o modelo preferível a qualquer outro estado inevitável de anarquia no interesse da proteção mais elementar dos direitos relativos à propriedade industrial e cultural. No final do século XIX, a propriedade intelectual era concebida no Direito Internacional Público como tema de preocupação defensiva pelos Estados, orientados para a proteção de interesses morais e intelectuais marcados por uma feição geral e profundamente humana.²⁰⁶

A questão do direito privado é reforçada por Henry Jessen quando recorda, citando Stoyanovitch, que as iniciativas relativas à construção de um direito internacional do autor não se originou a partir de iniciativas dos Estados: “*L’initiative en faveur de la formation de l’Union de Berne vint non point des gouvernements mais des organisations d’auteurs elles-mêmes*”²⁰⁷. O movimento dos autores, no caso da formação da Convenção de Berna, foi decisivo, força essa que, no decorrer do século seguinte, foi sendo corroída pela participação das grandes corporações.

²⁰⁵ Ibid.

²⁰⁶ POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. *Direito Internacional da Propriedade Intelectual: fundamentos, princípios e desafios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 173.

²⁰⁷ JESSEN, Henry. *Direitos Intelectuais*. Rio de Janeiro: Edições Itaipu, 1967. p. 172.

Do ponto de vista da propriedade industrial, ou seja, das convergências das condições de possibilidade que desaguarão na formação da Convenção de Paris (1883), é importante lembrar que a representação, sob o ponto de vista do Direito Romano, daquilo que se poderia considerar produto e marca, não tinha significado comercial próprio, de ordem intangível. Ou seja, não representava um tema “apartado”, de normatização própria, senão, apenas uma forma instrumental, de importância, em relação ao direito, de ordem secundária como instrumento de distinção e individualização de produtos²⁰⁸. Não havia, em outras palavras, nenhuma reverberação relativa à intangibilidade do bem, no caso materializada pela marca, senão apenas a proteção do objeto intangível.

Como já observamos no trabalho, é na idade média que surgem os privilégios dos monarcas, não escapando as patentes, em certa medida, aquilo que já fora explicitado quanto ao cenário que dá origem ao *copyright*. Assim, a patente era concedida pelo monarca, de modo a reconhecer o direito do respectivo detentor ao monopólio de exploração do invento por um determinado prazo²⁰⁹. Aliás, como curiosidade histórica, “o privilégio mais antigo de que se tem notícia teria sido concedido em 1236, por uma autoridade municipal de Bordeaux, a certo cidadão que tecia e tingia tecidos de lã para ternos à moda flamenga, francesa e inglesa. O privilégio foi concedido com exclusividade e por quinze anos”²¹⁰.

Da mesma forma como aconteceu com o sistema de *copyright*, a Revolução Francesa também exerceu peso decisivo na configuração da propriedade industrial, e na subsequente Convenção de Paris. Assim como aconteceu no outro caso, a revolução, ao eliminar o poder arbitrário do soberano na concessão de patentes, cria um verdadeiro direito subjetivo do inventor em relação à obtenção do reconhecimento pelo seu esforço criativo²¹¹. Além disso, seus princípios também se associam de modo intuitivo aos fundamentos da

²⁰⁸ BASSO, Maristela. *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2000. p. 65.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 67.

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ BASSO, Maristela. *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2000. p. 68.

paralela revolução industrial²¹², servindo, de alguma forma, de base às invenções advindas do período, embora, como lembra Peter Drahos, no século XIX, boa parte das patentes ainda era de propriedade de indivíduos, e não de empresas (realidade predominante ao longo do século XX).²¹³ Na França, a proteção legal das marcas de indústria, comércio e serviços surge com o advento das leis de 1803 e 1857, que tratam dos registros, contrafações e penas em caso de crimes de falsificação de documentos privados²¹⁴.

A Convenção de Berna de 1886 é considerada como o tratado multilateral mais antigo, sendo destacado por De Sanctis como o ato de ordem internacional mais importante do século XIX e, por Maristela Basso, “o primeiro passo rumo à formação de um direito internacional privado comum”²¹⁵. Por isso, o caráter eminentemente internacionalista da matéria. Seus precedentes históricos de curto prazo se resumem ao Congresso de Autores e Artistas de Bruxelas, em 1858²¹⁶, à constituição da ALAI (Associação Literária Internacional) por Victor Hugo²¹⁷, em meio ao Congresso Literário Internacional²¹⁸, e a Conferência

²¹² “O grande surto industrial que caracterizou o século passado, determinando a expansão do comércio interno das nações e o incremento do comércio internacional, facilitado pela maior rapidez e segurança dos meios de transporte e comunicações, cedo levou os legisladores de vários países a se preocuparem com a condição jurídica dos estrangeiros relativa a alguns dos direitos da propriedade industrial. Datam dessa época as primeiras leis sobre patentes de invenção e marcas de fábrica e de comércio, que adotaram o princípio da assimilação dos estrangeiros aos nacionais, independentemente, ou não, de certas condições, como, por exemplo, a reciprocidade diplomática ou legislativa, a eleição de domicílio, ou a constituição de procuradores com poderes especiais de representação”. (CERQUEIRA, João da Gama. *Da Propriedade Industrial e do objeto dos direitos*. Vol.1. Lumen Iuris. 2010. p. 303).

²¹³ DRAHOS, Peter. *Information Feudalism: who owns the knowledge economy?* New York: Earthscan, 2002. p. 47.

²¹⁴ BASSO, Maristela. *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2000. p. 68.

²¹⁵ Lembra Maristela, aliás, quanto à formação do sistema internacional da propriedade intelectual no tempo que *o que as Uniões de Paris e de Berna não conseguiram ficar a cargo da OMPI e tem sido revigorado pelo TRIPS*. (Ibid. p. 25-26).

²¹⁶ “Even before the first bilateral copyright agreement in 1852, French legislators called for a universal law of copyright, invoking the familiar principle of natural right. The universalist movement evolved both in and out of France, starting with an international Congress of Authors and Artists in Brussels in 1858, attended by delegates of literary societies and universities, as well as by authors, artists, journalists, librarians, and lawyers. The movement gained momentum at an 1878 international literary congress in Paris pre-sided over by Victor Hugo. These meetings also spurred the eventual formation of the Association Littéraire et Artistique Internationale under Victor Hugo’s leadership”. (GOLDSTEIN, Paul. *International Copyright: principle, law and practice*. 3. ed. Oxford/New York: Oxford University Press, 2013. p. 19).

²¹⁷ “Victor Hugo became one of the key organizers of an authors movement for international copyright protection”. (DRAHOS, Peter. *Information Feudalism: who owns the knowledge economy?* New York: Earthscan, 2002. p. 33).

Diplomática de 1884, cujo objetivo era o de convocar as “nações civilizadas” para a discussão acerca da constituição de uma União, proposta pela ALAI²¹⁹. Maristela Basso, citando novamente Jean Foyer, recorda que foi a exposição internacional de Viena, de 1873, em referência à convenção de Paris, que desencadeou o processo: “com ela surge a consciência, na prática, do problema da necessidade de proteção dos objetos apresentados na exposição”²²⁰. Gama Cerqueira, também, nesse sentido, aduz que:

O primeiro Congresso internacional convocado para o estudo da proteção industrial reuniu-se em Viena, no ano de 1873, por iniciativa do governo da Áustria-Hungria, não chegando, porém, a nenhum resultado de ordem prática. Em 1878, por ocasião da Exposição universal, reuniu-se em Paris o segundo Congresso (Congresso de Trocadero), que se revestiu de grande importância, não só pelos temas debatidos, como também pelos seus resultados positivos, tendo sido constituída uma comissão permanente incumbida de por em prática as resoluções tomadas e de preparar o texto do anteprojeto da convenção, o qual, no ano seguinte, foi enviado a todas as nações interessadas. Em 1880, ainda em Paris, reuniu-se novamente a Conferência, de cujos trabalhos resultou um novo anteprojeto, igualmente submetido ao governo dos países participantes.²²¹

Nesse sentido, não é demais lembrar que o ato de contrafação não era novidade em meados do século XIX. Mais do que isso: havia, segundo explica Maristela Basso, uma espécie de direito de contrafação internacional, já que a prática, além de não ser reprimida, era, em algumas oportunidades, até incentivada²²². Segundo a autora: “já se falava, no âmbito interno dos Estados de contrafação, na França, nachdruck, na Alemanha, stampa alla macchia, na Itália e piracy (pirataria literária), na Inglaterra”²²³. Peter Drahos, nesse mesmo sentido, revela: “*the pirating of foreign works was, for all intents and purposes, a customary norm of the international commerce in books*”²²⁴. Esse cenário já começava a gerar posições referentes à necessidade de se desenvolver uma normatização no plano internacional. A

²¹⁸ LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Paris/Bogotá/Buenos Aires: Ediciones UNESCO, 1993. p. 617.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 619.

²²⁰ BASSO, Maristela. *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2000. p. 73.

²²¹ CERQUEIRA, João da Gama. *Da Propriedade Industrial e do objeto dos direitos*. Vol.1. Lumen Iuris. 2010. P. 304.

²²² BASSO, Maristela, 2000, op. cit. p. 86.

²²³ *Ibid.*

²²⁴ DRAHOS, Peter. *Information Feudalism: who owns the knowledge economy?* New York: Earthscan, 2002. p. 32.

mesma autora, citando Lamartine, recorda que, à época, “*tout le monde réclame un droit international nécessaire à instituer pour tous*”²²⁵.

O texto original da Ata de constituição do convênio já começava a moldar de modo mais objetivo e estruturado aquilo que viria a ser denominado como o sistema internacional da propriedade intelectual. Segundo o preâmbulo, o objetivo do documento era de buscar “proteger del modo más eficaz y uniforme posible los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas”²²⁶. A partir do tripé eficácia, uniformidade e objeto, passa-se a delimitar certas regras e princípios²²⁷ que representam os fundamentos da proteção internacional. Dentre eles, se destacam: a) o princípio do tratamento nacional (que determina que às obras unionistas deve ser conferidas o mesmo grau de proteção das nacionais); b) a definição do país de origem; c) a delimitação das obras protegidas; c) a proteção mínima; d) o direito de tradução; e) a possibilidade de reprodução por meio de periódicos; f) a presunção de autoria; g) a definição de medidas cautelares como instrumento contra as reproduções ilícitas; h) o poder de polícia; i) as regras de retroatividade;

A partir da ata originária de 1886, o convênio passou por cinco revisões (1908, 1928, 1948, 1967 e 1971) e três complementos (1896, 1914 e 1979)²²⁸. Já na revisão de 1908, é possível observar o impacto tecnológico no âmbito da convenção, quando se ampliou a proteção, por exemplo, para obras fotográficas e cinematográficas. Estas, aliás, instrumentalizaram a proposta francesa em decorrência da invenção, pelos irmãos Lumière, do cinematógrafo. As revisões posteriores seguiram a tônica da adaptação tecnológica. Segundo Marcel Plaisant, relator geral da conferência de Bruxelas (1948):

²²⁵ BASSO, Maristela, 2000, op. cit. p. 87.

²²⁶ LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Paris/Bogotá/Buenos Aires: Ediciones UNESCO, 1993, p. 623.

²²⁷ *Ibid.*, p. 621-627.

²²⁸ *Ibid.*, p. 621.

Durante los últimos veinte años hemos asistido a un desarrollo tan prodigioso de las invenciones y de los medios de difusión del pensamiento que estamos atónitos ante las revoluciones de la ciencia y las formas imprevisibles que ella puede imponer al comercio de las obras del espíritu. Al mismo tiempo, este mundo, y particularmente Europa, ha sufrido por el hecho de esta larga guerra y sus consecuencias, transformaciones políticas y sociales tan profundas que somos impotentes para concebir su imagen pasajera en una sociedad en plena evolución. Nuestra misión fue, entonces la de asegurar la protección del derecho de autor en una época en la cual el libro ha sido largamente superado por los medios de explotación electrónica y mecánica y por otros medios aún en gestación en las futuras invenciones. Esta conferencia ha sido sobre todo la de la radiodifusión, de los discos, del cine, de las pantallas artificiales o naturales. Haber acomodado el derecho de autor, esencia espiritual, a esas realidades materiales, a la vez tan pujantes y tan cambiantes, he ahí vuestra gran obra²²⁹.

É nesse momento que as normas da convenção começam a utilizar termos que permitiriam uma adaptação natural da regra aos futuros avanços tecnológicos, reconhecendo-se, de plano, e já de longa data, a incapacidade da norma de elencar, de forma exaustiva, as tecnologias que direta ou indiretamente pudessem interferir os direitos de propriedade intelectual. É possível observar esse fato no caso da cinematografia: “*las obras cinematográficas y las obtenidas por un procedimiento análogo a la cinematografía*, ou mesmo, no caso da fotografia *las obras fotográficas y las obtenidas por un procedimiento análogo a la fotografía*”²³⁰.

A formação da Convenção de Berna, em razão não somente da influência da Revolução Francesa, mas, como apontado, da própria participação ativa de autores de renome na sua constituição, talvez tenha representado o ápice de uma visão, digamos, mais romântica em relação ao direito de autor, haja vista o contexto do apogeu em relação ao desenvolvimento cultural na França²³¹. Essa visão, assim, é constituída a partir da relação próxima entre a

²²⁹ LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Paris/Bogotá/Buenos Aires: Ediciones UNESCO, 1993. p. 647.

²³⁰ Ibid.

²³¹ “Esta política da França, àquela época em pleno apogeu no seu desenvolvimento cultural, a par de atender ao natural e legítimo anseio dos homens de letras em lograr o necessário respeito e a compensação econômica para o produto de seu espírito, trouxe àquele país benefícios financeiros apreciáveis pela considerável soma de divisas que a exploração das obras protegidas (não apenas autores franceses, porém também as primeiras ou simultaneamente editadas na França) carrega anualmente os seus glichês, tornando a cultura francesa uma das suas mais constantes fontes de riqueza no último século”. (JESSEN, Henry. *Direitos Intelectuais*. Rio de Janeiro: Edições Itaipu, 1967. p. 170).

criação do espírito e a obra, num sentido mais nobre e humano. Algo que constitui, a bem dizer, um ato originário de uma espécie de cultura superior, noção substancialmente enfraquecida com a participação decisiva das grandes corporações que, de algum modo, sufocaram a figura do autor.

A configuração do sistema internacional, a partir das Convenções de Berna e de Paris, não obstante ainda deterem importância nos dias atuais, desenvolveu-se, originariamente, num cenário consideravelmente diferente daquele que se apresentou ao final do século XX e início do século XXI. Talvez o ponto mais relevante a ser destacado nesse contexto é o fato de que os autores e inventores eram figuras identificáveis no processo de produção literária ou industrial, aspecto que foi sendo, aos poucos, incorporado pelas grandes corporações. Esse fato é importante, pois ajuda a explicar a configuração, como veremos no próximo tópico, dos tratados e acordos internacionais que se desenvolveram no curso do século XX.

1.4.2 OMPI, TRIPS e a globalização da Propriedade Intelectual

Analisamos no tópico anterior, ainda que brevemente, que a formação do sistema internacional da propriedade intelectual, no âmbito dos pilares das Convenções de Berna e de Paris, representou uma iniciativa de cunho jurídico, com fins de uniformização e observância dos direitos dos autores e inventores, considerados a partir de seus interesses subjetivos. Esse movimento de internacionalização da matéria, no decorrer do século XIX, refletiu condições que não se apresentaram como sendo diretamente proporcionais em relação às características que se apresentaram no curso do século XX e início do século XXI.

A “globalização” da propriedade intelectual, assim, possui origem e efeitos diversos, novamente influenciada por fatores externos. Tendemos a diferenciar, nesse contexto, o fenômeno da internacionalização da matéria, cujos delineamentos foram expostos acima, e a sua globalização, característica substancialmente mais voltada aos imperativos do mercado em nível global, especialmente no tocante a sua internalização como estratégia de negócio de empresa multinacionais de diversas indústrias: “*during the 20th century the patent*

and copyright systems were colonized by big business”²³². Os tratados e os acordos internacionais, como veremos, além de terem também se desenvolvido como forma de adaptação às novas tecnologias (voltadas ao mercado), foram diretamente influenciados pelas pressões exercidas no âmbito do mercado global e dos interesses das grandes corporações.

Vale deixar consignada a ressalva, aliás, de que não existe carga crítica quanto a esse fenômeno de globalização da matéria, ou seja, de sua relação intrínseca com as grandes corporações e com o mercado. Busca-se estabelecer, isso sim, um diagnóstico que seja minimamente preciso, conferindo-se ênfase à sua formação a partir de relações dialéticas, que se desenvolvem de forma dinâmica com o passar do tempo. A partir dessa reflexão, ademais, não se avança nessa análise, como já se deixou registrado, partindo do pressuposto de que há uma evolução natural da matéria. Há, na verdade, uma adaptação do tema a determinados interesses que, de acordo com a conjuntura macro, pode levar à formação do tema para direções completamente diferentes.

A Convenção que estabelece a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) foi concluída em Estocolmo, em 14 de julho de 1967. O seu estabelecimento se deu como forma de substituir o BIRPI (*United International Bureaux for the Protection of Intellectual Property*), não apenas para conferir uma resposta em nível global às transformações do período pós-segunda guerra mundial²³³, mas também, para instrumentalizar a necessidade de maior participação dos Estados:

*States wished to assume the position of full governing body of the Organization (WIPO), thus removing the supervisory authority of the Swiss Government, to give WIPO the same status as all the other comparable intergovernmental organizations and to pave the way for it to become a specialized agency of the United Nations system of organizations*²³⁴.

²³² DRAHOS, Peter. *Information Feudalism: who owns the knowledge economy?* New York: Earthscan, 2002. p. 47.

²³³ BASSO, Maristela. *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2000. p. 130.

²³⁴ WIPO Intellectual Property Handbook. *Policy, Law and Use*. 2. ed. Geneva: WIPO publication, n. 489, p. 4, 2004.

A organização, seguindo o movimento de criação de uma agência especializada na matéria, ganhou o *status* de agência especial das Nações Unidas, em 1974. A sua missão primordial “*is to promote through international cooperation the creation, dissemination, use and protection of works of the human mind for the economic, cultural and social progress of all mankind*”²³⁵. Embora, no início, a sua função tenha sido de servir de secretariado dos tratados acordados entre os Estados²³⁶, com o decorrer do tempo, o seu espectro de atuação aumentou consideravelmente, transformando-se num órgão de fomento mundial da matéria.

Esse aumento do espectro de atuação, de algum modo, dialoga com a própria função basilar do órgão que foi de servir de ferramenta de convergência e harmonização²³⁷ do sistema dicotômico representado pelas convenções de Berna e de Paris²³⁸: “a OMPI unifica conceitos, abolindo a tradicional divisão, existente no modelo tradicional ou histórico, que separava os direitos dos autores e dos inventores”²³⁹. Nesse sentido, como prevê o artigo 2º, viii, da organização: “*Intellectual property shall include rights relating to literary, artistic and scientific works; performances of performing artists, phonograms and broadcasts; inventions in all fields of human endeavor; scientific discoveries; industrial designs; trademarks, service marks and commercial names and designations, protection against unfair competition*”²⁴⁰.

O órgão busca administrar três grupos diferentes de tratados²⁴¹: a) aqueles que visam o estabelecimento de proteção jurídica internacional em relação aos acordos firmados entre os Estados em âmbito internacional; b) os tratados que têm como objetivo facilitar a

²³⁵ Ibid. p. 5.

²³⁶ Ibid.

²³⁷ Nesse sentido, aliás, vale frisar: “*Unification of intellectual property protection differs from harmonization not only as regards the legal status of the property titles granted supranational instead of national – but foremost as regards the breadth and depth of the exercise of Community authority. Unification cannot be had at a ‘minimum’*”. (VAVER, David Vaver. (Ed.). *Intellectual Property in the New Millennium*. Oxford: University of Oxford, 2004. p. 27).

²³⁸ “A Convenção de Estocolmo faz referência a três tipos de de Uniões: a) a União de Paris, as Uniões particulares e os acordos particulares em relação com essa União; b) a União de Berna; c) qualquer outro acordo internacional destinado a promover a proteção da propriedade intelectual, cuja administração seja assegurada pela OMPI”. (BASSO, Maristela. *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2000. p. 141).

²³⁹ Ibid. p. 130.

²⁴⁰ WIPO Intellectual Property Handbook. *Policy, Law and Use*. 2. ed. Geneva: WIPO publication, n. 489, p. 3, 2004.

²⁴¹ Ibid. p. 8.

proteção internacional, sobretudo do ponto de vista de eficiência burocrática; c) aqueles que desenvolvem sistemas de classificações e procedimentos como forma de aperfeiçoamento e atualização de seus respectivos conteúdos.

A OMPI representou, face ao modelo estabelecido pelas Uniões de Berna e de Paris, um estágio de maturidade em relação à normatização internacional da propriedade intelectual. Além de servir de órgão de apoio às Uniões existentes, gerenciando as suas atividades, o organismo também se destaca por suas atividades de fomento a temas que dizem respeito aos interesses do tema. Desde os anos 70, nesse contexto, a OMPI se mobilizou não somente para concluir novos tratados internacionais, mas também, para buscar a modernização das legislações nacionais, prestando assistência técnica aos países em desenvolvimento.²⁴² Além disso, “recolhe e divulga informações, assegura serviços facilitando a obtenção da proteção das invenções, marcas, desenhos e modelos industriais, em vários países”²⁴³.

O órgão, contudo, até o fim do século XX, representou, dentro do contexto que apresentamos entre internacionalização e globalização, um estágio de maturidade relativa à internacionalização da matéria, e não, necessariamente, a sua globalização. A sua formação, digamos (neste particular), ocorre de dentro para fora, ou seja, a partir dos fundamentos intrínsecos da matéria, como forma de estabelecer um núcleo normativo internacional que atua em observância a sua proteção e fomento internacional. A análise do tema, a partir do viés da globalização internacional, possui uma conotação diferente. O movimento, nesse sentido, é de fora para dentro. Em outras palavras, a matéria passa, com o tempo, a se transformar em objeto de interesse da própria globalização econômica. Aliás, é nesse contexto que o termo é intuitivamente associado: “[...] *globalization (which typically is associated with accepting triumphant capitalism, American style) is progress*”²⁴⁴. E, ainda com Stiglitz, “*The Uruguay Round also strengthened intellectual property rights*”.

²⁴² BASSO, Maristela. *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2000. p. 143.

²⁴³ Ibid.

²⁴⁴ STIGLITZ, Joseph. *Globalization and its discontents*. London: Allen Lane, 2002. p. 5.

O desenvolvimento da OMPI e do GATT, *Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio de 1947*, acordo destinado a estabelecer obrigações multilaterais com o fim de liberalização dos fluxos do comércio a partir da redução progressiva de tarifas aduaneiras²⁴⁵, caminhou de forma paralela. Ou seja, o GATT não continha normas atinentes aos direitos de propriedade intelectual. O cenário passa a ser modificado a partir da Rodada do Uruguai do GATT. Como bem sintetiza Fabricio Polido:

O argumento principal nas negociações da Rodada Uruguay do GATT, posteriormente, seria bem sintetizado na demanda, dos países desenvolvidos, de que o sistema internacional da propriedade intelectual então vigente era destituído de mecanismos efetivos de proteção dos direitos e que esse déficit de proteção se agravava pela ausência de um sistema de solução de controvérsias vinculante ou dotado de objetividade.²⁴⁶

O desenvolvimento da Rodada do Uruguai teve grande viés político-econômico, característica essa longe de ser inédita no desenvolvimento da matéria, sobretudo, no contexto internacional: “*although the TRIPs Agreement has put a spotlight on the relationship between copyright and trade, the connection between copyright and trade measures in fact dates at least to the mid-nineteenth century*”²⁴⁷. Da mesma forma que a Inglaterra, no século XIX, buscava instrumentalizar os seus interesses pela legitimação do direito (de propriedade intelectual), como forma de mitigar a pirataria de suas obras além de suas fronteiras, principalmente nos Estados Unidos, o contexto histórico do século XX, nesse aspecto, não foi muito diferente, excetuando o fato de que os Estados Unidos passaram da posição defensiva para ofensiva²⁴⁸.

²⁴⁵ POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. *Direito Internacional da Propriedade Intelectual: fundamentos, princípios e desafios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 30.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 35.

²⁴⁷ GOLDSTEIN, Paul. *International Copyright: principle, law and practice*. 3. ed. Oxford/New York: Oxford University Press, 2013. p. 35.

²⁴⁸ “[...] A former registrar of copyrights, Barbara Ringer, had argued that until World War II, the US approach to international copyright “was marked by intellectual sightedness, political isolationism, and narrow economic self-interest. After World War II, the principal criticism of the US became its lack of membership of the higher-standart Bern Convention. It had joined the Universal Copyright Convention in 1955, a convention it had played a major role in creating. The Berne Convention was, as we saw in Chapter 5, very much a copyright owners’ values. In fact, from a social welfare point of view one could easily construct a good defense of US copyright law. For example, US law was more or less distinctive in its insistence that as a condition of copyright protection a work carry a copyright notice. Under the Berne system states were obliged not to make copyright protection

Do ponto de vista dos países em desenvolvimento, desde a década de 1970, o sistema erigido pelas Convenções de Paris e Berna privilegiava os interesses dos países desenvolvidos, permitindo considerável liberdade para que esses países contribuíssem para a elaboração de normas favoráveis às suas respectivas políticas industriais e tecnológicas.²⁴⁹ Em contrapartida, a posição agora ofensiva²⁵⁰ dos Estados Unidos buscava, com o GATT, reforçar a sua posição de exportador de bens protegidos por propriedade intelectual: “*the key imperative of the Uruguay Round of trade negotiations became for the US a globally enforceable agreement on intellectual property*”²⁵¹.

Essa posição ofensiva, aliás, já vinha sendo construída com contundência no âmbito da normatização interna dos Estados Unidos quando, em 1984, foram introduzidas emendas à seção 301 do *Trade and Tariff Act* de 1974. Tais emendas permitiram ao presidente viabilizar as medidas necessárias com o fim de eliminação de práticas de comércio injustificadas e desarrazoadas, sobretudo, introduzindo uma abordagem à propriedade intelectual baseada na sua relação próxima com comércio internacional, com ênfase na sua proteção.²⁵² A seção 301, assim, representa um marco na matéria não apenas por representar uma conexão próxima do tema com o comércio internacional, mas também, por reproduzir um comportamento ofensivo do governo americano em relação à proteção dos bens de suas empresas, valendo-se de seu poder de barganha no cenário do comércio internacional (em especial nas negociações bilaterais), contexto esse que refletiu de modo direto o desenvolvimento futuro do TRIPS.

depend on such formalities. Copyright notices and registration requirements are useful because they alert third parties to the presence of a property right, help users to determine who are the owners of the copyright and provide clarity about what is and is not in the public domain”. (DRAHOS, Peter. *Information Feudalism: who owns the knowledge economy?* New York: Earthscan, 2002, p. 129-130).

²⁴⁹ POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. *Direito Internacional da Propriedade Intelectual: fundamentos, princípios e desafios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 54.

²⁵⁰ “[...] a insuficiência de proteção nos países em desenvolvimento – i.e, segundo o discurso à época, que não ofereceriam proteção adequada aos autores, inventores e detentores de marcas estrangeiras, levaria a prejuízos substanciais quanto aos fluxos de investimentos, pagamento de remuneração pelo uso de invenções e criações e estratégias de imitação e free riding”. (Ibid., p. 46).

²⁵¹ DRAHOS, Peter. *Information Feudalism: who owns the knowledge economy?* New York: Earthscan, 2002. p. 37.

²⁵² MATTHEWS, Duncan. *Globalising Intellectual Property rights: the TRIPs agreement*. London: Routledge, 2003. p. 15.

O GATT, ao fim e ao cabo, representou uma iniciativa que buscou a redução das tarifas de importação, sustentado pelo princípio de que os países não poderiam tratar os produtos importados de forma desfavorável em vista daqueles produzidos em território nacional. Com isso, a intenção primordial sempre foi de permitir o livre fluxo de mercadorias entre os países. Os direitos de propriedade intelectual, segundo Peter Drahos, “*did not fit well into this framework, because at its heart it was about rules that conferred opportunities for monopolies, the very kind of the GATT regime was designed to reduce*”²⁵³ Nesse contexto, aliás, a própria indústria de Hollywood não enxergava com bons olhos a tendência, no contexto da Convenção de Berna, de fortalecimento dos direitos morais de autor²⁵⁴.

Os Estados Unidos, dessa forma, lideraram a primeira linha de argumentação em relação à inclusão do tema da propriedade intelectual no contexto da Rodada do Uruguai (a partir de 1986). O principal argumento, endossado pelas associações da indústria de conteúdo e por empresas multinacionais (cinema, indústria farmacêutica, empresas de software etc.), foi de que a propriedade intelectual representava, quase que de forma natural, instrumento indutor de inovação e investimento nos mercados, independentemente do grau de desenvolvimento do país²⁵⁵. A estratégia americana foi de investir na noção de que tal regulamentação traria benefícios equitativos ao mercado global, abarcando todos os países membros.

A segunda linha de argumentação, capitaneada pelos países em desenvolvimento, destacou a assimetria entre eles e os países desenvolvidos, contrapondo a visão exposta pelos Estados Unidos de igualdade de condições. Assim, apesar do reconhecimento acerca da importância dos direitos de propriedade intelectual, em si, os países em desenvolvimento tendiam a defender uma estrutura de direitos focada nas flexibilizações que tivessem o condão de trazer maior equilíbrio no palco do mercado global. Segundo Fabricio Polido, nesse sentido:

²⁵³ DRAHOS, Peter, 2002, op. cit., p. 84.

²⁵⁴ Ibid., p. 132.

²⁵⁵ POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. *Direito Internacional da Propriedade Intelectual: fundamentos, princípios e desafios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 42.

Sem deixar de reconhecer a importância da proteção à propriedade intelectual, o objetivo das negociações foi o de reforçar a tese da disseminação de tecnologias mediante instrumentos formais e informais de transferência, tais como investimentos estrangeiros, contratos de licenciamento e know-how e negócios de subcontratação. Segundo essa visão, o crescimento da base industrial dos países ainda repousaria, essencialmente, nos fluxos de tecnologias originados do estrangeiro, com a possibilidade de aperfeiçoamento e superação da tecnologia existente, por mecanismos de inovação incremental e sequencial e engenharia reversa legítima.²⁵⁶

Um terceiro eixo de interesses foi formado pelo Japão e por países europeus, que buscaram enfatizar a necessidade de promoção da propriedade intelectual dentro do sistema multilateral, contudo, “com contrapartidas para evitar abusos decorrentes do exercício de direitos de exclusividade e outras práticas resultantes em obstáculos ao comércio legítimo”²⁵⁷. Aliás, com a redução das discussões advindas dos países em desenvolvimento, o conteúdo do texto final do Acordo reduziu-se a divergências menores entre Estados Unidos, Europa e Japão, em especial em relação ao advento de novas tecnologias como os programas de computador²⁵⁸. A regulação desses bens, aliás, demonstrou a força das empresas de tecnologia na legitimação de seus interesses, nesse particular, em relação à prevalência dos direitos autorais face aos direitos de propriedade industrial²⁵⁹.

²⁵⁶ Ibid., p. 42-43.

²⁵⁷ Ibid., p. 43.

²⁵⁸ MATTHEWS, Duncan. *Globalising Intellectual Property rights: the TRIPs agreement*. London: Routledge, 2003. p. 33, 42. “The content of the final text of the Agreement then became much more an issue of discussion of detail between the triumvirate of the United States, Europe and Japan. These developed countries converged towards a consensus that the TRIPs Agreement ought to incorporate the Paris and Berne conventions, apply Berne rules to computer programs by defining them as literary works and go beyond the two conventions to establish minimum standards (see also Ryan 1998:109) [...]. In the final stages of negotiations for the TRIPs Agreement, the focus shifted (Stewart 1993: 2287), with less emphasis on dealing with the concerns of developing countries and more time spent dealing with cracks that were beginning to appear in the US – Europe – Japan alliance that had brought the idea of a TRIPs Agreement so close to fruition. In particular, there were still differences outstanding between the United States and Japan on rental rights for copyright works, between the United States and the European Communities on geographical indications for wines and spirits, and between the United States and the European Communities on French video levies for the movie industry”.

²⁵⁹ “Computer programs were initially thought to be better suited for protection as industrial property than for protection as literary property, and in 1977 the World Intellectual Property Organization promulgated a set of sui generis “Model Provisions for the Protection of Computer Software.” By the early 1990s, however, many Berne Union members, including many of the more economically significant countries, had brought computer programs under their copyright legislation. The consensus of the E.C. Software Directive, the TRIPs Agreement, and the WIPO Copyright Treaty that computer programs are to be protected as “literary works” within the meaning of the Berne Convention has today effectively concluded the question of the copyrightability of

A estratégia desenvolvida pelo mercado, capitaneada pelas empresas multinacionais americanas, foi bem-sucedida no âmbito do TRIPS. Ao final, muitas das reivindicações foram atendidas em matérias sensíveis aos seus interesses, tais como: a) o princípio do tratamento nacional; b) prazo de duração das patentes; c) restrições às licenças compulsórias; d) reversão do ônus da prova nos casos de violação de patente de processo; entre outras²⁶⁰.

O Acordo TRIPS, além de representar uma espécie de atualização do sistema de Convenções administrado pela OMPI, inovou ao tornar mais rígidas, em nível internacional, a normatização relativa à propriedade intelectual, em especial no que diz respeito ao caráter vinculante dos estandartes mínimos²⁶¹ estipulados no Acordo, além dos mecanismos de *enforcement* internacional. Estes, aliás, foram um dos grandes impulsionadores para a consecução do Acordo²⁶². A transparência dos arranjos negociais, assim como o procedimento de resolução de conflitos no âmbito da OMC igualmente, contribuíram para alargar o espectro de influência da matéria em comparação ao sistema da OMPI²⁶³.

Não obstante as derrotas dos países em desenvolvimento na articulação e legitimação dos seus interesses no texto final do Acordo TRIPs, além dos altos custos de conformidade, a doutrina identifica alguns dos benefícios. O primeiro deles diz respeito à

computer programs as a matter of international law". (GOLDSTEIN, Paul. *International Copyright: principle, law and practice*. 3. ed. Oxford/New York: Oxford University Press, 2013. p. 78).

²⁶⁰ MATTHEWS, Duncan. *Globalising Intellectual Property rights: the TRIPs agreement*. London: Routledge, 2003. p. 45.

²⁶¹ A chamada harmonização, frise-se, faz eco apenas no que diz respeito ao respeito do " piso normativo " em relação à propriedade intelectual, e não à uma espécie de direito universal: "*Contemporary trends toward harmonization, most notably in the copyright and neighboring rights provisions of the TRIPs Agreement, should not, however, be mistaken for a trend toward a universal copyright. Harmonization under the TRIPs Agreement, as under the Berne Convention and the WIPO Copyright and Performances and Phonograms Treaties, requires member countries only to comply with minimum standards*". (GOLDSTEIN, Paul, 2013, op. cit., p. 62).

²⁶² "*The need to achieve effective international enforcement of intellectual property rights was a key driving force behind the developed countries initiative for a TRIPs Agreement capable of overcoming the shortfalls of the earlier WIPO conventions (see also Worthy 1994: 197)*. Vale ressaltar, aliás, que foi justamente a falta de mecanismos de *enforcement* mais efetivos que desencadearam as críticas contra o sistema Paris-Berna pelos países desenvolvidos: *Given that the failure of the Paris and Berne conventions was largely attributed to the absence of effective mechanisms to enforce WIPO-administered treaties (see also Henderson 1997: 652), developed countries articulated the concerns of corporate interests by insisting from the outset that the TRIPs Agreement must contain enforcement provisions within the overall framework of the GATT*". (MATTHEWS, Duncan. *Globalising Intellectual Property Rights: The Trips Agreement*. London: Routledge, 2002. p. 65-66).

²⁶³ *Ibid.*, p. 46.

construção de um cenário mais favorável para os investimentos das empresas multinacionais. A partir da percepção de que seus bens imateriais seriam protegidos nos países em desenvolvimento, ou que ao menos teriam à disposição ferramentas jurídicas capazes de viabilizar procedimentos de *enforcement*, as empresas passaram a aumentar as taxas de investimento externo direto (*foreign direct investment – FDI*). Em segundo lugar, partindo da mesma premissa de ambiente mais seguro para investimento, as empresas igualmente se sentiram mais confortáveis na transferência e licenciamento tecnológico, permitindo o acesso de *know-how* estrangeiro nos países em desenvolvimento. Em terceiro, apesar da difícil aferição na prática, argumenta-se, aliás, de forma corriqueira, acerca da contribuição da propriedade intelectual no aumento da taxa de inovação em nível doméstico. Por último, o Acordo TRIPS, em tese, enfraqueceria o movimento desbalanceado dos acordos bilaterais levados a efeitos pelos Estados Unidos, e de suas respectivas sanções, sobretudo pela existência do órgão de resolução de conflitos da OMC²⁶⁴.

1.4.3 O cenário pós-TRIPS

Logicamente não existe um ponto final no desenrolar das controvérsias relativas à propriedade intelectual. O TRIPS e sua pretensa globalização da matéria, acompanhada da observância dos interesses das grandes potências, da inclusão do tema no âmbito do comércio internacional e do estabelecimento do *enforcement* internacional não cessaram o jogo de interesses que unem a propriedade intelectual à economia global. Após toda a negociação do TRIPS e de sua formalização, em meados dos anos 90, duas questões principais se destacam para explicar, em linhas gerais, os acontecimentos dos momentos posteriores: a) a perpetuação das negociações relativamente descalibradas entre os países desenvolvidos com os países em desenvolvimento, por meio, ainda, de acordos bilaterais; b) o recrudescimento dos direitos de propriedade intelectual frente aos novos avanços tecnológicos, sobretudo em relação ao desenvolvimento da *internet* e dos suportes digitais.

²⁶⁴ MATTHEWS, Duncan. *Globalising Intellectual Property Rights: The Trips Agreement*. London: Routledge, 2002. p. 108-109.

O TRIPs, objetivamente, não funcionou como ápice em relação à tendência expansionista da propriedade intelectual. Tal movimento seguiu o seu curso a partir daquilo que a professora Maristela Basso designa como sendo uma espécie de “novo bilateralismo”. A partir dele ainda se observa, de forma contumaz, a influência do poder de barganha comercial entre os países desenvolvidos frente aos países em desenvolvimento, instrumentalizado a partir de acordos internacionais bilaterais que são negociados tendo-se como condição o estabelecimento de níveis ainda mais elevados de proteção dos direitos de propriedade intelectual:

frente a realidade perversa de que para obter ajuda econômica os países em desenvolvimento devem prover seus ordenamentos internos com níveis maiores de proteção aos investidores estrangeiros, passaram a proliferar acordos de livre comércio bilaterais e regionais (FTAs), assim como acordos bilaterais de investimentos (BITs) entre países desenvolvidos e em desenvolvimento.²⁶⁵

Por meio desses acordos, dessa maneira, os países desenvolvidos permaneceram impondo, ao arripio das tratativas desenvolvidas no âmbito do TRIPs, cuja pretensão era, justamente, de privilegiar o multilateralismo, novas obrigações relativas aos direitos de propriedade intelectual como condição fundamental à conclusão das negociações, naquilo que a doutrina denominou como *TRIPs-Plus*, ou seja, um conjunto de normatizações referentes ao tema que, a partir dos acordos citados, buscam elevar os padrões mínimos estabelecidos pelo Acordo TRIPs²⁶⁶. Tal bilateralismo pós-TRIPs, portanto, ao invés de se valer da estrutura OMC-OMPI para desenvolver novas negociações que, direta ou indiretamente, influenciam direitos de propriedade intelectual, privilegia caminhos alternativos que buscam seguir com a tendência expansionista desses direitos.

O aspecto central, e surpreendente até certo ponto, é que, como observamos no tópico anterior, as negociações que resultaram no TRIPs já levaram em consideração um padrão de proteção relativamente alto, sobretudo em relação aos países em desenvolvimento, motivo pelo qual esse novo bilateralismo, em um primeiro momento, careceria de sustentação:

²⁶⁵ BASSO, Maristela. *Propriedade Intelectual na Era Pós-OMC*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2005. p. 11.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 12.

*“The TRIPs already imposes minimum, relatively high, standards for IPRs on all WTO Members. But the TRIPs Agreement is not the end of the story. It appears to be just one step in the consolidation of the international trends of the intellectual property system led by developed countries, to raise TRIPs minimum standards”*²⁶⁷.

Os padrões TRIPs-Plus, assim, instrumentalizam não somente a criação de categorias que ampliam os direitos de propriedade intelectual²⁶⁸, como prazos de proteção mais estendidos e inclusão de novos direitos, mas, igualmente, como bem observa Fabricio Polido, caminham para a “redução do alcance das flexibilidades estabelecidas pelo Acordo, em particular as normas relativas à exaustão internacional, redução do escopo de proteção conferida aos titulares e das limitações e exceções aos direitos de propriedade intelectual”²⁶⁹. Esse movimento atende, primordialmente, aos comandos de política externa dos Estados Unidos em relação ao comércio internacional²⁷⁰, fundamentado na ideia de proporcionalidade

²⁶⁷ VIVAS-EUGUI, David. *Regional and Bilateral Agreements and a Trips-plus word: the Free Trade Area of the Americas (FTAA)*. Geneva, s.d. p. 1. Disponível em: <https://quno.org/sites/default/files/resources/FTAs-TRIPS-plus-English.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2019.

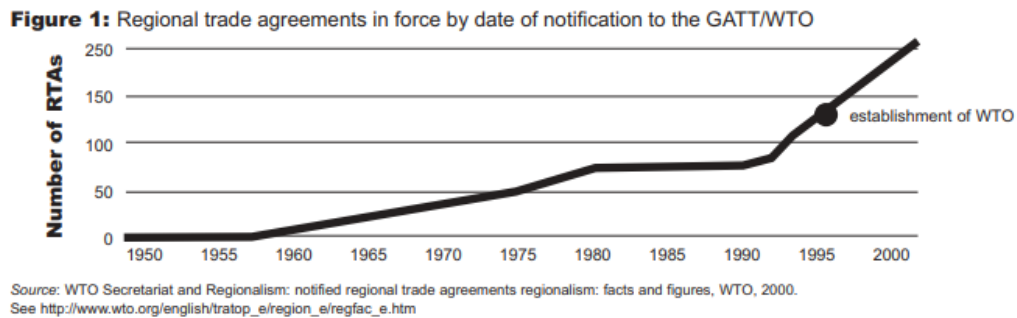
²⁶⁸ “In principle, TRIPs-plus refers to commitments that go beyond what is already included or consolidated in the TRIPs Agreement. TRIPs-plus agreements or commitments can imply: • Inclusion of a new area of IPRs (e.g. protection of nonoriginal databases); • Implementation of a more extensive standard (e.g. extend the period of protection from 10 to 15 years in the case of trademarks or in copyright the calculation of protection terms based on the life of the author plus 95 years); and, • Elimination of an option for Members under the TRIPs Agreement (e.g. an obligation to protect plant varieties “only” by the International Union for the Protection of New Varieties of Plants (UPOV) system 1978/91)”. (Ibid., p. 4).

²⁶⁹ POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. *Direito Internacional da Propriedade Intelectual: fundamentos, princípios e desafios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 42-43.

²⁷⁰ “The public law on the Trade Promotion Authority of the USA regarding IPRs states that: The principal negotiating objectives of the United States regarding trade-related intellectual property are: • to further promote adequate and effective protection of intellectual property rights, including through— (i)(I) ensuring accelerated and full implementation of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights referred to in section 101(d)(15) of the Uruguay Round Agreements Act (19 U.S.C. 3511(d)(15)), particularly with respect to meeting enforcement obligations under that agreement; and (II) ensuring that the provisions of any multilateral or bilateral trade agreement governing intellectual property rights that is entered into by the United States reflect a standard of protection similar to that found in United States law; (ii) providing strong protection for new and emerging technologies and new methods of transmitting and distributing products embodying intellectual property; (iii) preventing or eliminating discrimination with respect to matters affecting the availability, acquisition, scope, maintenance, use, and enforcement of intellectual property rights; (iv) ensuring that standards of protection and enforcement keep pace with technological developments, and in particular ensuring that rightholders have the legal and technological means to control the use of their works through the Internet and other global communication media, and to prevent the unauthorized use of their works; and (v) providing strong enforcement of intellectual property rights, including through accessible, expeditious, and effective civil, administrative, and criminal enforcement mechanisms; • to secure fair, equitable, and non-discriminatory market access opportunities for United States persons that rely upon intellectual property protection; and • to respect the Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health, adopted by the World Trade Organization at the Fourth Ministerial Conference at Doha, Qatar on November 14, 2001”. (VIVAS-EUGUI, David. *Regional and Bilateral*

entre a rigidez dos direitos de proteção da propriedade intelectual com a atração de investimentos e geração de inovação. Maristela Basso, contudo, questiona tal premissa: “Não há nenhuma evidência de que a adoção de padrões rígidos de proteção dos direitos de propriedade intelectual tem efeitos mensuráveis na inovação doméstica dos países em desenvolvimento”²⁷¹.

Na realidade, conforme demonstra o gráfico abaixo²⁷², seria até equivocado designar esse contexto como “novo” bilateralismo. A tendência dos acordos regionais já vinha numa linha crescente antes da estrutura OMC/TRIPs e apenas continuou o seu curso no momento posterior, o que indica, na verdade, a ainda frágil estrutura do multilateralismo no contexto do comércio global, que acoplou os direitos de propriedade intelectual, sendo eles, agora, sensíveis a tais movimentos que se fazem no plano macro.



A propriedade intelectual, assim, ao se fundir ao contexto macro do comércio internacional, fica vulnerável aos seus movimentos de expansão e contração. Para que fique claro: a discussão sobre o (“novo”) bilateralismo e multilateralismo possui um espectro que supera as questões específicas da propriedade intelectual, sendo mais um tema de comércio internacional, direito internacional, desenvolvimento etc., do que propriamente uma questão com especificidades únicas ao tema. Ele é apenas mais um dos elementos que são

Agreements and a Trips-plus word: the Free Trade Area of the Americas (FTAA). Geneva, s.d. p. 4. Disponível em: <https://quino.org/sites/default/files/resources/FTAs-TRIPS-plus-English.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2019).

²⁷¹ BASSO, Maristela. *Propriedade Intelectual na Era Pós-OMC*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2005. p. 97.

²⁷² VIVAS-EUGUI, David. *Regional and Bilateral Agreements and a Trips-plus word: the Free Trade Area of the Americas (FTAA)*. Geneva, s.d. p. 1. Disponível em: <https://quino.org/sites/default/files/resources/FTAs-TRIPS-plus-English.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2019.

considerados nesse plano mais abrangente, sobretudo após a sua inclusão formal nesse palco por meio do TRIPs. Nesse sentido, em relação ao plano macro, esse parece ser o cenário:

*Multilateralism is under threat. In recent years, the inability of WTO members to conclude the Doha Round has led many to question the effectiveness of one of the major pillars of global governance and the commitment of governments to the multilateral trade order. Matters were compounded in 2016 by the election of a US president who espouses a strong preference for bilateral trade agreements and questions the benefits of multilateral cooperation, and the referendum in the UK in favor of Brexit.*²⁷³

Em meio a esse cenário, ainda houve a expansão da rede mundial de computadores, cuja temática logo foi inserida no contexto dos acordos regionais. Nesse contexto, com a aprovação da lei americana do *Digital Millennium Copyright Act* de 1998, que, basicamente, estipulou a estrutura de *enforcement* sobre os direitos de propriedade intelectual no ambiente digital, criando termos até então inéditos nesse campo, como o *Technological Protection Measures* (TPMs) e *Digital Rights Management* (DRMs), ela serviu de instrumento base aos capítulos sobre propriedade intelectual nas minutas de acordo. A lei, na verdade, além de aumentar as penalidades relativas às infrações de *copyright* na *internet*, buscou coibir, a partir da criminalização, as condutas de qualquer ato que burle as medidas de caráter tecnológico estabelecidas como forma de evitar a disseminação dos conteúdos no ambiente digital.

O acordo de livre comércio entre Chile e Estados Unidos foi um dos primeiros a internalizar tal regulamento no seu conteúdo. Conforme consta no artigo 17.7.5 do acordo, as partes comprometem-se a resguardar a proteção das medidas de caráter tecnológico referentes a trabalhos protegidos, performance ou fonogramas, sob pena de serem os infratores criminalmente responsáveis²⁷⁴. Tais terminologias foram diretamente importadas ao Acordo

²⁷³ BRAGA, Carlos Primo; HOEKMAN, Bernard. *The future of the Global Trade Order*. 2. ed. Lausanne: European University Institute, 2017. p. x.

²⁷⁴ “Provide that any person who knowingly circumvents without authorization of the right holder or law consistent with this Agreement any effective technological measure that controls access to a protected work, performance, or phonogram shall be civilly liable and, in appropriate circumstances, shall be criminally liable, or said conduct shall be considered an aggravating circumstance of another offence. No Party is required to impose civil or criminal liability for a person who circumvents any effective technological measure that protects any of the exclusive rights of copyright or related rights in a protected work, but does not control access to such

do DMCA americano, com pouca margem para exceções, uma vez que seu conteúdo impede “*lawful uses of works, such as making a copy of a music CD to listen to it in a notebook, making a backup copy of a computer program as allowed for by Chilean and US law, or copying small parts of a movie in a DVD for purposes of teaching or criticism*”²⁷⁵.

Paralelamente ao cenário de perpetuação do embate negocial entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento, o período pós-Rodada do Uruguai também testemunhou uma redefinição do papel da OMPI. Na atual conjuntura, o organismo absorveu um papel de espécie de mediador em relação a algumas das tensões internacionais que acometem a propriedade intelectual, muitas vezes provisionando informação e recomendações, sobretudo, aos países em desenvolvimento. A OMPI regularmente organiza *workshops* para treinar oficiais de países em desenvolvimento, em um esforço contínuo de conscientização a respeito de como tais países podem, da melhor maneira possível, atingir a conformidade relativa às obrigações internacionais²⁷⁶.

1.5 Revisão e sistematização das justificações teóricas

Até o momento, analisamos de forma detalhada a formação das condições de possibilidade que construíram os direitos de propriedade intelectual da forma como conhecemos hoje. Caminhando-se a partir de uma matriz dialética, ou seja, conferindo-se ênfase ao desenrolar histórico-factual do tema, que elimina, de plano, qualquer avaliação uniforme sobre o tema, ou até mesmo evolutiva, buscamos estabelecer certas premissas que irão possibilitar a identificação de determinados elementos que se mostram como sendo contínuos em relação às controvérsias da matéria. Dito de outra forma, é essa a *experiência* que resulta nesse direito, que, de tal modo, estabelece cada pormenor do assunto.

work”. (ROFFE, Pedro. *Bilateral agreements and a TRIPS-plus world: the Chile-USA Free Trade Agreement*, p. 33. Disponível em: <https://quino.org/sites/default/files/resources/Bilateral-Agreements-and-TRIPS-plus-English.pdf>. Acesso em: 10 maio 2019).

²⁷⁵ Além disso, “*TPMs have also been used to bar the manufacture of competing products, to suppress speech, to limit the first sale doctrine and to fragment markets through the use of regional zone codes in DVDs. Moreover, the use of TPMs restricts access to works that have already fallen in the public domain*”. (Ibid.)

²⁷⁶ MATTHEWS, Duncan. *Globalising Intellectual Property Rights: The TRIPs Agreement*. London: Routledge, 2003. p. 119-120.

Como já dissemos, a propriedade intelectual não possui aquilo que poderíamos denominar de paradigma uniforme. Não há uma estrutura nuclear, de fonte única, que explique a matéria. Muito menos uma fonte teórica exclusiva e estável. Tais direitos, mais do que outros, sobretudo em virtude de sua sensibilidade a fatores diversos (avanço tecnológico, influência econômicas, vácuos normativos etc.) formam um modelo de “paradigma fluido”, que não obstante possibilitar a identificação de certos fatores uniformes, eles estão quase que em constante ebulição atendendo a interesses dos mais diversos.

No presente tópico, buscaremos explorar alguns dos embasamentos teóricos sobre o tema, em detrimento do desenvolvimento histórico-factual (já explorado). Em outras palavras, revisaremos algumas das teorias já explicitadas no trabalho, de forma mais sistematizada, além de algumas outras, reforçando determinadas construções substantivas que pretenderam, direta ou indiretamente, explicar a natureza da propriedade intelectual. Parece-nos, na verdade, um bom momento para sistematizá-las, em especial para que, no decorrer do trabalho, tenhamos condição, quando couber, de exercitar o raciocínio crítico sobre elas, não somente no que diz respeito à própria discussão sobre o paradigma, mas de sua suposta incompatibilidade quando comparadas, para fins de sua compreensão, com o peso das crises, ao qual iremos nos deter na segunda parte do trabalho.

Buscaremos, dessa maneira, analisar brevemente tanto as premissas de base filosófica quanto as teorias jurídicas mais difundidas. No fundo, de forma direta ou indireta, ambas se encontram entrelaçadas, em especial quando se considera o direito como sendo objeto de ordem cultural que surge a partir da experiência. A divisão, na verdade, mostra-se didática e auxilia a dividir, de um lado, os fundamentos filosóficos que serviram de base de sustentação epistemológica ao tema, sob a pretensão de tentar explicar a natureza dos bens originados a partir do intelecto, de outro, a forma de como o direito buscou internalizar esses novos direitos.

Revisitar e sistematizar tais teorias são importantes porque elas, de forma estruturada ou não, consciente ou inconscientemente, penetram no estoque de conhecimento do estudioso da propriedade intelectual, muitas das vezes criando, de forma compreensiva,

corriqueiras confusões mentais. Isso porque são várias as teorias que buscam explicar a natureza do tema, muitas delas, inclusive, baseadas em interpretações extensivas, cujo objeto central não se deu por meio de reflexões diretas sobre o tema. O fato é que a busca por uma *natureza* da propriedade intelectual não é inédita e continua a desafiar alguns dos pensadores contemporâneos do tema.

Pensamos, ao fim e ao cabo, que a verdadeira natureza da propriedade intelectual é o seu caráter multifacetado, *especialmente* fundado nas crises que invariavelmente lhe acometem. A própria “sensibilidade” da matéria a fatores externos, como já apontado, torna inviável qualquer estabilização teórica. Isso não significa, evidentemente, que as teorias sejam dispensáveis. Elas apenas não têm o condão, ainda mais hoje, de explicar, de modo holístico, o desenvolvimento desse direito, sobretudo a partir de uma fonte única. A importância da análise *das* teorias, assim como do esboço histórico-factual, mostra-se como sendo fundamental, sobretudo, com o fim de problematizar o tema, e não como um leque de opções disponível ao argumento que melhor convém ao momento. A partir dessa problematização é possível identificar determinados elementos que se mostram uníssomos (e até certo ponto atemporais), como é o caso da possibilidade de reprodução em escala ou mesmo das disputas no campo econômico por controle informacional.

Nessa perspectiva, buscaremos analisar algumas das justificativas e construções filosóficas mais comuns sobre o tema como, por exemplo, a teoria do direito natural, a teoria do trabalho, a teoria da personalidade, as visões utilitaristas/econômicas, interpretações marxistas, entre outras, além das teorias jurídicas que circularam entre os direitos de propriedade e direitos pessoais. Ora o faremos identificando a própria natureza teórica, sobretudo aquelas mais difundidas (por exemplo, a teoria do trabalho de Locke); ora buscaremos fazer conexões com construções originais de determinados autores, como é o caso de Peter Drahos e suas interpretações sobre Marx, ou mesmo, a justificativa de justiça distributiva que o autor desenvolve com base nas premissas estabelecidas por John Rawls.

Não se mostra como sendo incomum, ao ponto que tais teorias penetram de forma desordenada no senso comum teórico dos estudiosos do tema, que uma ou outra sejam

lançadas muito mais de um ponto de vista argumentativo do que propriamente baseado num argumento de convicção. O que se busca dizer com isso, é que em tempos de discussões paradigmáticas sobre a propriedade intelectual, momentos que não se mostram como sendo tão raros, dependendo do interesse que está em jogo, lança-se mão de um argumento, que consciente ou inconscientemente, se sustenta em algumas dessas teorias que são difundidas no senso comum. Ou seja, se o interesse em jogo ameaça, por exemplo, o interesse coletivo de um determinado grupo de autores, a noção mais romântica sobre a autoria e a proteção do autor (de base kantiana) será invariavelmente apresentada como justificativa teórica. Se uma grande empresa tem seus direitos violados, invariavelmente lançará mão da necessidade de recuperação dos investimentos, sob pena de correr o risco de não mais poder produzir bens de valor para a sociedade, sustentando-se na fundamentação teórica de cariz utilitarista.

É como se os interessados na propriedade intelectual, compostos pelos seus mais diversos agentes (empresas, autores, acadêmicos etc.), tivessem sempre que calcar sua linha argumentativa numa base epistemológica mais ampla e, de certo ponto, nobre, partindo do pressuposto de que uma análise mais fria da propriedade intelectual (por exemplo, o simples fato de ser um direito disposto na lei e, por isso, deve ser observado) não tivesse um poder de persuasão suficiente no senso comum social.

A análise retrospectiva das teorias que justificam a propriedade intelectual, assim, é fundamental para se compreendam os diferentes pontos de partida propostos, no tempo, para explicar a natureza desse direito. Cada uma delas possui uma conjuntura social específica e a sua análise importa não somente como forma de compreender o passado, mas, mais importante, analisar até que ponto as suas respectivas transposições para o tempo atual se mostram como um movimento justificado ou até mesmo pertinente. Nesse sentido, na realidade, talvez fosse mais legítimo estabilizar, de vez, a vertente empresarial e econômica da propriedade intelectual, sem constrangimentos, sempre considerando o peso fundamental dos ciclos de crise manifestados em diferentes perspectivas.

1.5.1 Premissas filosóficas

Muitas são as construções filosóficas que tentaram explicar a natureza da propriedade intelectual. Várias delas, porém, o fizeram a partir de leituras posteriores que tentaram soldar os bens do intelecto a reflexões de outras naturezas, como por exemplo, o próprio caso da teoria do trabalho de Locke, cuja leitura, relativa à propriedade intelectual, não se originou do próprio autor, senão de leituras posteriores que adaptaram suas reflexões acerca da propriedade e sua relação intrínseca com o trabalho com os desenvolvimentos posteriores sobre a propriedade intelectual.

Acredita-se, com certa razão, que tais fundamentos filosóficos não têm o condão de explicar a complexidade da propriedade intelectual, sobretudo hoje, linha que caminhará para um certo anacronismo. Essa leitura não é de todo incoerente até porque, efetivamente, além de algumas das leituras serem, na realidade, releituras dos originais, elas foram desenvolvidas num contexto histórico bastante diverso do atual. Por outro lado, assim como muitas das bases da modernidade ainda possuem efeitos claros na sociedade como a conhecemos hoje, não seria diferente no caso das fundamentações filosóficas da propriedade intelectual. Em outras palavras, muitos dos estudos sobre o tema disseminam tais leituras como reflexão sobre sua natureza, já fazendo parte de uma espécie de senso comum teórico sobre a matéria.

Nesse sentido, por mais que seja razoável o argumento sobre a mitigação de sua importância, consideramos pertinente para a compreensão do paradigma da propriedade intelectual, senão como construções filosóficas plenamente estabelecidas, ao menos como produções linguísticas que, de certo modo, contribuem para a configuração linguística sobre o tema, sendo esse fato também importante para a constituição fática do tema. De certo modo, em razão do caráter multifacetado do assunto, também fluída é a discussão sobre a sua natureza, portanto, mesmo que não pertinente num primeiro olhar, se mostra relevante no conjunto de elementos que formam a temática.

1.5.1.1 A teoria do trabalho e da propriedade de Locke

A teoria do trabalho de Locke talvez seja umas das visões mais difundidas em relação à justificação filosófica da propriedade intelectual. De um ponto de vista mais abrangente e superficial, essa teoria sustenta que a toda pessoa pertence o fruto de seu trabalho. Ou seja, aquilo que se produz, por exemplo, na terra, pertence àquele que dela extraiu determinado bem de valor (sendo esse o contexto original objeto de reflexão de John Locke). Tal tese foi alargada para o cenário das produções do intelecto, como quem diz que pertence ao criador o resultado acabado de sua criação. Assim Locke expôs a sua noção de trabalho:

Though men as a whole own the earth and all inferior creatures, every individual man has a property in his own person (owns himself); this is something that nobody else has any right to. The labour of his body and the work of his hands, we may say, are strictly his. So when he takes something from the state that nature has provided and left it in, he mixes his labour with it, thus joining to it something that is his own; and in that way he makes it his property.²⁷⁷

Duas questões emergem como sendo fundamentais para a compreensão da questão sob esse olhar. Entendia o autor que tudo aquilo que era produzido pelo homem a ele pertencia, não tendo terceiros direitos sobre a coisa produzida, que era exclusivo de seu produtor. O foco do autor era o universo “físico”, não intelectual: “*The labour of his body and the work of his hands*. De todo modo, parte da doutrina entende ser a visão de Locke particularmente atrativa em relação à propriedade intelectual”²⁷⁸. Seja como for, um dos aspectos importantes do autor diz respeito àquilo que se denomina como o estado da natureza. Segundo o autor, havia uma espécie de estado da natureza que, ao ser transformado pelo

²⁷⁷ LOCKE, John. *Second Treatise of Government*. Prentice Hall, Library of Liberal Arts, 1952. p. 11.

²⁷⁸ Zohan Efroni, nesse sentido, cita Richard Epstein: “*Indeed, the labor theory of acquisition seems, if anything, stronger here precisely because intellectual property does not require any form of mixing with tangible forms. Rather, these types of property appear to be the result of pure labor, which the creator, therefore, cannot keep because first possession of a tangible object allows him only to protect the paper on which the draft is written, rather than the draft itself. Yet by the same token, the author has not taken anything else out of the commons and so does not run into the joint contribution objections that undermine the power of the first possession rule for tangible objects. The only function of legal intervention here is to protect that investment in labor without any expropriation*”. (EFRONI, Zohar. *Access Right: the future of digital copyright law*. Oxford: Oxford Scholarship Online, 2010. p. 98).

homem, gerava a ele o resultado dessa transformação. Essa “natureza” era conferida ao homem de plano (por Deus), noção que, de certo modo, caminha para uma concepção igualitária, sendo o resultado da sua transformação passível de direito (natural) de propriedade. O argumento, na verdade, sendo esse o pano de fundo da problemática trabalhada pelo autor, buscava enfraquecer o poder absolutista, cuja propriedade das coisas era calcada muitas vezes no poder divino²⁷⁹.

Ao expor a questão da natureza, Locke trabalha com uma noção de que a natureza foi “colocada” à disposição de todos, ou seja, estado que é apresentado como sendo comum a todos, em uma espécie de comunidade. Robert Merges, nesse sentido, esclarece: “*common ownership, in other words, is the default state; individual appropriation comes about through effort, which is required to alter the default condition*”²⁸⁰. Em suma: os recursos, para Locke, eram de natureza comum. O homem, ao ser detentor de seu próprio corpo, por extrapolação, também detinha a propriedade daquilo que produzia com ele, como resultado da transformação do recurso comum pelo trabalho. Essa era, assim, a justificativa de tal apropriação. Esse “trabalho”, aliás, analisado sob o ponto de vista da filosofia da tecnologia, poderia ser considerado como “técnica”.

Como já apontado, a produção do intelecto não foi objeto de reflexão do autor²⁸¹. Contudo, muitos dos acadêmicos da propriedade intelectual transportaram essa noção para a matéria. O professor de Berkeley, Robert Merges, é um deles. E o faz, inclusive, em contraposição a outros estudiosos do assunto.²⁸² Segundo o autor, a teoria lockeana se

²⁷⁹ “*The Two Treatises, it is well known, are an attack on absolutist monarchical government. Locke attacks a specific argument for absolutist monarchy as presented by Robert Filmer in his Patriarchal or the Natural Power of Kings (1680). Filmer had developed the idea that Adam had complete authority over the world, an authority that kings, being Adam's heirs, could claim*”. (DRAHOS, Peter. *A Philosophy of Intellectual Property*. Dartmouth: Aldershot 1996. p. 50).

²⁸⁰ MERGES, Robert. *Justifying Intellectual Property*. Harvard. Harvard University Press, 2011. p. 24.

²⁸¹ “*When he wrote on property, Locke probably did not have intellectual property in mind. It was the ownership of physical rather than abstract objects that occupied his attention*”. (DRAHOS, Peter. *A Philosophy of Intellectual Property*. Dartmouth: Aldershot 1996. p. 50).

²⁸² “*A fair number of scholars argue that the theory does not fit at all. Not me. I think Locke's theory applies equally well, if not better, to intellectual property. I will give three reasons. First, Locke's focus on appropriation from a “state of nature” fits much more accurately the usual “origin story” of our own time [...]. This thought lies behind certain statements by IP scholars that IP law creates “artificial scarcity,” a term that suggests a state of affairs where information moves from one person to another in a free and frictionless way. In such a setting,*

encaixaria de modo intuitivo à estrutura da propriedade intelectual, em especial, no que diz respeito à concepção de *state of nature*.

O argumento fundamental de Merges está centrado na equiparação do estado da natureza com o domínio público, noção essa mais afeta à propriedade intelectual. Basicamente, o domínio público representaria o contexto pelo qual o criador (autor ou inventor) apropria parte do conhecimento disponível, nele intervindo de modo a originar algo novo (ou original): “*The stock of public domain information, from which individual creators draw, fits closely with Locke’s conception of a vast realm of common resources*”²⁸³. Tem-se, nessa perspectiva, que a adição de trabalho (intelectual) teria o condão de transformar o domínio público, composto por uma espécie de caldo de conhecimento ou informação crua, ou dado de antemão, em produtos criativos únicos objeto de propriedade.

Edwin Hettinger, autor crítico das teorias mais disseminadas sobre propriedade intelectual, apresenta alguns contrapontos em relação à teoria do trabalho. O primeiro deles atua no campo do valor daquilo que foi produzido. Segundo o autor, o trabalho adicionado apenas teria o condão de gerar direito ao criador em proporção, apenas, ao trabalho que foi acrescido, e não ao valor total do produto acabado, sendo tal divisão, a propósito, difícil de medir²⁸⁴. Outro aspecto importante trazido pelo autor é que o reconhecimento do valor teria de ser proporcional ao esforço dispendido pelo criador²⁸⁵. Esforço para Hettinger, nesse sentido, significaria: “*(1) how hard someone tries to achieve a result, (2) the amount of risk voluntarily incurred in seeking this result, and (3) the degree to which moral considerations played a role in choosing the result intended*”²⁸⁶. Ou seja: os benefícios auferidos deveriam ser diretamente proporcionais à dificuldade e sacrifícios associados ao trabalho.

the imposition of IP rights, which are after all designed to exclude others from the use of information, serves only to slow down the natural fluidity of information exchange. There is much to say on this score. A thorough vetting of what nonrivalry means for IP”. (MERGES, Robert. *Justifying Intellectual Property*. Harvard. Harvard University Press, 2011. p. 32, 37).

²⁸³ MERGES, Robert. *Justifying Intellectual Property*. Harvard: Harvard University Press, 2011. p. 33.

²⁸⁴ HETTINGER, Edwin. *Justifying Intellectual Property*. *Philosophy & Public Affairs*, v. 18, n. 1, p. 37, winter 1989.

²⁸⁵ *Ibid.* p. 41-42.

²⁸⁶ *Ibid.* p. 42.

Robert Nozick, no livro, *Anarquia, Estado e Utopia*, também questiona as posições de Locke. O aspecto crucial para o autor recai muito menos na questão do esforço de trabalho, em si, e o conseqüente título de propriedade, e mais no fato de *a apropriação de um objeto impossível piorar ou não a situação de outros*. Mas o autor vai muito além, com diversos questionamentos:

Quais as fronteiras daquilo com o qual se mistura o trabalho? Se um astronauta privado desimpede um local em Marte, misturou o seu trabalho com (de modo que vem a possuir) todo o planeta, todo o universo inabitado, ou apenas uma parcela particular do terreno? Que parcela é colocada em regime de propriedade por um ato? A área mínima (possivelmente afastada) tal que um ato diminui a entropia nessa área e não alhures? [...] Se tenho uma lata de sumo de tomate e a entorno no mar de modo que as moléculas (tornada radioativas, para que eu possa confirmar isto) se misturem uniformemente no mar, será que me torno proprietário do mar por causa disso, ou será que desperdicei totalmente o meu sumo de tomate?²⁸⁷

Nozick trabalha com a ideia de proporcionalidade em relação à potencialidade do trabalho criativo piorar a situação de terceiros, mesmo sob uma condição de escassez. A apropriação do domínio público, nesse sentido, não necessariamente teria o condão de piorar a situação de terceiros sob um contexto de escassez, na medida em que a proteção da propriedade privada gere um efeito positivo na situação geral.²⁸⁸ Os autores, nesse contexto, receberiam uma proteção proporcional à quantidade de criatividade alocada a partir dos recursos informacionais disponíveis no domínio público, fazendo igualmente parte dessa relação de equilíbrio os institutos das exceções e limitações aos direitos de propriedade intelectual²⁸⁹.

A grande objeção no que diz respeito à aplicação dessa teoria em relação aos direitos de propriedade intelectual não recai apenas na dificuldade de delimitação daquilo que seja parte do domínio público e das linhas que demarcam o trabalho criativo (aspecto apontado por Nozick), mas também, na identificação do que seria o ponto ótimo relativo à proteção da propriedade intelectual e à quantidade de criatividade alocada a partir do domínio público.

²⁸⁷ NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Oxford: Oxford Blackwell, 2006. p. 219-220.

²⁸⁸ EFRONI, Zohar. *Access-Right: The future of Digital Copyright Law*. Oxford: Oxford Scholarship Online, 2010, p. 97).

²⁸⁹ *Ibid.* p. 99.

Não obstante tratem de argumentos lógicos que conferem coerência à estrutura da propriedade intelectual, eles perdem sustentação, sobretudo num contexto de mercantilização dos direitos e de sua subserviência em relação às indústrias que, muitas vezes, legitimam seu poder econômico a partir do direito.

Segundo Zohar Efroni, mesmo que, em tese, os autores, de modo geral, fossem merecedores de uma recompensa por seus trabalhos criativos, e mesmo assumindo que fosse possível medir a contribuição à sociedade, qual seria a proporção adequada entre tal contribuição e os respectivos custos sociais de propriedade? Deveria a sociedade pagar de volta exatamente o mesmo valor que foi recebido pelo autor? Como esse pagamento se traduziria em direitos de exclusivo? Como esse valor indeterminável do trabalho criativo seria distribuído entre todos os autores que tenham contribuído para a criação nos seus diferentes estágios? Qual deveria ser a força da proteção?²⁹⁰ Esses questionamentos realizados pelo autor atingem a irremediável conclusão de que a teoria do trabalho de Locke não parece oferecer respostas satisfatórias a essas e outras preocupações.

1.5.1.2 Kant, Hegel e as teorias da personalidade

As teorias da propriedade baseadas na personalidade, inspiradas principalmente por Kant e Hegel, foram desenvolvidas a partir de uma análise que conecta propriedade, autonomia e desenvolvimento pessoal dos indivíduos. Diferentemente do que propunha Locke, cuja relação do indivíduo em relação a sua criação moldava-se por meio de uma relação “fria”, apenas no sentido de verificação do título de propriedade, em relação a Kant e Hegel, há uma ligação substancialmente mais estreita entre os atos que geram direitos de propriedade e o campo subjetivo do indivíduo, conexão essa que representa, nessa perspectiva, uma própria condição de existência que segue os imperativos da vontade.

A ideia básica de Kant, sendo esse pensamento já bastante difundido no senso comum acerca da matéria, recai na noção de vontade e da autonomia do indivíduo em

²⁹⁰ EFRONI, Zohar. *Access-Right: The future of Digital Copyright Law*. Oxford: Oxford Scholarship Online, 2010. p. 105-106.

perseguir os seus passos: “*Will is that aspect of a person which decides to, and wants to, act on the world*”²⁹¹. De um ponto de vista direto da filosofia, contribui nesse particular Julián Marias: “Kant pede ao homem que seja livre, que seja autônomo, que não se deixe determinar por nenhum motivo alheio à sua vontade, que dá as leis a si mesma”²⁹². Diferentemente de Locke, Kant incluiu em seus escritos reflexões diretas sobre o direito de autor: “*Kant's specific suggestion in relation to authors was that they enjoyed rights over their work by virtue of their personality. In his words, an author's right is 'an innate right, inherent in his own person'*”²⁹³.

Sendo mais objetivo, a criatividade, para Kant, sempre envolve um ato de vontade²⁹⁴. Por se tratar, assim, da manifestação de uma vontade individual, isso por si já demandaria o respeito de terceiros. Além da autonomia (da vontade), outro conceito importante nesse contexto é a definição de possessão. Robert Merges analisa tais conceitos com o seguinte exemplo - imagine-se que Michelangelo, ao se aproximar de uma pedra de mármore, tem em mente uma escultura. Para realizar plenamente o seu processo mental criativo, no caso, a escultura sobre o mármore, ele precisaria de duas coisas fundamentais: acesso contínuo ao objeto e não interferência por terceiros²⁹⁵. Seria somente a partir da observância dessas características, que nada mais representam do que uma propriedade estável, que o autor teria a capacidade de completar a sua liberdade criativa.

Como afirmado no primeiro parágrafo, uma das diferenças fundamentais em relação a Locke diz respeito à conexão entre indivíduo e trabalho (além, é claro, do fato de Kant ter incluído o direito de autor em suas especulações). Para Kant, os direitos autorais representariam justas reivindicações, não pelo fato de ter o autor realizado esforço criativo em si (trabalho), mas para a proteção de sua própria personalidade²⁹⁶. Isso porque o trabalho criativo do autor seria, simultaneamente, não somente uma expressão de suas ideias, mas a própria expressão de sua personalidade. O argumento de Hegel, segundo aponta Peter Drahos, caminha no mesmo sentido: “*Hegel's argument, we have seen, is that private property is an*

²⁹¹ MERGES, Robert P. *Justifying Intellectual Property*. Harvard: Harvard University Press, 2011. p. 76.

²⁹² MARÍAS, Julian. *História da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 324.

²⁹³ DRAHOS, Peter. *A Philosophy of Intellectual Property*. Dartmouth: Aldershot 1996. p. 90.

²⁹⁴ MERGES, Robert P. *Justifying Intellectual Property*. Harvard: Harvard University Press, 2011. p. 80.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 73.

²⁹⁶ DRAHOS, Peter. *A Philosophy of Intellectual Property*. Dartmouth: Aldershot, 1996. p. 91.

essential part of the process in which personality realizes itself in the world”²⁹⁷. Para Hegel, aliás, a natureza do objeto (abstrato ou físico) era de menor importância para a reflexão relativa à expressão da personalidade. Ambas se mostravam igualmente importantes ao florescimento da personalidade do sujeito no mundo²⁹⁸.

Ainda com Peter Drahos, a propriedade intelectual ofereceria a possibilidade de uma virada qualitativa no seu poder de modo a estendê-lo no mundo. As ideias, o conhecimento e todas as formas de informação circulariam no mundo de uma maneira que bloqueios físicos de um pedaço de terra, por exemplo, não permitem. Nesse sentido, citando Hegel: *“By the positing of property laws in abstract objects, the personality, in Hegelian terms, gains a proprietary hold over the production and distribution of physical objects in undreamt of ways. The very act of communicating an abstract object becomes the subject of a property relation*”²⁹⁹.

Depreende-se dessa menção que os direitos de propriedade (direitos autorais) sobre a produção e distribuição de um objeto físico, que reproduz uma ideia abstrata, advêm da sua própria instrumentalização da personalidade do criador. Aliás, segundo o autor, nem mesmo o objeto físico seria necessário, uma vez que somente o ato de comunicação da ideia abstrata já seria suficiente para o surgimento de uma relação de propriedade. Para Hegel, em suma, a propriedade representaria o início de uma jornada da vontade individual, muito aos moldes de Kant, dentro de uma perspectiva de ambiente social, tendo, a propriedade intelectual, um papel igualmente importante no desenvolvimento do próprio indivíduo³⁰⁰.

Apesar de não se tratar do objeto da pesquisa a análise profunda de tais teses, alguns contrapontos podem ser facilmente identificados ao se transpor tais reflexões para a contemporaneidade. O primeiro aspecto, que iremos esmiuçar mais à frente na análise da proposta “crise sob uma perspectiva de autoria”, diz respeito ao seu conceito mais substancial. Em outras palavras, a questão central recairia sobre a pertinência ou não de ainda se falar em

²⁹⁷ Ibid., p. 91.

²⁹⁸ Ibid.

²⁹⁹ Ibid.

³⁰⁰ Ibid. p. 101.

autor, ao menos de sua noção mais rigorosa, na dita Sociedade da Informação. Talvez a questão a ser problematizada seja, na verdade, de ser o conceito de autoria da forma como o conhecemos, sobretudo do sujeito da modernidade, ser algo compatível com a realidade de hoje ou se apenas trata-se de uma visão romantizada do autor.

Outra objeção fundamental diz respeito àquilo que José de Oliveira Ascensão invariavelmente denomina como o apoderamento pela indústria dos direitos autorais³⁰¹. No momento em que o entretenimento se transforma numa verdadeira indústria, em especial a partir da comunicação de massas, o ímpeto criador, ou em termos kantianos e hegelianos, a autonomia da vontade individual tende a ser obscurecida em prol dos interesses econômicos dos conglomerados aos quais os autores fazem parte. Haveria, assim, uma diluição da liberdade de criação, que, a bem dizer, se mistura numa gama ampla de interesses que esfacelam, ao menos pressionam a esfera da vontade individual.

1.5.1.3 Fundamentos econômicos e utilitaristas

As visões de cunho econômico, e por extrapolação, utilitaristas, não poderiam ficar de fora dessa breve análise acerca das teorias mais difundidas sobre a propriedade intelectual. Talvez ela represente não somente a mais importante, ou ao menos, aquela que tenha se mostrado, com o tempo, a mais condizente com a formação da propriedade intelectual, já que no seu percurso de maturação no momento pós-prensa ela teve como pano de fundo a transição do capitalismo mercantil para o capitalismo industrial, mas também aquela que possibilite uma conexão clara, e cada vez mais potencializada, com o tempo presente.

No tópico que tratou da prensa, analisamos com detalhes o contexto (sobretudo econômico) que serviu de base para as perquirições posteriores sobre a relação entre, por

³⁰¹ “A associação cada vez mais estreita do Direito de Autor a setores muito poderosos da atividade econômica marca também profundamente a nossa época. O direito de autor nasce amparado na imagem do escritor cuja criatividade se recompensa, embora já nos primeiros tempos seja evidente a marca de atividade editorial. Hoje, porém, podemos dizer que um sistema de direito de autor eficiente é um pré-requisito para a criação de certos setores da indústria atual, entre os quais a indústria editorial”. (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 8).

exemplo, os editores e autores. O apoderamento pela indústria, mencionado acima, na verdade, não é um fenômeno inédito. Aliás, seria até defensável argumentar que nunca deixou de ser, ou até mesmo, que foi exatamente esse fato responsável pelo próprio desenvolvimento da matéria, havendo a abertura de um caminho paralelo que prestigiou a autoria em si em detrimento dos aspectos eminentemente econômicos. De todo modo, consideramos ser o aspecto econômico, desde há muito, um dos elementos estruturais dominantes do paradigma da propriedade intelectual³⁰².

Os elementos dessa corrente, assim, baseiam-se nas consequências práticas (e utilitárias) que advêm do ato da criação, nas suas mais diferentes vertentes. Os objetivos não circundam apenas na figura do autor, sendo ele apenas uma das engrenagens da produção do bem econômico. Como vimos, na corrente que privilegia o autor, cujo objetivo mais importante da criação é a instrumentalização de sua personalidade, não se confere ênfase a qualquer finalidade do ato de criar que não seja ele próprio, em si. A corrente econômica/utilitária, por seu turno, enxerga a criação como um instrumento que visa buscar objetivos econômicos mais amplos, que se inserem, ao fim e ao cabo, aos objetivos mais elementares da firma. Desse modo, busca-se a produção de bens úteis ao público, almejando-se a recuperação do investimento que, no fim, serão avaliados sob a ótica da maximização dos lucros da empresa.

³⁰² Embora exista, mesmo em território americano, quem defenda um pluralismo de fontes que tende a obscurecer a hegemônica visão a respeito do utilitarismo: *“Having been schooled largely in the law and economics tradition of U.S. IP law, I was accustomed to thinking about IP law in the familiar terms of Anglo-American empiricism and utilitarianism. I was delighted and surprised to find a rich alternative. Kant’s conceptual approach— an approach based on carefully worked out deontological truths, rather than empirical facts and social practices— provided wonderful clues and insights to many of the questions that had long bothered and perplexed me about my field. Paradoxically, I also found that this conceptual approach is enormously helpful in understanding actual institutions and social practices— that the conceptual is a great aid to understanding the practical. I slowly realized why the conventional utilitarian account of IP law had been so dissatisfying to me. What I thought was the foundation of my chosen field of study, at least in its current state, could not bear the weight I had been asking of it. Something more fundamental was needed to support the structure of the field. Kant, with his emphasis on individual autonomy and the value of each person, provided just that foundation. And Kant’s style of thought is equally important. Looking back, it should have been apparent that there would be a good match between this most conceptual of philosophers and IP law, this most conceptual of legal fields (which Joseph Story, in the early eighteenth century, famously described as “the metaphysics of the law”) [...]. The rich and robust ethical traditions of Locke, Kant, and others provide a much more solid grounding for the field, in my opinion”*. (MERGES, Robert P. *Justifying Intellectual Property*. Harvard: Harvard University Press, 2011. p. 12).

A criação intelectual apenas é levada a efeito, sob essa perspectiva, a partir do momento que ela se mostra apta a gerar benefícios econômicos às empresas: “*in a private market economy, individuals will not invest in invention or creation unless the expected return from doing so exceeds the cost of doing so – that is, unless they can reasonably expect to make a profit from the endeavor*”³⁰³. O incentivo, aqui, termo utilizado dentro do seu universo semântico econômico, refere-se aos estímulos que a respectiva estrutura empresarial possui para direcionar esforços à criação, estrutura essa que possui o autor como ferramenta, e não como fim (aliás, igualmente não poderia se falar, nessa conjuntura, de uma recompensa ao autor pelo seu trabalho criador). Além do mais, no momento em que a estrutura da propriedade intelectual passa a ser moldada a partir dos fundamentos econômicos, outros termos afetos a esse ramo, como veremos à frente em tópico próprio, se fundem ao tema criando aquilo que Richard Posner denominou como “A Estrutura Econômica da Propriedade Intelectual”. Citamos como exemplos: falha de mercado, teoria da concorrência, preços, escassez, bem público, simetria informacional etc.

A partir de uma visão cética em relação às teorias da propriedade intelectual que não sejam de cunho econômico³⁰⁴, Posner confere grande ênfase à essa relação entre a matéria e os fundamentos econômicos: “*Today it is acknowledge that analysis and evaluation of intellectual property law are appropriaty conducted within na economic framework that seeks to align that law with the dictates of economic efficiency*”³⁰⁵. Na realidade, esse movimento não é recente. Como já exposto, o desenvolvimento do tema acompanha, de forma bastante próxima, a própria expansão do sistema capitalista, transformando-se, cada vez mais, como engrenagem fundamental para fomentar a produção dos bens do intelecto.

A matéria, em outros termos, se entrelaça à lógica capitalista, adaptando os bens que busca regular pelo direito no cerne dos ciclos de escassez. O seu impulso fundamental, como já apresentava, de há muito, Joseph Schumpeter, decorre da produção incessante não

³⁰³ LEMLEY, Mark; MERGES, Robert; MENELL, Peter. *Intellectual Property in the new technological age*. 6. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2012. p. 12.

³⁰⁴ POSNER, Richard. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003. p. 5.

³⁰⁵ *Ibid.* p. 4.

somente de novos bens de consumo, mas de novos métodos de produção, novos mercados e novas formas de organização industrial, empregadas pela empresa capitalista³⁰⁶. O famoso processo de destruição criativa exposto pelo autor, “processo de mutação industrial que revoluciona incessantemente a estrutura econômica de dentro para fora, destruindo incessantemente a antiga, criando incessantemente a nova”³⁰⁷ busca atingir, ao fim e ao cabo, uma posição empresarial de monopólio³⁰⁸.

Atingir essa posição exige investimentos de alta monta, sobretudo hoje num cenário de potencialização de novas tecnologias. Recorda Schumpeter, nesse contexto, que “praticamente qualquer investimento implica, como um complemento necessário da ação empresarial, certas medidas de salvaguarda”³⁰⁹. Dentre essas medidas, o autor citava meios protetores de patentes ou segredo industrial. A base desse raciocínio, que no fim se traduz no já disseminado argumento da recuperação do investimento, se em um primeiro momento mostrava-se mais intuitivo em relação ao ramo da propriedade industrial, após o florescimento daquilo que Adorno denominou como indústria cultural³¹⁰, ele passa também a englobar os ramos dos direitos autorais ou do *copyright*. Em relação ao sistema de patentes, complementa Mark Lemley com um bom resumo, em referência ao relatório de 1966 do *President’s Commission on the Patent System*:

First, a Patent System: First, a patent system provides an incentive to invent by offering the possibility of reward to the inventor and to those who support him. This prospect encourages the expenditure of time and private risk capital in research and development efforts.

Second, and complementary to the first, a patent system stimulates the investment of additional capital needed for the further development and

³⁰⁶ SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Tradução Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961. p. 119.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 120.

³⁰⁸ Nesse sentido, afirmava Ascarelli: “*En efecto, la concentración de los derechos sobre las creaciones intelectuales en las manos de los empresarios – a la que ya nos hemos referido – puede traducirse en una acentuación del elemento monopolista propio de la disciplina cuando, de hecho, esta concentración se produzca sólo en favor de algunos empresarios, resultando los demás, de hecho, excluidos de esta posibilidad, por razón del correspondiente desarrollo técnico y financiero de la industria en los diversos países o por la prevalencia misma de algunos empresarios en algunos mercados.* (ASCARELLI, Tullio. *Teoría de La Concurrencia y de los Bienes Inmateriales*. Barcelona: Ed. Bosh, 1970. p. 282).

³⁰⁹ SCHUMPETER, Joseph Alois, 1961, op. cit., p. 120.

³¹⁰ ADORNO, Theodor. HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento*. Zahar: 1985.

marketing of the invention. In return, the patent owner is given the right, for a limited period, to exclude others from making, using, or selling the invented product or process.

Third, by affording protection, a patent system encourages early public disclosure of technological information, some of which might otherwise be kept secret. Early disclosure reduces the likelihood of duplication of effort by others and provides a basis for further advances in the technology involved.

Fourth, a patent system promotes the beneficial exchange of products, services, and technological information across national boundaries by providing protection for industrial property of foreign nations.³¹¹

Ou seja, a partir do momento em que, definitivamente, a produção de obras do espírito transforma-se em verdadeira indústria, ela começa a fazer parte da lógica acima citada por Schumpeter, transformando a recuperação do investimento, e as bases utilitarista e econômica que a acompanha, no objetivo da propriedade intelectual de um modo geral. Vale novamente frisar: essa relação, mesmo no que diz respeito aos direitos autorais e copyright, não é nova. Como lembra Lyman Ray Patterson, “*copyright was an economic property, a right which protected their investment from competitors*”³¹². Apesar da fricção, desde o tempo da prensa, entre autores e impressores, estes foram mantendo a sua posição privilegiada até o influxo da Revolução Francesa em que àqueles, detendo maior poder de barganha, fizeram com que seus interesses fossem reconhecidos de maneira mais ampla.

Os fundamentos de ordem utilitarista dominaram, assim, os impulsos relativos ao desenvolvimento da matéria como conhecemos hoje, com exceção dos movimentos autorais ocorridos na Europa sob os auspícios da Revolução Francesa, que com o tempo foram sendo (re)absorvidos pelas forças de ordem econômica. Seria um excesso alegar que a força que modela a noção de autoria seja absolutamente prescindível para as discussões contemporâneas da propriedade intelectual. Por outro lado, e analisaremos esse ponto mais detalhadamente em relação à crise de uma perspectiva político-jurídico, mostra-se irrefutável o fato de que os movimentos que defendem essa posição tenham influência (econômica) nos

³¹¹ LEMLEY, Mark; MERGES, Robert; MENELL, Peter. *Intellectual Property in the new technological age*. 6. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2012. p. 17-18).

³¹² PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in Historical Perspective*. Nashville: Vanderbilt University Press, 1968. p. 10.

jogos de poder atuais de modo a possibilitar a legitimação dos seus interesses a partir do direito (de propriedade intelectual).

Em outras palavras, apesar do reconhecimento indiscutível acerca dos direitos de personalidade em relação não somente ao sistema do direito de autor, mas também, ao modelo do *copyright*, o que no direito basicamente se resume aos direitos morais do autor, de outro lado, parece igualmente irrefutável que o ambiente do romantismo autoral já não se encontra mais presente, mesmo no continente europeu, haja vista a sua absorção, até certo ponto adaptada, pelos imperativos econômicos. Isso sem contar, aliás, nas discussões mais profundas em relação ao próprio conceito de autoria que invariavelmente aprofunda certos cenários de crise.

1.5.1.4 Marx e a produção criativa em escala

Esse tópico busca realizar uma breve análise do fundamento filosófico da propriedade intelectual baseado nas reflexões marxistas. Na verdade, trata-se menos de uma análise em si, haja vista a complexidade do tema, e mais a apresentação de um dos desenvolvimentos possíveis a respeito da matéria, em especial de um ponto de vista filosófico crítico. O argumento, basicamente, possui como núcleo central a definição do trabalhador intelectual atual, em confronto com o trabalhador “manual” do passado (como, por exemplo, o operário da fábrica), como uma espécie de *neo* proletário. Nesses termos, explica Slavoj Žižek:

How did Bill Gates become the richest man in America? His wealth has nothing to do with Microsoft producing good software at lower prices than its competitors, or ‘exploiting’ its workers more successfully (Microsoft pays its intellectual workers a relatively high salary). Millions of people still buy Microsoft software because Microsoft has imposed itself as an almost universal standard, practically monopolising the field, as one embodiment of what Marx called the ‘general intellect’, by which he meant collective knowledge in all its forms, from science to practical knowhow. Gates effectively privatised part of the general intellect and became rich by appropriating the rent that followed.³¹³

³¹³ Disponível em: <https://www.lrb.co.uk/v34/n02/slavoj-zizek/the-revolt-of-the-salaried-bourgeoisie>. Acesso em: 10 maio 2019.

A premissa trabalhada pelo filósofo esloveno, apesar de ser, a nosso ver, um tanto quanto excessiva³¹⁴, um ponto parece interesse, sobretudo quando analisamos a posição do criador dentro de um contexto de cadeia de produção intelectual. Como já exposto, partindo do pressuposto de que a noção romântica do autor, forjada no ambiente da Revolução Francesa, encontra-se num período de crise, essa análise, apresentada por Žižek, traz uma importante reflexão a respeito da autoria numa perspectiva das grandes corporações. Esse também é um dos pontos trazidos, talvez de forma um pouco mais serena, pelo estudioso da propriedade intelectual Peter Drahos.

A principal tese do autor australiano é que os direitos de propriedade intelectual integram uma estrutura de trabalho criativo inserido no contexto da produção de capital. A partir das reflexões de Marx, o ponto do autor é de que essa conexão surge a partir das respostas necessárias que o “capitalista” moderno tem que dar frente às pressões da competição (mundial), da posição estratégica das inovações tecnológicas no crescimento econômico, sem contar da natureza de *commodity* intrínseca ao capitalismo³¹⁵. Seria, em outras palavras, mais um reflexo da conjuntura econômica contemporânea, do que, propriamente, de um contexto de exploração de mão-de-obra aos moldes das críticas de Marx³¹⁶.

Outra reflexão possível e igualmente explorada pelo autor diz respeito ao trabalho e a sua relação de alienação³¹⁷ do trabalhador, outra das teses exploradas por Marx. Apesar do filósofo alemão, assim como os outros já explorados, ter tido em mente os objetos do mundo físico³¹⁸, a análise de Drahos busca fazer uma analogia entre aquele trabalhador analisado por

³¹⁴ Apesar de nos parecer correto afirmar que o trabalhador intelectual das modernas multinacionais, sobretudo de tecnologia, integra, de fato, uma espécie de cadeia produtiva intelectual, que até interfere, como veremos, no próprio desenvolvimento da noção da autoria, isso não significa, por óbvio, que se trata de “exploração” no sentido mais estrito exposto por Marx. Entendemos haver uma diferença substancial entre a integração do criador na cadeia produtiva intelectual e a sua “exploração”, sendo este caso traduzido como trabalho realizado em condições insalubres, quase que equiparadas a um regime de escravidão.

³¹⁵ DRAHOS, Peter. *A Philosophy of Intellectual Property*. Dartmouth: Aldershot, 1996. p. 105.

³¹⁶ Conexão mais próxima talvez exista em relação aquilo que vem sendo denominado, atualmente, como “uberização” do trabalho (em referência aos trabalhadores que fazem entrega por meio de aplicativos), mas não, entendemos, em relação ao trabalho intelectual de alto nível que é desenvolvido nas grandes empresas multinacionais.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 107.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 106.

Marx com o trabalhador intelectual moderno³¹⁹. Nesse sentido, a equiparação entre ambos busca analisar a situação do trabalhador atual que, dependendo do segmento industrial (ou cultural), se confunde com a própria noção de autor/criador. Em outras palavras, nesse contexto, o tal apoderamento do trabalho intelectual pela indústria se apresenta inserido em uma relação diretamente proporcional à alienação desse “trabalhador”. Ou seja, essa fusão do trabalho intelectual com os imperativos econômicos, em teoria, teria o condão não somente de tencionar a noção de autoria, em si, mas também de gerar alienação em termos marxistas, o que significaria, assim, a desconexão absoluta, entre outras coisas, e o trabalho e o bem produzido.

Nesse particular, aliás, Marx parece ter identificado desde há muito a relação da criação intelectual inserida num contexto daquilo que não raras vezes é denominado como a “fetichização das commodities”: “*An example which Marx gives of free labour is composing music. For Marx, the fact that free forms of labour such as musical composition, writing, dramatic performance, scientific discovery and so on become commodified and enter the relations of capitalist production would be evidence of intense alienation*”³²⁰. Esse fato, aliás, apenas traduz a natureza mais intrínseca do capitalismo, nas suas mais diferentes facetas. Em outras palavras, sobretudo a partir de uma visão de desenvolvimento do capitalismo a partir de “ondas largas”, o capitalismo busca transformar tudo que é passível de valor em commodities, como forma de potencializar a sua própria evolução. A propriedade intelectual insere-se justamente nesse contexto.

Drahos também realiza uma conexão entre a expansão internacional da propriedade intelectual e o conceito de superestrutura de Marx. Argumenta o autor, assim, que essa expansão, na verdade, simplesmente acompanha mudanças mais profundas ocorridas nas forças produtivas das principais economias do mundo, que buscam, segundo o autor, não apenas manter, mas expandir o seu poder mercantil por meio da criação de padrões internacionais de proteção (como vimos, por exemplo, no tópico acerca do GATT/TRIPS). A partir dessa ótica, dessa maneira, os direitos de propriedade intelectual serviriam como

³¹⁹ VEBLEN, Thorstein. *The theory of the Business Enterprise*. New York: Dover, 1994. p. 105.

³²⁰ DRAHOS, Peter, 1996, op. cit., p. 111,121.

mecanismos de proteção (com fins de coerção) como forma de sustentar novos modos de produção (tecnológicos)³²¹.

O autor australiano também realiza algumas reflexões relacionadas ao materialismo histórico de Marx. Segundo o autor, nesse contexto, seria possível, de um ponto de vista histórico, partir de um pressuposto de que os estatutos relativos à propriedade intelectual invariavelmente resultaram dos desenvolvimentos originados a partir dos proprietários do capital e não dos respectivos criadores dos bens intelectuais: “*Creators will often not be the owners of the intellectual property they generate because of the operation of doctrines of employment law that vest ownership of intellectual property in their employers, or because they have assigned ownership to another*”³²². Nos termos marxistas, assim, ao final, são os detentores do capital que acabam por deter a propriedade intelectual dos bens intelectuais produzidos pelos criadores, fato esse que obscurece a discussão sobre os direitos de interesses dos autores.

A análise da propriedade intelectual sob a fundamentação filosófica de cariz marxista parte da premissa acerca da integração do trabalho criativo na estrutura de produção capitalista. Tal integração, nesse contexto, é realizada a partir da formação dos direitos de propriedade intelectual, que acabam por conferir aos empresários a segurança necessária para a perpetuação de sua posição de domínio, que ocorre principalmente pela possibilidade de coerção que o Estado concede. Além disso, também garante ao detentor do capital a possibilidade de explorar o resultado dos bens intelectuais quase que com exclusividade, tema que não raras vezes gera tensão entre os seus interesses não só em relação aos criadores, mas também com o público.

³²¹ *The dramatic expansion of intellectual property regimes, both nationally and internationally, in recent decades is in Marx's terms an important superstructural transformation. It may also be evidence of fundamental changes taking place in the productive forces of some major capitalist economies. The creation of legally enforceable international standards of intellectual protection may be evidence that some states (ruling states) are using intellectual property law to maintain their various forms of power as their mode of production undergoes a profound transformation.* (DRAHOS, Peter. *A Philosophy of Intellectual Property*. Dartmouth: Aldershot, 1996. p. 109).

³²² Ibid.

Esse tema em particular demandaria um estudo à parte, sendo que seus contornos e complexidade não cabem no presente trabalho. O objetivo, nesse momento, é apresentar a existência dessa análise como uma das possíveis fundamentações filosóficas que ajudam a explicar o complexo paradigma da propriedade intelectual, sobretudo a partir de uma abordagem crítica. Apesar da sempre complicada tarefa de adaptar teorias que se formam em realidades distintas (correndo-se o risco de um exame anacrônico), o presente tópico, ao menos, apresenta uma justificável corrente apta a auxiliar na compreensão entre os dilemas enfrentados por proprietários do capital e criadores em meio aos imperativos do mercado.

1.5.1.5 Rawls e a justiça distributiva da informação

Partimos, agora, para a análise da fundamentação filosófica inspirada nas lições de John Rawls. O objetivo central deste tópico é apresentar a forma de como o núcleo de fundamentação da propriedade intelectual pode se entrelaçar com a posição teórica trabalhada pelo filósofo americano, em especial em relação a sua teoria de justiça. Com isso, buscaremos explicar, brevemente, tanto as posições que procuram inserir a informação, e por extrapolação os bens protegidos pelos direitos de propriedade intelectual, no âmbito do rol dos bens sociais primários³²³, como a distribuição desproporcional entre diferentes grupos de interesse.

Como ponto de partida, destaca-se a questão da informação como bem social primário: *“For Rawls, the chief social primary goods are rights, liberties, powers, opportunities, income and wealth [...] Information is too important to be left off the list of primary goods”*³²⁴. Peter Drahos encaixa a informação³²⁵ (propriedade intelectual) como bens

³²³ “Os bens sociais primários, para apresentá-los em categorias amplas, são direitos, liberdades e oportunidades, assim como renda e riqueza [...]. São bens sociais em vista de sua ligação com a estrutura básica; as liberdades e oportunidades são definidas pelas regras das instituições mais importantes, e a distribuição de renda e riqueza por elas regulada [...]. A ideia principal é a de que o bem de uma pessoa é determinado pelo que é para ela o mais racional plano de vida a longo prazo, dadas circunstâncias razoavelmente favoráveis. Um homem é feliz quando é mais ou menos bem-sucedido na maneira de realizar o seu plano. Para resumir, o bem é a satisfação de um desejo racional”. (RAWLS, John Rawls. *Uma Teoria da Justiça*. Lisboa: Presença, 1993, p. 98).

³²⁴ DRAHOS, Peter. *A Philosophy of Intellectual Property*. Dartmouth: Aldershot, 1996. p. 157.

³²⁵ Em território nacional, sobre a análise da propriedade intelectual como informação, ver: BARBOSA, Claudio R. *Propriedade intelectual: introdução à propriedade intelectual como informação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

que também deveriam integrar os tais bens sociais primários de Rawls. Ao elevar a importância da informação ao patamar de bem fundamental ao indivíduo, em alongamento à linha de raciocínio de Rawls, o autor australiano busca construir uma base teórica que tenha o condão de contrapor o controle proprietário sobre a informação: “*Under conditions of Rawlsian procedural rationality for justice, the role of any property scheme in relation to information should be to minimize proprietorial control over information*”³²⁶.

A partir dessa conjectura, assim, o autor busca confrontar a hegemonia da propriedade intelectual por meio da inclusão da informação dentro do espectro de bens de primeira necessidade do indivíduo, e de quebra no contexto mais amplo de justiça distributiva de Rawls. Seria, a bem dizer, mais uma fundamentação filosófica “contrária” aos desenvolvimentos mais atuais da matéria, cujo desenrolar concentra tais direitos com o objetivo de potencializar o controle proprietário dos bens intelectuais. Essa fundamentação, dessa maneira, atuaria como contrapeso às tendências de controle da propriedade intelectual, em especial por meio das grandes corporações, uma vez que atuaria sobre bens indispensáveis à vida digna e justa. Nesse sentido, se faz oportuno recordar os dois princípios de justiça de Rawls, núcleo fundamental de seu projeto:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.³²⁷

Segundo aponta Robert Merges, a relação com a propriedade intelectual surge em conexão, principalmente, com o primeiro princípio: “*The argument flows from Rawls’s first principle: IP is a basic liberty for those who would most benefit from creative independence and the career fulfillment that follows*”³²⁸. O autor argumenta, um pouco na linha de raciocínio do tópico anterior, mas com base em John Rawls, que os benefícios decorrentes da

³²⁶ DRAHOS, Peter, 1996, op. cit., p.157).

³²⁷ RAWLS, John Rawls. *Uma Teoria da Justiça*. Lisboa: Presença, 1993. p. 64.

³²⁸ MERGES, Robert. *Justifying Intellectual Property*. Harvard. Harvard University Press, 2011. p. 127.

proteção por meio dos direitos de propriedade intelectual se apresentam de forma desproporcional em relação ao grupo que o autor intitula como “profissionais criativos”, cujo talento e potencialidades apenas podem ser desenvolvidas a partir da relação de emprego proporcionada pelas “indústrias criativas”³²⁹.

Em outras palavras, ao se elencar os bens protegidos pelos direitos de propriedade intelectual como direitos básicos do indivíduo, o autor atinge, em cheio, a legitimação da tendência em se aumentar os níveis de proteção desses direitos, inclusive em nível internacional. Seria, na verdade, sobretudo em meio a um contexto de enfraquecimento do autor como núcleo importante em torno dessas discussões, uma forma de mover os holofotes ao público e às suas liberdades básicas na sociedade contemporânea, questionando, dessa maneira, o próprio caráter de justiça associado à estrutura dos direitos de propriedade intelectual.

Nesse contexto, tem-se a denominada *natureza distributiva da informação*, que atua, sobretudo no campo do *copyright*: “*Commentators working this territory have raised concerns about the general diffusion of knowledge, about availability of materials in minority languages,⁵ and about the ability of subsequent creators to create new expression using existing, copyright-protected expression*”³³⁰. Essa distribuição, como já exposta, refere-se à própria distribuição de riqueza no contexto dos ganhos decorrentes dos trabalhos criativos. As restrições sustentadas pela propriedade intelectual, em particular as leis do *copyright*, sob essa ótica, obstaculizariam o exercício básico de determinadas liberdades, uma vez que tenderiam a concentrar tanto riqueza quanto direitos de propriedade dos meios de produção modernos³³¹.

³²⁹ “I need to call attention to one feature of my argument. The benefits of IP protection fall disproportionately on a group I call “creative professionals.” What do I mean by this term? Basically, these are the people who have the raw talent, and the potential to develop it, that makes it possible to be employed in one of the creative industries”. (Ibid.).

³³⁰ HUGUES, Justin Hugues; MERGES, Robert. Copyright and Distributive Justice. *Notre Dame Law Review*, v. 92, n. 2, p. 515, 2017. Disponível em: https://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/Justin%20Hughes.pdf. Acesso em 10 maio 2019.

³³¹ “We acknowledge that property restrictions can impinge on the exercise of basic liberties but we believe that Rawls would have addressed these concerns via a general discussion of concentration of wealth and ownership of the means of production”. (Ibid., p. 527).

A fundamentação filosófica baseada em Rawls, assim como aquela que analisamos em relação a Marx, calca-se numa matriz de viés mais crítico em relação à propriedade intelectual, o que serve de base para questionamentos acerca do movimento de expansão de tais direitos em âmbito internacional. Os autores que partem desse argumento, assim, tratam o conhecimento/informação como bens de primeira importância ao indivíduo, motivo pelo qual deveriam circular de modo, senão livre, mas equilibrado, levando em conta tanto os direitos dos criadores como o do público.

1.5.2 Teorias jurídicas

Nessa parte do trabalho, buscaremos apresentar algumas das principais teorias jurídicas relativas à propriedade intelectual, sobretudo aquelas forjadas no sistema romano-germânico (como é o caso do Brasil). A apresentação de tais teorias pretende encerrar os tópicos que tratam dos elementos necessários à compreensão e reflexão acerca da formação paradigmática da propriedade intelectual, nesse momento na sua faceta de internalização da sua estrutura no referido sistema jurídico. Em outras palavras, revisaremos, de forma breve, as diferentes teorias desenvolvidas com a finalidade de encaixar a racionalidade por detrás da matéria no núcleo de categorias jurídicas adjacentes, seguindo, como não poderia deixar de ser, a racionalidade das premissas filosóficas estudadas acima, assim como os respectivos contextos históricos.

Analisaremos, assim, os instrumentos e as discussões levadas a efeito que buscaram adaptar o direito às tensões e características históricas da propriedade intelectual, seja pelo encaixe direto em relação a categorias já existentes no sistema jurídico, ou mesmo, a partir de construções de novas estruturas. Essa análise, dentro da conjuntura proposta, se mostra importante porque apresenta direções de como o direito respondeu aos esforços de compreensão da matéria pelo direito, como forma de lidar com conflitos presentes e futuros. Trataremos, assim, de suas configurações como propriedade; a sua natureza de direito patrimonial; a sua associação com os direitos de personalidade; a consideração como categoria *sui-generis*; a condição de imaterialidade etc.

Com esse tópico, assim, pretendermos concluir a parte do trabalho que busca estabelecer o corte epistemológico necessário não somente para a compreensão do paradigma internacional da propriedade intelectual, mas também, para estabelecer as premissas necessárias que irão preparar o terreno para as discussões posteriores calcadas na análise sistemática das suas crises, assim como nas reflexões sobre o futuro da matéria a partir dos elementos propostos. Essa análise se mostra importante, pois apresenta formas de como o direito lidou com a internalização de um tema relativamente novo, dando pistas de como o tema pode ser moldado no futuro. A revisão das teorias jurídicas, que nada mais são do que fundamentos específicos que ajustam a temática no âmbito macro do direito, não somente ajudam a compreender o passado, mas oferecem bases que auxiliam a entender os dilemas que virão.

1.5.2.1 A teoria da propriedade

A teoria da propriedade, como já tivemos a oportunidade de tangenciar na análise acerca da Revolução Francesa e da formação do sistema continental europeu, tem como fundamento, basicamente, a equiparação dos bens intelectuais ao mundo das coisas físicas, em um contexto revolucionário de abolição de privilégios em favor de direitos de propriedade privada e livre iniciativa que, com a fragilidade teórica, por exemplo, dos direitos de autor, fizeram com que estes fossem expressamente absorvidos, como expomos diretamente na citação da lei *Le Chapelier*, que classificou o pensamento do autor como a mais sagrada das propriedades³³².

Do ponto jurídico, como bem pontuava Henry Jessen, a Teoria da Propriedade “deu ao problema dos direitos intelectuais uma solução lógica dentro da sistemática clássica romana, incluindo-se na categoria dos direitos reais”³³³. O autor, apesar de limitar a importância das principais objeções a tal analogia, não deixou de destacá-las. Entre elas: a) a limitação temporal da propriedade intelectual em contraposição ao caráter perpétuo da propriedade física; b) o aspecto da aquisição da propriedade intelectual, que se origina a partir

³³² JESSEN, Henry. *Direitos Intelectuais*. Rio de Janeiro: Edições Itaipu, 1967. p. 24.

³³³ *Ibid.*, p. 25.

da criação, ato esse inusitado e não previsto no direito romano; c) a prescindibilidade do suporte material em relação ao exercício do domínio; d) as incompatibilidades do direito moral do âmbito das noções de propriedade.³³⁴ Argumentava o autor, contudo, com base em *Pouillet*, que as objeções “salvo a que se refere ao direito moral, não apontam discrepâncias tão sérias que invalidem seus princípios fundamentais”³³⁵, apesar de claramente entender que a designação Direitos Intelectuais fosse mais apropriada³³⁶.

Antônio Chaves, por sua vez, com apoio em Piola Caselli, apresentou uma visão igualmente flexível em relação à consideração como propriedade. A consideração como tal, segundo o autor, se tratava menos de buscar uma categoria jurídica que diferenciasse esses direitos, sobretudo o direito de autor, dos outros direitos, e mais de conferir a eles o *status* de categoria integrante à grande categoria de direitos patrimoniais (e à subclasse dos direitos reais).³³⁷ Antonio Chaves, na realidade, apesar de reconhecer as diferenças substanciais em comparação com a propriedade clássica (algumas das quais analisamos acima), parte para o campo da analogia em relação ao direito de autor:

Acentua a importância de se definir legislativamente como direito de propriedade o direito de autor, porquanto o legislador deve chegar à consequência ulterior de que esta propriedade precisa ser governada pelas regras de propriedade clássica, isto é, da propriedade sobre as coisas materiais em todos aqueles casos para os quais a lei especial não disponha de maneira diferente.³³⁸

Lembra o autor, aliás, que autores como Kohler, Escarra e Dabin, assimilaram o direito de autor ao de propriedade com base na premissa filosófica do direito ao trabalho. Reforça tal argumento citando a Lei Francesa de 179, cujos fundamentos influenciaram de

³³⁴ *Ibid.*

³³⁵ *Ibid.*

³³⁶ “E, em nosso modesto entender, a designação mais apropriada seria a de Direitos Intelectuais, por ser precisa no seu objeto e por compreender em seu campo os direitos análogos que a expressão direito autoral pareceria excluir por referir-se unicamente ao autor, sujeito de um dos ramos do instituto”. (*Ibid.*, p. 30).

³³⁷ CHAVES, Antonio. *Direito de autor: princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 6.

³³⁸ E complementa o autor dizendo que: “se se reconhecer que o direito do autor não é um direito de propriedade, nem um direito análogo, a questão da sua definição e denominação jurídica perde bastante da sua importância, porque deixa de existir o risco da aplicação analógica de regras pertencentes a outros institutos jurídicos regulados legislativamente”. (*Ibid.*).

forma direta o Código Civil Brasileiro³³⁹. O autor, ao que tudo indica, também não demonstrava excessivo incômodo pelas diferenças substanciais entre a matéria e os direitos da propriedade clássica, buscando apoio no campo da analogia: “Sustenta Pierre Recht, novo paladino da teoria, que as metamorfoses do direito privado contemporâneo fizeram surgir, ao lado da antiga propriedade-posse, uma nova forma, a propriedade-criação”³⁴⁰. Nesse sentido, basicamente, seria um outro “direito real” que diria respeito a conteúdos intelectuais.

Gama Cerqueira, a esse respeito, oferece um bom resumo³⁴¹: “O direito de autor, como já vimos, não é direito pessoal, pertencendo, portanto, à categoria dos direitos patrimoniais. Não podendo igualmente considerar-se como direito de obrigação, terá seu lugar, forçosamente, entre os direitos reais, como direito de propriedade”³⁴². Seguindo a mesma linha exposta nos parágrafos anteriores, Gama Cerqueira igualmente não parecia se preocupar com as supostas incompatibilidades ínsitas existentes entre os direitos de propriedade e a propriedade imaterial:

Argui-se, por exemplo, a perpetuidade do direito de propriedade, em contraste com a temporalidade do direito de autor; a aquisição, originária ou derivada, da propriedade, inaplicável ao direito de autor; a comunhão deste direito regulada de modo diferente do condomínio; e assim por diante. Mas a perpetuidade não é atributo essencial do direito de propriedade, como a temporaneidade não é do direito do autor. Assim também os modos de aquisição da propriedade imóvel não se aplicam à propriedade móvel, e vice-versa; e, no entanto, o direito é o mesmo. Finalmente, nada impede que as mesmas regras do condomínio se apliquem a comunhão do direito de autor.³⁴³

³³⁹ Ibid., p. 10.

³⁴⁰ Ibid., p. 11.

³⁴¹ Apesar de essas teorias estarem bastante ligadas as questões referentes a direitos de autor, o autor faz questão de realizar a devida equiparação do núcleo de tais argumentos também em relação ao inventor: “O inventor é, igualmente, um autor e as relações entre a sua pessoa e a invenção, fruto de seu engenho, são idênticas às que existem entre o autor de obras literárias ou artísticas e a sua criação, como idênticos são os seus direitos. Entretanto, quando se trata do inventor, não se nota a situação tão vivamente descrita por Piola Caselli, pois a invenção se destaca de seu autor de modo mais completo que as obras literárias e artísticas. Ao contrário destas, não trazem, geralmente, o nome do inventor, nem se identificam por qualquer título ou denominação”. (CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. 2. ed. rev. e atualizada por Luiz Gonzaga do Rio Verde e João Casimiro Costa Neto. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 66).

³⁴² Ibid., p. 81.

³⁴³ Ibid., p. 85.

Delia Lipszyc, por seu turno, ao associar a construção jurídica com a base nos direitos de propriedade, remonta ao contexto da Revolução Francesa no sentido de reforçar o propósito de satisfazer os anseios do grupo dos autores pelo estabelecimento de um direito fundamental já plenamente estabelecido (no caso, o direito da propriedade clássica)³⁴⁴. Se em um primeiro momento tal associação se mostrava como sendo lógica e intuitiva, a partir do momento que a matéria se desenvolve, passando a ganhar maior destaque, sobretudo, no âmbito das construções jurídicas do sistema jurídico europeu, as diferenças entre a “propriedade” do direito de autor e o domínio das propriedades móveis e imóveis ganham maior nitidez. É a partir de tais discussões que surgem linhas que passam a considerar o direito de autor como direito *sui generis*, estabelecendo-se, com isso, uma categoria jurídica própria: “*como en derecho de autor falta una gran parte de los requisitos del dominio sobre las cosas materiales, algunos adversarios de su asimilación [...] lo declararon um derecho sui generis, a fin de poner de relieve su especial naturaleza jurídica*”³⁴⁵.

Carlos Alberto Bittar³⁴⁶ destaca que a classificação da matéria em Direito de Propriedade tem relação direta com as dificuldades iniciais em se buscar local adequado na estrutura jurídica para esses novos direitos, sendo, como bem pontuou Henry Jessen, acima, apenas a solução mais lógica ao momento. Entretanto, também pontua o autor que não tardou a aparecer as insuficiências do sistema, o que levou, em primeiro lugar, ao recrudescimento das discussões relativas ao direito de personalidade (que analisaremos à frente) e, em segundo, as teorizações que buscaram categorizar tais direitos dentro do espectro de um direito de índole autônoma, em virtude de seu núcleo intelectual³⁴⁷.

³⁴⁴ LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Paris/Bogotá/Buenos Aires: Ediciones UNESCO, 1993, p. 20.

³⁴⁵ *Ibid.* p. 21.

³⁴⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 5. ed. ver. atual. e amp. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2013. p. 29.

³⁴⁷ Com efeito, detendo-nos nas principais posições sustentadas, temos, de início, que a consideração como Direito de Propriedade está ligada ao próprio reconhecimento desse Direito e às dificuldades iniciais de categorização diversa, diante da então intangibilidade da classificação romana, que, aliás, embasou todo o trabalho de codificação. Como se tratava de Direito sobre coisa incorpórea, sua introdução no sistema codificado deu-se pela via dos direitos reais, como Direito de Propriedade Imaterial. Entretanto, com isso, ganhou foros de Direito o então privilégio e, ademais, reconhecido ao autor da obra, a partir da observação de que a criação é o título atributivo dessa qualificação. Mais tarde, com a evolução do aspecto pessoal, especialmente na jurisprudência, e a construção da teoria dos direitos da personalidade, arquitetou-se nova concepção para os direitos em tela, exatamente nesse campo. Defendeu-se, então, a posição de que, diante da ênfase conferida aos direitos morais, os direitos autorais consubstanciavam direitos sobre a própria pessoa. A defesa de aspectos

1.5.2.2 A teoria da personalidade

A teoria da personalidade, ao lado da teoria da propriedade, representa outro importante desenvolvimento da matéria no que diz respeito à internalização pelo sistema jurídico ora analisado. Os seus fundamentos alinham-se ao recrudescimento da importância do autor como peça chave no desenvolvimento da obra intelectual, sobretudo no contexto revolucionário francês. Tal internalização, assim, conferiu ênfase não à característica de propriedade da criação, como tal, mas ao caráter pessoal do autor traduzido na obra. Em outras palavras, a obra, nesse contexto, é considerada como direito de ordem pessoal uma vez que ela nada mais traduziria do que a própria personalidade do autor.

Essa teoria, na verdade, alça a questão da personalidade a um patamar mais elevado do que os fundamentos baseados no núcleo patrimonial, que dialoga de forma mais direta com a construção da matéria a partir dos direitos de propriedade. A criação, como ato íntimo do autor, é considerada como fundamento de maior relevância sob o ponto de vista de sistema jurídico. Tanto a obra quanto a personalidade do autor, nesse contexto, se apresentam como sendo pertencentes a uma só dimensão: “não passa, pois, a obra de um prolongamento da personalidade do autor, uma vez que tal personalidade não pode ser separada do produto de seu talento criador”³⁴⁸. Do ponto de vista jurídico, tem-se, assim, um deslocamento dos direitos reais de propriedade para o campo dos direitos pessoais.

Essa teoria, de clara inspiração kantiana³⁴⁹ (para quem, vale lembrar, o direito de autor era um direito inato do homem) ganhou forma “jurídica” a partir do jurista alemão Otto

personalíssimos, que a relação envolve, seria a razão própria do reconhecimento dos direitos. Contudo, à medida que avançavam o progresso científico e o pensamento jurídico ao longo do século XX, foram aos poucos descartadas essas duas colocações, diante da respectiva insuficiência para explicar as diferentes nuances dos direitos em causa, em especial quanto à convergência de direitos de órbitas diversas e o respectivo entrelaçamento no sistema autoral. [...] não podem os direitos autorais se enquadrar nesta ou naquela das categorias citadas, mas constituem nova modalidade de direitos privados. (Ibid., p. 29-30).

³⁴⁸ CHAVES, Antonio. *Direito de autor: princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 12.

³⁴⁹ Kant foi o precursor desta teoria, seguida, entre outros por Gierke, Bluntschli, Dahn, Lange, Gareis, Allfeld, Ortlof, Saleilles, Bérard. Entre nós, a mesma doutrina foi sustentada por Tóbia Barreto que via na obra intelectual “uma expressão do espírito pessoal do autor, um pedaço de sua personalidade. Defendeu-a, também, na discussão do Projeto do Código Civil, perante a Comissão Especial, o Sr. M.F. Correia: “Sobre o modo de considerar o direito do autor em relação ao seu trabalho, tenho por verdadeira a opinião de Bluntschli: é um direito pessoal,

Von Gierke, que enxergava a obra como uma extensão da pessoa do autor³⁵⁰. O caráter patrimonial, nessa linha, possui importância mitigada, estando sempre dependente do elemento pessoal: “de acordo com essa teoria, o direito de autor, tendo fundamento no direito de personalidade, só eventualmente pode assumir caráter patrimonial, como elemento acessório”³⁵¹. Gama Cerqueira, em referência a Gierke, é bastante direto no argumento:

Gierke, finalmente, vê nas obras intelectuais, não só depois de criadas, como também depois de publicadas, um direito da personalidade, uma faculdade que não se distingue da atividade criadora do indivíduo, de modo que o direito de autor encontra seu fundamento na personalidade e tem como objeto uma parte integrante da esfera própria da personalidade³⁵².

Nesse sentido, conforme ensina Delia Lipszyc, as faculdades relativas ao uso da obra não possuiriam, sob a luz da teoria da personalidade, natureza patrimonial. A utilização da obra giraria em torno da liberdade concedida (e garantida) pelo direito ao autor que, por essa razão (e somente ela), poderia dela fazer uso apenas em virtude da sua condição ínsita de autor, independentemente de qualquer argumento de cunho econômico. A autora ressalta essa questão, ainda que o faça reforçando o aspecto econômico: “*Incluso las facultades exclusivas de reproducción, representación, ejecución, etc., no tienen necesariamente carácter patrimonial, pues el autor las puede ejercer sin interés económico*”³⁵³. A questão da teoria da personalidade, na verdade, vai além da faculdade de poder ou não o autor exercitar tais direitos com interesse econômico. O ponto central recai sobre a condição do autor como núcleo central por onde orbitam tais direitos:

tão pessoal que o posso ou não usar dele, retê-lo para quando julgar mais oportuno entrega-lo à sociedade, e recusar-me a isso até a morte, deixando o trabalho inédito”. (CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. 2. ed. rev. e atual. por Luiz Gonzaga do Rio Verde e João Casimiro Costa Neto. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 60).

³⁵⁰ JESSEN, Henry. *Direitos Intelectuais*. Rio de Janeiro: Edições Itaipu, 1967. p. 26.

³⁵¹ CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. 2. ed. rev. e atualizada por Luiz Gonzaga do Rio Verde e João Casimiro Costa Neto. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 60).

³⁵² Ibid.

³⁵³ LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Paris/Bogotá/Buenos Aires: Ediciones UNESCO, 1993. p. 25.

Surge do ato íntimo da criação, e as faculdades que confere são, substancialmente, o poder originário e principal de manter a obra em segredo e comunicá-la ao público, considerado não como um direito patrimonial sobre um bem econômico, mas como um direito da personalidade sobre um bem imaterial. Não passa, pois, a obra de um prolongamento da personalidade do autor, uma vez que tal personalidade não pode ser separada do produto de seu talento criador. [...] A substância pessoal explicaria, de um lado, a limitação dos direitos dos credores, que jamais poderiam exigir, por exemplo, a publicação de uma obra inédita, sem o consentimento do autor, e de outro, as relações existentes entre o autor e a sua criação, mesmo depois da publicação da obra.³⁵⁴

A grande problemática dessa teoria, analisada de forma isolada, ou seja, considerada como núcleo mais importante do desenvolvimento jurídico da matéria, é que ao tratar o aspecto patrimonial como elemento secundário significa, de plano, desconsiderar a própria fundamentação do desenvolvimento histórico do tema, cujo papel do direito foi, justamente, de conferir proteção do resultado patrimonial da obra. Esse é também o argumento explorado por Delia Lipszyc, com apoio em Piola Caselli: “*debe reconocerse que los derechos exclusivos son facultades de orden patrimonial que no solo existen de manera ocasional o excepcional, sino que forman parte, normalmente y por su naturaliza, del contenido de este instituto*”³⁵⁵. Henry Jessen, ao se debruçar sobre o tema, apesar de apresentar certos paradoxos relativos ao caráter de intransferibilidade ocasionada pelo núcleo pessoal e a figura do exercício do direito³⁵⁶, não deixa de reconhecer que a grande contribuição da teoria da personalidade foi de servir de base para as formulações referentes aos direitos morais: “o principal mérito desta teoria é de haver despertado a atenção dos estudiosos para alguns aspectos de caráter pessoal, que passaram a constituir o impropriamente chamado direito moral”³⁵⁷.

³⁵⁴ CHAVES, Antonio. *Direito de Autor: principios fundamentais*. Forense. Rio de Janeiro: 1987. p. 12.

³⁵⁵ LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Paris/Bogotá/Buenos Aires: Ediciones UNESCO, 1993. p. 25.

³⁵⁶ “Em contraposição à tese da propriedade, nega a cessibilidade da obra, privando assim o autor de um dos objetivos essenciais da tutela legal, qual seja a percepção de proventos pela utilização da obra por terceiros, obstáculo habilmente removido por um artifício jurídico que consiste na cessibilidade do exercício do direito, já que o próprio direito seria intransferível”. (JESSEN, Henry. *Direitos Intelectuais: dos autores, artistas, produtores de fonogramas e outros titulares*. Rio de Janeiro: Edições Itaipú, 1967. p. 26).

³⁵⁷ Ibid.

Conforme estudaremos mais à frente no trabalho, apresenta-se como sendo defensável o argumento de que a configuração jurídica em torno do autor e de sua personalidade, como é o caso aqui em estudo, não possui aderência ao que se presencia atualmente, sobretudo, em relação à absorção dos direitos autorais para fins de cunho meramente comercial. Quer queira, quer não, essa é a realidade posta e, a não ser que o direito, neste particular, seja moldado para que se retorne a uma espécie de “tempos áureos” da autoria, algo que foge de sua finalidade, ele tem que refletir as construções atuais, buscando, isso sim, harmonizar determinados desequilíbrios que resultam menos da questão da autoria e da personalidade do autor, e mais em relação a sua posição na condição de agente que participa do processo (econômico) criativo, em diferentes esferas. Em outras palavras, a teoria da personalidade, em princípio, perde terreno no tocante à proteção do autor, *per se*, deslocando as discussões relativas à sua proteção para um espectro econômico em que ele atua como figura importante. Eventuais desequilíbrios, e existem vários, decorrem de questões de ordem exclusivamente econômicas, sobretudo da justa retribuição pelo seu trabalho (argumento que, de alguma forma, ingressa no “princípio” geral da recuperação do investimento).

Uma eventual guinada na teoria da personalidade depende de fatores outros que independem do direito, propriamente. Poderia se imaginar, por exemplo, um improvável movimento organizado dos autores, que tenha real representatividade tanto no campo econômico quanto no ambiente jurídico, que tenha o condão de impulsionar o desenvolvimento de leis que contribuam ao estabelecimento de mecanismos jurídicos que limitem a participação empresarial sobre suas criações, ou mesmo, que valorizem, ainda que de forma principiológica, a participação do autor, especialmente no que tange a garantia de sua autonomia criativa, dentro da cadeia daquilo que se convencionou denominar de “economia criativa” (sendo esse um ótimo argumento relativo ao tal incentivo a cultura). Não sendo essa a hipótese, a teoria da personalidade tende a perder espaço.

1.5.2.3 Outras teorias jurídicas

As teorias revisadas nos dois tópicos anteriores representam dois dos pilares mais importantes relativos ao modo como parte dos sistemas jurídicos internalizaram os elementos macros advindos tanto da cultura de proteção dos anglo-saxões, quanto daquela erigida a partir da matriz europeia. O presente tópico buscará apresentar, resumidamente, outras teorias jurídicas que refletem a maneira de como tais sistemas se debruçaram sobre as questões mais estruturais aqui expostas como forma de realizar o “encaixe” mais adequado no que diz respeito a internalização jurídica, delas, inclusive, se derivando. Não se tratam, na verdade, de teorias necessariamente contrárias ao que já foi exposto. Elas apenas instrumentalizam interpretações diversas de fenômenos até certo ponto uniformes, mas que, do ponto de vista jurídico, enfrentaram divergências de visões a respeito do seu adequado ajustamento.

A primeira a ser analisada diz respeito à teoria dualista. Ela basicamente buscou absorver os elementos patrimonial e pessoal a partir de uma estrutura que não as tratassem como sendo incompatíveis. Dito de outra forma, elas foram simplesmente tidas como construções jurídicas que abarcam, sem nenhuma inconsistência, ambas as noções. Essa teoria, na realidade, apresenta-se como sendo uma espécie de conciliação entre ambos, destacando-se seus limites, mesmo que ainda as tratando de maneira dual. Conforme ensina Henry Jessen, a partir desta teoria estabeleceu-se, também, a teoria unitária que, de algum modo, apenas reforça que o direito autoral, mesmo considerando ambas as vertentes como sendo fundamentais ao seu núcleo formador, é formado pelas duas características, sem nenhuma oposição dual entre ambos. As duas, nesta linha, representariam as faces da mesma moeda:

A teoria dualista que, de certa forma conciliando as teses anteriores, vê na proteção à criação intelectual um instituto autônomo que enfeixa dois direitos diversos, interdependentes, porém distinto um do outro: o patrimonial, transferível, e o pessoal, insubrogável. Com derivação desta tese surgiu modernamente a chamada teoria unitária que, em contraposição, apresenta o direito de autor como um direito único, que contém prerrogativas de ordem pessoal (direito moral) e prerrogativas de ordem patrimonial (direito pecuniário), ambas indissolavelmente ligadas entre si.³⁵⁸

³⁵⁸ JESSEN, Henry. *Direitos Intelectuais*: dos autores, artistas, produtores de fonogramas e outros titulares. Rio de Janeiro: Edições Itaipú, 1967. p. 26.

Tratam-se, assim, de dois grandes grupos de direitos: as teorias dualistas, dessa maneira, separam de forma categorial os aspectos patrimonial e moral no tocante ao direito do autor. Isso significa dizer, sendo mais claro, que mesmo que se relacionem nas reverberações jurídicas que envolvem os direitos autorais, elas representam classes de direitos distintas e autônomas (direito patrimonial e direito moral). A teoria monista, por sua vez, considera o direito autoral como gênero mais amplo que tende a englobar as duas vertentes, estabelecendo uma visão que o leva em consideração como sendo um direito único e uniforme, com *desdobramentos* que circundam tanto aspectos econômicos quanto elementos morais/pessoais³⁵⁹.

Outra teoria é a da teoria dos bens jurídicos imateriais. Elaborada pelo jurista alemão Josef Kohler, ele basicamente contribui para desassociar de forma direta, inclusive em relação à própria nomenclatura, os direitos autorais de qualquer manifestação jurídica que se desse no ramo das coisas materiais, deslocando-os, assim, dos direitos de propriedade. Dessa forma, o autor cria a categoria dos bens imateriais: “*se trata de un derecho exclusivo sobre la obra considerada como un bien inmaterial, economicamente valioso y, en consecuencia, de naturaleza distinta del derecho de propiedad que se aplica a las cosas materiales*”³⁶⁰. Henry Jessen recorda, contudo, que essa característica estabelece o que hoje se considera como direito *sui-generis* que, da mesma forma que reconhece o distanciamento do direito patrimonial puro, não deixa de viabilizar sua inclusão, na condição de bens imateriais, no ramo dos direitos reais. Tal teoria, assim, “reconhece ao autor um direito absoluto *sui-generis* sobre sua obra, de natureza real, ficando assim incluído na grande família das *jure in re*”³⁶¹.

Vale notar, ainda a respeito da teoria dos bens jurídico imateriais, que o autor alemão, conforme aponta a melhor doutrina, foi claro ao argumentar que o direito de autor, no

³⁵⁹ “*La diversidad de posiciones sobre la naturaleza jurídica del derecho de autor condujo a la división de las teorías en dos grandes grupos: las dualistas, que separan el conjunto de las facultades reconocidas a los autores en dos clases de derechos – derecho moral y derecho patrimonial -, considerando que no deben ser confundidos aunque se interrelacionen, y las monistas, que consideran que esa separación es ficticia e insostenible porque todos los derechos reconocidos al creador deben entenderse como desdoblamientos de un derecho de autor único y uniforme*”. (LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Paris/Bogotá/Buenos Aires: Ediciones UNESCO, 1993. p. 22).

³⁶⁰ *Ibid.* p. 22.

³⁶¹ JESSEN, Henry. *Direitos Intelectuais: dos autores, artistas, produtores de fonogramas e outros titulares*. Rio de Janeiro: Edições Itaipú, 1967. p. 26.

fim das contas, tinha natureza eminentemente patrimonial, em atenção ao seu próprio curso histórico (conforme já explorado no trabalho). Ao seguir por essa linha, tal teoria, de quebra, deixa de incorporar como parte integrante de seu núcleo qualquer conjunto de elementos afetos as questões de ordem pessoal do autor. Com isso, em outras palavras, o autor deixava claro que o direito de autor tinha caráter eminentemente patrimonial, ou seja, objetivava, basicamente, tutelar os interesses patrimoniais dos autores, estando, os direitos pessoais, fora do conceito de direito de autor, ainda que concorressem com a proteção da obra. Representam os direitos pessoais, sob as premissas dessa teoria, outra categoria de direitos, qual seja, direitos gerais da personalidade.³⁶² Gama Cerqueira oferece ótimo resumo:

Kohler, como Picard, parte da doutrina da propriedade intelectual para chegar à sua teoria dos direitos sobre bens imateriais. Combatendo as escolas que consideravam o direito de autor como direito pessoal ou como direito de obrigações, demonstrou que esse direito possui objeto próprio, ao contrário das teorias que o tinham como direito sem objeto ou cujo objeto era constituído pela própria personalidade do autor. Segundo essa doutrina, o direito sobre bens imateriais tem origem na criação; pois, se é certo que o trabalho constitui o fundamento da propriedade, ao mesmo tempo sua fonte originária, toda criação deve ser um modo de adquirir direitos sobre o objeto criado. Assim, o inventor, e o mesmo se diga do autor, seria o primeiro a invocar esse princípio para submeter a sua descoberta à apropriação exclusiva de que é suscetível. A criação de um bem imaterial, portanto, confere sobre este bem um direito que se manifesta principalmente na possibilidade de dispor dele do modo mais completo. O bem imaterial é, pois, o objeto do direito.³⁶³

A caracterização dessa teoria como *sui generis*, como já é possível concluir, segue por esse caminho em virtude da impossibilidade de incorporação dos direitos autorais no espectro da divisão clássica do direito romano, qual seja, direitos pessoais, direitos reais e obrigações. Essa característica, assim, representa na verdade um novo grupo de direitos, conforme expõe Antônio Chaves: “É um direito “*sui generis*”. Segundo Picard, não é possível

³⁶² “*Estos derechos, aunque concurren a la protección de la obra, en el planteo de Kohler no forman parte del derecho de autor sino de un campo jurídico distinto. Sostuvo que se trata de dos derechos diferentes: un derecho de carácter patrimonial que tiene el autor para la explotación económica de un bien inmaterial – su obra – que se encuentra fuera del individuo, pero que no es corporal, tangible o asible. Junto al inmaterialgüterrecht el autor tiene un individualrecht que no forma parte del contenido del derecho de autor sino que constituye una expresión concreta del derecho general de la personalidad*”. (LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Paris/Bogotá/Buenos Aires: Ediciones UNESCO, 1993. p. 23).

³⁶³ CERQUEIRA, João da Gama. *Da Propriedade Industrial e do objeto dos direitos*. Vol.1. Lumen Iuris. 2010. p. 74.

incluir o direito de autor, senão a golpes e martelo, na divisão tripartite clássica do direito romano: direitos pessoais, direitos reais e obrigações. Cria, então, mais um grupo, que denomina de direitos intelectuais”³⁶⁴. No fundo, no que tange a consideração dos direitos autorais como categoria apartada da divisão clássica acima, as linhas tanto de Kohler quanto de Picard se aproximam, sendo o primeiro, como vimos, adepto da teoria dos bens imateriais e o segundo defensor dos “direitos intelectuais”.³⁶⁵ O próprio termo “propriedade intelectual”, como já observamos, apesar de já ser devidamente reconhecido como conceito que abarca as questões ora em discussão, do ponto de vista estritamente jurídico, não se mostraria como sendo compatível com os desenvolvimentos explorados até aqui, sobretudo por sua incongruência com os elementos que definem o termo “propriedade”³⁶⁶.

As teorias jurídicas brevemente analisadas nessa parte do trabalho demonstram os movimentos de internalização no campo jurídico das experiências que originam o sistema da propriedade intelectual de modo geral. Elas representam uma estabilização mais duradoura dos princípios básicos formadores do paradigma internacional, ainda que se desenvolvam, como o próprio paradigma, de forma difusa e multifacetada. Tais teorias servem de norte jurídico para a matéria, mesmo que os processos de internalização contemporâneos sejam, a nosso ver, cada vez mais pressionados por interesses econômicos que tendem, em princípio, a esfacelar as construções jurídicas que buscam realizar os encaixes adequados, de modo a manter a coesão de todo o sistema.

1.6 Afinal, qual é o paradigma internacional da propriedade intelectual?

O objetivo dessa primeira parte do trabalho foi demonstrar a complexa conjectura que forma a matéria da propriedade intelectual. Não se trata, e vale repetir, de uma mera apresentação *histórica* da propriedade intelectual, como recurso disponível apenas para aguçar as curiosidades do passado em relação ao tema. Na verdade, é muito mais do que isso. Em

³⁶⁴ CHAVES, Antonio. *Direito de Autor: princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 13.

³⁶⁵ LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Paris/Bogotá/Buenos Aires: Ediciones UNESCO, 1993. p. 27.

³⁶⁶ CERQUEIRA, João da Gama. *Da Propriedade Industrial e do objeto dos direitos*. Vol.1. Lumen Iuris. 2010. p. 85.

meio ao ímpeto cada vez mais substancial de se buscar explicar determinados fenômenos por meio de pensamentos classificatórios superficiais e, até certo ponto, ingênuos, o que se pretendeu, até o momento, foi apresentar a formação da propriedade intelectual a partir de uma noção não apenas histórica, mas também dialética. Expliquemos melhor.

A matéria surge, como vimos, como resultado de diversos conflitos apresentados em diferentes níveis de tensão (nacionais e internacionais) que, ao longo do tempo, foram formando a conjectura que hoje conhecemos como propriedade intelectual. Em outras palavras, ela é, a bem dizer, o *resultado* dessa formação. Resultado, aliás, não acabado, na medida em que o exercício dialético se move de forma perene, já que se trata de uma característica que transcende o tema, sendo algo que decorre das próprias relações humanas intersubjetivas. Analisar o paradigma da propriedade intelectual somente a partir de classificações objetivadas, fazendo-se uso de conceitos dogmáticos, elimina a possibilidade que o núcleo do tema seja apreendido de modo correto.

Como forma de aprofundar essa análise, podemos partir de uma dicotomia entre objetivação e subjetivação. A tensão em jogo que decorre dessa análise representa, de um lado, uma forma de pensar estratificada, que busca uma certa estabilização conceitual que, no fundo, nada mais representa do que próprio pensamento subjetivo do agente que se manifesta sobre o tema. De outro, sendo essa, a nosso ver, a mais adequada ao escopo aqui enfrentado, um pensamento problemático que leva em consideração o desenvolvimento histórico³⁶⁷ e dialético do tema não somente como forma de compreender as razões que explicam a matéria, mas também, de prospectar, de modo consistente, ou seja, sem exercícios de futurologia, quais são os caminhos possíveis que a propriedade intelectual pode seguir daqui para frente.

³⁶⁷ “Applying Marx’s theory of historical materialism (with some mechanical simplicity) one might claim that intellectual property is a superstructural phenomenon corresponding to the industrial (or perhaps post-industrial) phase of development of capitalist societies. Such an explanation could only be made plausible by historical evidence [...]. Marx’s materialist conception of history. The law or laws involved in this conception hold that social life can be divided into a set of economic relations, these economic relations being the real foundation on which a legal and political superstructure is built”. (DRAHOS, Peter. *A Philosophy of Intellectual Property*. Dartmouth: Aldershot, 1996. p. 22. 108).

Ao se refletir sobre o termo “o paradigma internacional da propriedade intelectual”, a primeira tarefa, assim, é partir desse modo de pensar problemático. O paradigma, dito de outro modo, *é a própria conjectura da reflexão dialética*, sem perder de vista, contudo, o esforço de identificação de certos elementos um pouco mais estáveis que se manifestam no tempo, em diferentes contextos (sobretudo no modo de pensar ocidental). Ao analisarmos, por exemplo, a tensão entre o controle e o acesso de informação, podemos notar que esse elemento é presente tanto nos conflitos que se sucederam em razão da prensa de tipos móveis quando naqueles que ocorreram em virtude da *internet*. A formação é necessariamente fluída, ainda que seja possível, frise-se novamente, buscar seus elementos de estabilização (sendo estes os responsáveis pela formação do paradigma).

O estudo do paradigma, dessa forma, segue a seguinte tônica: o ponto de partida é a análise dialética. Ou seja, a compreensão do núcleo duro da propriedade intelectual apenas se faz por meio da análise dos diversos conflitos sociais (crises), manifestados em diferentes níveis (político, moral, tecnológico, econômico etc.) e em diferentes épocas, sempre desvelando-se, quando possível, as contradições e paradoxos que integram sua formação. Sem o estudo dessas problemáticas, a compreensão do paradigma corre o risco de ser míope (e a-histórica). Em momento posterior, já se valendo da compreensão problematizada do tema, partimos para a fase de identificação dos elementos que, em conjecturas temporais distintas, apresentam-se como sendo minimamente estáveis ou, sendo mais objetivo, que simplesmente se repetem no tempo.

O desenvolvimento dialético permite, assim, que compreendamos as razões pelas quais determinados assuntos se manifestaram de uma determinada maneira tanto no espaço quanto no tempo. Nesse momento, já é possível compreender algumas das razões pelas quais, por exemplo, a prensa de Gutemberg, avaliada aqui apenas como avanço tecnológico, seguiu passos tão distintos quanto aos desenvolvimentos anteriores relatados na China. Outros exemplos podem ser citados como as transformações na noção de autoria, a mercantilização do conhecimento e a internalização da matéria pelo Direito. Cada um desses exemplos possui elementos espaço-temporais, ou seja, que se manifestaram em determinados locais e em

momentos históricos específicos, cuja compreensão é fundamental para o estudo da propriedade intelectual.

Buscando distanciar-se de classificações temporais, como aquelas que pretendem explicar a propriedade intelectual a partir de “eras” específicas (clássica, moderna, pós-moderna etc.), ou mesmo, a partir de teorias uniformes, a ênfase que se pretende conferir é ao aspecto de formação contínua da propriedade intelectual, na ocasião da presença (ou perpetuação) de determinadas características. Dito de outro modo, ao ponto em que determinados elementos permanecem presentes em relação ao desenvolvimento da matéria, igualmente continuam as tensões que moldam o tema, formando, assim, o seu paradigma. Este, aliás, além da necessidade do caráter dialético, possui a sua identificação de forma mais objetiva nos elementos que se mostraram, com o tempo, consistentes e uniformes. Aprofundemos esses elementos de um modo mais conciso.

É do processo dialético que esses elementos se manifestam e vão mostrando a sua capacidade de formar a matéria, permitindo certa harmonia ao núcleo duro da propriedade intelectual. A matéria, nesse sentido, possui determinadas constantes que, aplicadas em sua totalidade ou não, funcionam como os pilares que nos auxiliam a compreender o paradigma: a) dicotomia controle vs acesso; b) custo de reprodução e distribuição; c) apelo mercantil; d) reconhecimento pelo direito (aspecto coercitivo); e) manifestações ideológicas. Esses fatores, que basicamente começam a se manifestar no período pós-Gutenberg, se desenvolveram no tempo e, ainda hoje, explicam, a partir de ciclos de crises, os meandros da propriedade intelectual.

a) Dicotomia controle e acesso: esse é um dos conflitos mais fundamentais que moldam a matéria, desde os seus primórdios. A partir do momento em que “algo” de valor (não apenas sob a perspectiva monetária) instiga o interesse de terceiros, em suas mais diferentes formas, dá-se início a um conflito inicial que pode se manifestar nas suas mais diferentes formas. Se um livro produzido por um escriba no passado tivesse considerável valor numa determinada comunidade, mas o “acesso” a este bem fosse impossibilitado em razão de sua localização num local seguro e de difícil acesso, poderia se dizer que a restrição ao acesso

(nesse caso, viabilizado a partir de barreiras físicas) é inversamente proporcional ao controle daquele que detém a sua propriedade. Ou seja: quanto maior for o controle, menor é a possibilidade de acesso. Tratam-se, assim, de aspectos inversamente proporcionais.

Apesar de esse termo, sobretudo a questão do acesso, ter se disseminado principalmente com a popularização da internet e dos conteúdos digitais, na realidade, nada tem de novo. Pelo contrário, apenas reflete, por meio, principalmente, de uma diferente conjuntura tecnológica, uma tensão do passado, manifestada com vulto a partir da prensa, justamente pela sua capacidade de pressionar a fórmula acima, especialmente pelo enfraquecimento da possibilidade de controle. Em outras palavras, à medida que o controle sobre algo de valor se enfraquece, maior será não somente a possibilidade de acesso, mas a tensão entre os grupos que buscam o acesso e o controle, gerando, assim, uma tensão essencial responsável pela própria formação da matéria.

b) Custo de reprodução e distribuição: outro aspecto essencial que permeia a propriedade intelectual é o custo de se reproduzir algo. A tônica, aqui, é a capacidade de que algum bem de valor seja reproduzido e distribuído com facilidade. Como vimos no caso dos escribas, o trabalho de confecção de um livro era quase que um trabalho artesanal que demandava determinados conhecimentos técnicos que, por sua própria natureza, elevava consideravelmente a capacidade de reprodução por um terceiro. Se a capacidade de reprodução de algo (que possui capilaridade em uma determinada comunidade) é inviável em escala, as questões atinentes à propriedade intelectual tendem a não se manifestarem. Isso ajuda a explicar as razões pelas quais o tema passa a ganhar contornos mais atuais somente a partir da prensa.

c) Apelo mercantil: quando se menciona “algo de valor”, utiliza-se o termo de forma grosseira. O conceito é muito mais complexo, podendo nos levar a várias direções. O que se busca reforçar, aqui, é que se determinada criação, seja ela uma obra ou mesmo um invento, não carregar consigo a capacidade de gerar atenção e interesse de terceiros, ela tende (independentemente de sua qualidade) a não ingressar nos conflitos que permeiam a propriedade intelectual. Se não há interesse, não haverá pressão ou incentivos para que tal bem

seja acessado, reproduzido e distribuído. Apesar de utilizarmos uma palavra afeta ao ramo da economia (“incentivo”), na verdade, trata-se essa premissa básica que se reproduz em diferentes cenários, não somente nos contextos que se desenvolvem a partir de forças mercantis. Um objeto, no passado, poderia integrar essa fórmula por seu valor religioso ou místico, sem que tenha “valor” monetário.

Ressalta-se, entretanto, que é somente com o recrudescimento do capitalismo mercantil que a temática se transforma em algo capaz de gerar tensões sociais de vulto no plano macro, desaguando, como forma de “pacificação”, na propriedade intelectual. Isso se deu em razão da simples constatação acerca da capacidade do capitalismo em buscar transformar tudo numa unidade de valor monetário, num contexto de bens escassos (sendo esse, aliás, um dos mantras da ciência econômica) e busca incessante pela eficiência e racionalização. O contexto da impressão disseminada de livros por meio da prensa se encaixou de forma intuitiva no novo ambiente mercantil, uma vez que se amoldava às necessidades de racionalização e, principalmente, aos primórdios da produção em massa (com redução de custos e maximização dos lucros).

d) Reconhecimento pelo direito: essas tensões, partindo da premissa de que a formação do Direito se dá com o objetivo intrínseco de “pacificar” os conflitos que surgem das experiências sociais (conflitos, tensões de poder, distribuição de riqueza etc.), como não poderia deixar de ser, passaram ao campo do direito. Deixando de lado, por ora, as teorizações jurídicas que tentaram encaixar o direito autoral, e por extrapolação a propriedade intelectual, dentro da ciência jurídica, o escopo, na análise desse elemento, é apresentar a forma de como o direito absorveu essa temática como forma de tentar “harmonizar” os conflitos decorrentes das crises que resultaram das tensões dos outros elementos.

O direito, nesse contexto, como o faz em diversos outros temas, sendo, aliás, também produto de relações dialéticas que possuem, no seu âmago, uma busca incessante por poder, serviu de ferramenta para ordenar e estruturar o tema, num desenvolvimento imbricado acompanhado por diversas continuidades e descontinuidades, até estabilizar-se como matéria de espectro internacional (o Direito Internacional da Propriedade Intelectual). A

“estabilização”, na realidade, relaciona-se apenas com a consolidação do tema a partir do direito, e não, obviamente, dos conflitos que dele advêm, já que os elementos aqui em discussão, verificados isoladamente, continuam a permear o desenvolvimento da matéria até os dias atuais.

O direito, como ferramenta de estabilização de conflito, nesse caso, atendeu a determinados interesses manifestados em diferentes contextos, mantendo o nível dos potenciais conflitos controlado, até a próxima onda de tensão dos elementos intrínsecos e fundamentais da propriedade intelectual, esses sim, responsáveis por gerar uma espécie de ambiente de ebulição quanto ao tema. Logo após, o direito atua como canalizador e, de algum modo, sedimenta os conflitos até a próxima onda (que pode decorrer de avanços tecnológicos, modelos de negócio, poder elevados de um determinado grupo etc.). O direito, assim, não obstante a importância de suas teorizações internas, desenvolvidas como maneiras de, no tempo, acomodar tais conflitos a partir dos princípios que o norteiam, na realidade, teve como aspectos de desencadeamento menos as teorizações *a priori* e mais os elementos aqui analisados como formadores do paradigma.

O termo “harmonização” pode, até certo ponto, ser considerado impreciso, dependendo do que corte que se parte. Quando se enaltece a questão do papel do direito como instrumento de apaziguamento de conflitos, aposta-se na sua função de “neutralidade”, como se representasse, verdadeiramente, a figura de um terceiro observador cujo objetivo seria de atuar em prol da pacificação de certas tensões sociais. Em determinados casos, de fato, ele cumpre esse papel. Contudo, dentro do presente escopo, também exploramos a sua função como peça atuante no âmbito dos jogos de interesses mais amplos da economia global, ocupando a função de legitimador com a finalidade de garantia de coerção. Ambas as dimensões exercem papel decisivo em relação as discussões aqui travadas.

e) Manifestações ideológicas: a partir do momento em que o tema se insere no seio da sociedade, no seu formato, digamos, mais acabado, sobretudo, com a identificação dos seus grupos de interesse afetos, muitas passam a ser as justificações de cunho ideológico para explicar os fundamentos do tema. No momento em que a matéria entra em ebulição em virtude

das tensões aqui em análise, muitas são as explicações que surgem para justificar, de modo simples, as razões pelas quais um interesse ou outro deve ser acatado e apoiado não somente pelo grande público, mas, mais importante, por aqueles responsáveis por legitimar a coerção por meio do direito.

Tratam-se, a bem dizer, de “argumentos” muitas das vezes utilizados como verdadeiros dogmas inquestionáveis que se originam como maneira, no limite, de justificação e legitimação dos mais diversos interesses. Entre eles podemos citar (de forma geral): a propriedade intelectual como elemento irremediável de busca por inovação; relação entre propriedade intelectual e desenvolvimento; a noção sagrada da autoria; incentivo à cultura e ao progresso das ciências e das artes; proteção do trabalho alheio e da moral do autor; noções, mais atuais, de que a informação tem de ser livre; necessidade de acesso à cultura e ao conhecimento; impactos deletérios do comércio informal à economia; criação da denominação “pirataria”; relação desta com outros crimes; associação como propriedade; uso justo; alongamento dos prazos de proteção; proteção por direito autoral de inovações tecnológicas (exemplo do *software*); desenvolvimento da cultura do *enforcement*; associação entre a propriedade intelectual e desenvolvimento da criatividade; a suposta incompatibilidade da propriedade intelectual, em especial do direito autoral, com a rede mundial de computadores e os bens digitais; a noção de que o bem digital não é escasso; entre vários outros.

Seria ingênuo considerar que os maiores dilemas até hoje enfrentados pela propriedade intelectual sejam basicamente ideológicos (não obstante ser essa “talvez” uma linha possível, sobretudo quando se parte dos estudos, capitaneados, por exemplo, pelo sociólogo francês Jean Baudrillard). Mas, esse não é o escopo do presente trabalho. Por ora, preferimos, ao menos, destacar a importância do papel dos argumentos ideológicos na construção da propriedade intelectual, em especial nos momentos de crise, e mais importante ainda diante da difusão dos meios de comunicação. No limite, poderia se argumentar que, dependendo de como as peças dos jogos de poder estão postas, um mesmo agente pode “flexibilizar” as suas “visões” para acomodar seus interesses. Isso foi muito notório, em passado recente, na defesa das grandes empresas da internet (Google, Wikipédia, etc.), em relação à necessidade imperiosa da circulação livre da informação no ambiente online. Outro

exemplo, talvez o mais paradigmático, seja o próprio exemplo dos Estados Unidos como nação, que, em um determinado momento da história, atuaram como destinatário de reproduções de obras não autorizadas, ocupando papel de defensor, assim, da circulação livre de cultura, passando, em tempo posterior, para a posição de produtor, momento em que se estabelece numa posição defensiva em relação ao acesso e reprodução livre, e posição ofensiva contra as “ameaças” contra seus bens intelectuais.

Ao se estudar o paradigma internacional da propriedade intelectual, pensa-se ser mais útil e preciso identificar os elementos ínsitos à matéria do que partir para teorizações, muitas vezes, uniformes, seja de cunho jurídico ou mesmo político. Os elementos estudados acima, às vezes identificados de forma isolada ou conjuntamente, representam um diagnóstico, a nosso ver, mais fidedigno em relação à compreensão da propriedade intelectual sob o âmbito global. Isso porque, sem a sua manifestação na sociedade, o tema perde relevância e, por consequência, tende a se tornar objeto de segundo plano no tocante às preocupações de cunho normativo.

É possível trabalhar, a esse respeito, com a noção de ciclos históricos em relação ao desenvolvimento da matéria, ciclos esses que tendem a se perpetuarem, pelo menos, no horizonte onde é possível enxergar. A percepção de ciclos, primeiramente, reduz visões superficiais que identificam diferentes “eras” em relação à propriedade intelectual. Com isso, pretende-se reforçar que os elementos que hoje levamos em consideração para o entendimento do tema não se apresentam, a nosso ver, como sendo drasticamente diferentes desde, principalmente, o advento da prensa. Mas, mesmo antes, como o fizemos, é possível conjecturar sobre tais elementos. Sim, pois também a sua não manifestação, dentro dos limites aqui estipulados, são igualmente valiosos para as reflexões aqui exploradas.

Esses ciclos, na realidade, representam a tensão de tais elementos a partir do desenvolvimento dos estados de crise, em suas diferentes perspectivas. O paradigma, nesse contexto, representa justamente essa relação dialética, sobretudo, a identificação desses elementos, que apenas podem ser revelados a partir do componente *historicista* da dialética. Trata-se, desta forma, de uma espécie de paradigma multifacetado, embora seja possível,

como buscamos fazer aqui, identificar certos elementos mais nucleares e sólidos em relação à determinação da temática. Existe, assim, uma “fórmula” em que: 1) há o surgimento de uma crise, sob uma perspectiva isolada ou conjunta (objeto de estudo da segunda parte), que 2) tensiona um ou mais dos elementos estudados acima, gerando 3) a internalização pelo direito (cujas diversas manifestações foram analisadas nessa parte do trabalho).

Essa “fórmula”, em realidade, é aquilo que representa o que se pode denominar de paradigma internacional da propriedade intelectual. Não se trata, assim, de unicamente enxergar a matéria a partir ou unicamente *pelo* direito. Ao se ter como ponto de partida a presente reflexão, o direito manifesta-se como sendo a “boca do funil” onde essas tensões se refletem, ou melhor, se estabilizam a partir da sedimentação dos conflitos e dos diferentes jogos de interesses que, não raras vezes, se originam quando da manifestação das diferentes crises. Aliás, não seria de todo incoerente afirmar que se trata, acima de tudo, de um paradigma capitalista, que tenta, ainda hoje, transpor ao mundo da informação e do conhecimento as bases do mercado.

O caráter de internacionalização, antes de jurídico (tratados, convenções etc.), é fático. Ou seja, é a tensão dos elementos paradigmáticos por meio das crises, que, com o tempo, foi se manifestando em espectros cada vez mais amplos e transfronteiriços, gerando a necessidade de que o direito, na mesma medida, abarcasse essa realidade orgânica. Os elementos aqui analisados como formadores do paradigma se manifestam num espectro eminentemente internacional, na mesma medida da expansão do capitalismo mercantil, sendo, até certo ponto, uma de suas inúmeras manifestações, especialmente de um ponto de vista econômico. O paradigma internacional da propriedade intelectual, assim, possui espectro relativamente mais amplo do que o *direito* internacional da propriedade intelectual, sendo este, na verdade, aquele que internaliza as experiências (sobretudo as crises) que se desenvolvem em espectro eminentemente internacional³⁶⁸.

³⁶⁸ “Los incluimos en este desarrollo del derecho de autor para demostrar como la norma es el producto de una época y que sus presupuestos son múltiples. Como dijimos, en la Edad Media los privilegios estuvieron concebidos como monopolios de explotación y ligados a la concentración del poder, a la formación de los Estados, al propósito de fomentar el progreso y substituir las exportaciones. En 1330 en Francia Felipe VI otorga un privilegio a Philippe de Caqueray para la manufactura de vidrio y contra el pago de una tasa; en Florencia en 1427 se otorga un privilegio exclusivo para una verdadera invención al arquitecto Filippo

O direito, assim, atua como ferramenta de estabilização desses conflitos, sejam eles manifestados no âmbito nacional ou internacional. E quanto maior for a capacidade das crises abalarem as estruturas dos respectivos elementos, somado ao número de grupos de interesses envolvidos, maior será a necessidade de atuação pelo direito. É interessante notar, aliás, como esses elementos se manifestam diversamente sobre os diferentes ramos da propriedade intelectual (direitos autorais, patentes, marcas etc.).

Supõe-se que os elementos paradigmáticos da propriedade intelectual se aplicam a todos esses ramos, às vezes pendendo-se mais para um ou para outro. A questão do acesso e da reprodutibilidade, por exemplo, possui uma força de tensão relativamente maior nos direitos autorais e nas marcas do que nos direitos de patente. Isso porque os custos de acesso e reprodutibilidade de uma patente tendem a serem maiores, uma vez que ainda se encontram inseridos na limitação física das “coisas de fábrica“. Em outras palavras, violar em escala um bem protegido pelo direito industrial da patente mostra-se como sendo muito mais dificultoso do que as violações de marcas e direitos autorais. Estas, mesmo antes da *internet*, já enfrentavam tais tensões em decorrência dos meios tecnológicos de proteção.

Cada um desses ramos, dentro dos elementos paradigmáticos da propriedade intelectual, possui controvérsias específicas. No caso das patentes, por exemplo, duas questões se apresentam como sendo tradicionalmente emblemáticas, pelo menos nas últimas décadas: a) patenteamento de produtos farmacêuticos e b) patenteamento genético. Analisando-se ambos os casos sob o viés aqui explorado, o primeiro caso resume bem a questão do apelo mercantil,

Bruneleschi por un nuevo tipo de barco con aptitud de subir cargas pesadas, en Venecia em 1443 a Antonio Marín por 20 años con exclusividad por un molino que no requería fuerza hidráulica. El Senado veneciano em 1427 dictó la primera ley de patentes, las que debían registrar en la oficina de los “Proveditori” de la Comuna, (la invención debía ser posible usarla y debía explotarse). El derecho se otorgaba con exclusividad por 10 años com derecho a indemnización tasada y destrucción de los productos falsificados, pero el Estado se reservaba el derecho para usarlo para si. Como los privilegios se multiplicaban se inicia un movimiento de protestas y un fallo de 1602, “Darcy vs. Allein”, se vincula a aquellas cuando decide que ninguna actividad puede ser prohibida o puesta bajo monopolio salvo la novedosamente inventada por la habilidad de un hombre. Durante el reinado del Jaime I se dictó em 1624 el Estatuto de los Monopolios que derogó los privilegios existentes y limitó los nuevos solo en favor de los inventores de cualquier clase de manufactura existente que se promulgó un edicto real que reglamentó el otorgamiento de los privilegios de invención y limito su duración a 15 años. Em el Estado de Massachusets em 1641 se prohibió la concesión de monopolios a menos que sea por nuevas invenciones, provechosas para el país y por corto tempo”. (III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. OMPI. Tomo I. Uruguay, Montevideo, 1997. p. 70).

acompanhado de certa carga de viés ideológico. As empresas farmacêuticas alegam que nada mais fazem do que explorar seus produtos de modo a auferir lucros que sejam capazes não somente de recuperar os altos investimentos, mas também, de viabilizar a alocação de recursos para novas pesquisas. Esse argumento é, muitas vezes, utilizado como forma de confrontar os apelos humanitários, sobretudo em países da África, em relação à necessidade de acesso a tais medicamentos. Dentre os elementos tensionados, destacam-se o apelo mercantil, os jogos de poder que envolvem os países desenvolvidos e em desenvolvimento, característica essa que não invariavelmente extrapola-se para argumentos de vieses ideológicos, de ambos os lados.

Em relação ao caso das empresas que buscam patenteamento genético, o grande debate gira em torno da possibilidade ou não de se patentear algo que poderia ser considerado como pertencente à natureza, sendo mais resultado de uma descoberta, em si, do que algo que advém da criatividade humana. O reconhecimento pelo direito é o elemento que se amolda a essa questão. O principal objetivo é perseguir a legitimação pelo direito, viabilizando, primordialmente, a possibilidade de coerção. O argumento da recuperação de investimento (apelo mercantil) também se aplica a esses casos.

No caso dos direitos autorais e marcas, para ficarmos nos exemplos aqui explorados, outros também são os polos de tensão. A questão da recuperação do investimento também se aplica aqui, sendo essa, aliás, a linha que, de modo geral, é a que mais parece se desenvolver em relação aos ramos da propriedade intelectual. Mas aqui, haja vista a difusão do acesso à informação e ao conhecimento, somada a disseminação da capacidade de reprodução em escala, adicionam-se outras tensões. A capacidade generalizada de reprodução e distribuição que presenciamos nesses dois casos, seja em filmes e músicas digitais, ou mesmo, na possibilidade de vários agentes em produzir vestuário contrafeito com marcas de renomes em pequenos complexos fabris, primeiro tensiona a dicotomia entre controle e acesso para, logo em seguida, exigir que o direito atue como forma de mitigar as crises, sendo esse cenário propício para o desenvolvimento de argumentos ideológicos (acesso ao consumo, acesso à cultura etc.).

Nesses diferentes casos, notamos o aparecimento dos elementos paradigmáticos da propriedade intelectual, seja de forma isolada ou conjuntamente. Enquanto que no caso dos direitos autorais e marcas, a dicotomia entre controle e acesso se apresenta de forma mais contumaz, no caso das patentes, esse elemento não se apresenta como a principal fonte de controvérsia, em razão da (ainda) difícil capacidade de reprodução e distribuição por agentes outros que não sejam as respectivas (não obstante também existirem reproduções não autorizadas, embora em escala menor). A questão dos jogos de poder em relação aos países desenvolvidos e em desenvolvimento, inclusive com a adição de questões de ordem humanitária, como no caso das patentes de medicamentos, não se aplica, no tocante as tensões, as mesmas que acometem, por exemplo, os direitos autorais e as marcas.

A superação ou ameaça ao paradigma formado por tais elementos só seria possível no momento em que os elementos ora analisados deixassem de se manifestar quase que em sua totalidade. Hipoteticamente, a partir do momento, por exemplo, em que a informação ou conhecimento deixem de ser considerados como verdadeira mercadoria, ou mesmo, que o acesso a eles seja completamente inviabilizado, as tensões diminuem, reduzindo a necessidade de que o direito atue na condição de “pacificador” (ou melhor, na condição de legitimador da capacidade de coerção). Nesse sentido, o advento da computação e da *internet* ofereceram interessantes elementos para o estudo da superação do paradigma, embora seus movimentos afetos não tenham tido a capacidade de consubstanciar mudanças conjunturais (não nesse sentido), seja em razão de falta de poder suficiente para pressionar o sistema da forma como posto, seja em virtude de alta carga ideológica (analisarmos esses pontos mais detalhadamente no decorrer do trabalho).

O que se busca, aqui, é explorar a possibilidade de trabalhar com um paradigma mais uniforme, ainda que multifacetado, que sirva de auxílio para explicar as crises e as tensões que afligem os diferentes ramos da propriedade intelectual, que acabam invariavelmente desaguando na formação desse direito. Com isso, pretende-se conferir menor ênfase a teorias que pretendem, a partir de argumentos específicos, que buscam apoio em pontos comuns para explicar a matéria, preferindo-se partir para uma noção de paradigma aberto, que, apesar dessa condição, não deixa de lado a possibilidade que se encontrem

determinados elementos uniformes que, dinamicamente e de modo fluido, aplicam-se às diferentes ramificações da propriedade intelectual.

O paradigma internacional da propriedade intelectual, em resumo, denota o conjunto dos aspectos que foram examinados nesta parte do trabalho. O núcleo desse paradigma, em outras palavras, é formado por elementos essenciais para a sua estruturação, aspectos esses que se mostram presentes desde há muito. Eles, dessa maneira, sobrevivem ao tempo, ainda que sejam analisados sob circunstâncias tecnológicas e econômicas substancialmente diversas. Sistema capitalista, valor econômico, escassez, regulação de mercados, prazos limitados de proteção, capacidade de reprodução e acesso não autorizado por terceiros, necessidade de exclusão, conceito de autor, recuperação de investimento, incentivo à inovação, promoção da cultura, formalização pelo direito, estratégias de governo, entre outros, representam algumas das características paradigmáticas que, ainda que envoltas, em maior ou menor grau, no âmbito de discursos ideológicos, constituem a essência da matéria, mesmo que as vezes de forma contraditória e paradoxal.

CAPÍTULO 2 – PERSPECTIVAS DE CRISE SOBRE A PROPRIEDADE INTELECTUAL

2.1 Notas introdutórias sobre crise, suas motivações e perspectivas

Nessa segunda parte do trabalho, buscaremos compreender de modo aprofundado as manifestações das crises relativas à propriedade intelectual, quando possível, em suas diferentes vertentes. Essa segunda parte, seguindo a linha de raciocínio do trabalho, buscará avaliar as crises, em especial, em relação a sua capacidade de tensionar os elementos paradigmáticos da propriedade intelectual, explorados na primeira parte do trabalho. Dito de outra forma, enquanto que os elementos expostos acima mostram-se como sendo características consistentes no tempo, o papel das crises, nesse contexto, exerce sobre eles, ao mesmo tempo, tanto um papel de modelagem quanto de contraposição. Estas duas características, no presente escopo, caminham juntas.

Desde a prensa, quando se torna possível, nessa linha, a identificação de boa parte dos referidos elementos consistentes, a formação paradigmática da matéria foi se formando lentamente, seguindo, em maior ou menor grau, os ditames de tais fatores, juntamente com as crises. Estas, em realidade, ao se manifestarem, ora em âmbito nacional, ora em espectro internacional, invariavelmente confrontam tais elementos, formando um conjunto de opiniões críticas e interesses que acabam por moldar o direito da propriedade intelectual. E, assim, pressupomos que foram se consolidando os prazos de proteção, a absorção de avanços tecnológicos, a formação da noção de domínio público, as limitações, etc.

A escolha pelo foco nas crises da propriedade intelectual se dá pela crença de que elas têm maior capacidade de explicar o fenômeno do que qualquer outra explicação que se apresente de forma mais elaborada e uniforme. Esse argumento, na verdade, poderia servir para qualquer matéria, a partir do momento em que se parta do pressuposto de que o direito é um fenômeno cultural, cujo desenvolvimento, por essa própria razão, se faz a partir da própria experiência humana, principalmente, de suas tensões.

O pressuposto aqui levado em consideração no que tange à exploração das crises, é que o direito, por si, ou seja, apenas analisado no seu conjunto normativo, mostra-se como sendo insuficiente para permear os meandros complexos dos temas. Quando esse se mostra o caminho a ser escolhido, a complexidade é reduzida a determinados dogmas que, por sua própria natureza, se mostram insuficientes para a compreensão da conjectura da propriedade intelectual. O entendimento do conjunto normativo, na realidade, é de utilidade irremediável quando da necessidade de que se lance mão do ferramentário adequado para enfrentar temas iminentemente jurídicos. Em uma palavra, serve quando a questão se desenvolve “da porta para dentro” do direito.

Mas, em se valendo da noção de que o tema, assim como qualquer outro, vem da experiência³⁶⁹, é preciso, quando se busca a compreensão mais conjectural do tema, deixar um pouco de lado os conflitos internos do direito para voltar à sociedade e analisar seus atuais desenvolvimentos que podem, cedo ou tarde, de forma direta ou indireta, interferir na formação do direito. Não se pode, à guisa de exemplo, conjecturar sobre o termo Sociedade da Informação, somente a partir do direito. Mesmo que a lei a defina, mostra-se como sendo completamente inviável entender a sua complexidade sem que se recorra às teorizações e visões de mundo daqueles que se dedicaram a compreendê-la, muitas vezes, sem nenhuma formação jurídica.

Almeja-se, assim, na pretensão de apresentar uma visão sobre a propriedade intelectual, deixar um pouco de lado os dogmas, sobretudo jurídicos, e partir para o que a experiência tem a oferecer na compreensão mais profunda do tema, sobretudo em uma época em que se nota uma ebulição da matéria no contexto dos meios digitais e da *internet*. Esse contexto, na presente proposta, instrumentaliza-se a partir do estudo das crises. Estas, em uma palavra, necessariamente surgem a partir do momento em que há tensões sociais que precisam, cedo ou tarde, serem harmonizadas pelo direito. A lei não surge de uma espécie de grau zero, sempre há uma motivação e um interesse, muitas vezes (infelizmente), sem nenhuma carga de altruísmo e de busca, genuína, pelo bem da coletividade.

³⁶⁹ “*El reconocimiento y la formulación jurídico-positiva de los derechos del autor (que se produce en el siglo XVIII) requería, además de determinados factores técnicos, económicos y sociales*”. (III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. OMPI. Tomo I. p. 43).

A análise das crises, dentro daquilo que imaginamos, também se enquadra dentro de uma ordem lógica de coisas no presente trabalho. Como já se notou, o objetivo aqui é de estabelecer certas premissas que auxiliam na estabilização de determinados elementos que explicam aquilo que poderia ser denominado como sendo o paradigma internacional da propriedade intelectual. Esse foi o objetivo buscado na primeira parte do trabalho. Já nesta segunda parte, existe uma tentativa de aprofundar os cenários que, com o tempo, foram se desenvolvendo de modo a reforçar ou tensionar os elementos paradigmáticos da matéria. Cenários esses explicitados por aquilo que denominados “perspectivas de crise sobre a propriedade intelectual”. De uma perspectiva mais ampla, antes que se ingresse, de forma introdutória, nos temas escolhidos como crises, para elucidar a presente problemática, também buscamos ressaltar a importância e pertinência dessa abordagem.

Num primeiro momento, em tempos de discussão aprofundada sobre o tema, a abordagem aqui proposta, julgamos, ressalta uma questão fundamental que aflige, inclusive, muitas outras áreas: a perspectiva cíclica ou de continuidade. No contexto de crise da propriedade intelectual, em especial, mas não somente, da difusão de bens “culturais”, às vezes, se parte do pressuposto de que os fenômenos presenciados hoje são exclusivos dos tempos atuais. Essa visão, que foi, direta ou indiretamente, fomentada pela ascensão da *internet* e da digitalização, mostra-se como sendo absolutamente míope. Como veremos no estudo das crises, notaremos que as controvérsias que acometeram a propriedade intelectual em decorrência do aparecimento dessas novas tecnologias são apenas novas formas de enxergar velhos dilemas, levados a efeitos por atores diferentes em novos jogos de poder. Mas, parafraseando o título em português do romance de Erich Remarque, “Nada de Novo no Front”.

Esse aspecto de deixar de lado o peso da continuidade histórica, por mais banal que possa parecer em um primeiro olhar, esconde algumas questões bastante interessantes, sobretudo nos jogos de poder. Ela trabalha, sendo essa apenas uma breve reflexão preliminar que será revistada no decorrer do trabalho, com a noção do “velho” e do “novo”. Essa espécie de dicotomia, que inclusive pode ser conjecturada pelos estudos da comunicação, promove uma concepção de que determinados elementos da propriedade intelectual não se mostrariam

como sendo “atuais” ou “modernos” o suficiente para lidar com os avanços das tecnologias contemporâneas, sendo esse um fator que fricciona os conflitos da matéria, funcionando, tais argumentos, como ferramentas que elevam o grau de desenvolvimento ideológico sobre a temática.

Outro elemento que vale explorar nesse ponto é o da necessidade de olhar “da porta para fora” em relação ao direito. Já reforçamos esse aspecto e possivelmente assim continuaremos até o fim do trabalho, uma vez que esse é um dos elementos cruciais da tese. Ao olhar para fora do direito, melhor compreendendo os aspectos que formam as crises paradigmáticas da propriedade intelectual, buscamos nos elevar a uma posição privilegiada em relação não somente à matéria, em si, mas de como ela é internalizada no direito. Excluindo-se desse universo desenvolvimentos complexos que teorizaram sobre a posição da matéria na teoria do direito (cujos alguns dos fundamentos visitamos na primeira parte do trabalho), o fato é que o direito serve, nesse particular, como ponto de “convergência” daquilo que, muitas vezes, vem de fora.

Em outras palavras, assim como no exemplo que exploramos em relação à Sociedade da Informação, mostra-se como sendo tarefa das mais demandantes capturar a complexidade de determinados termos afetos à propriedade intelectual como inovação, acesso à cultura, progresso, criações do espírito, obra, originalidade, novidade etc., apenas levando em consideração aquilo que a lei tem a dizer, ou a forma de como eles são tratados no conjunto normativo próprio. Para se compreender a razão de ser desses termos, é preciso ir além. Do contrário, permanecemos num contexto de explicações dogmáticas (que formam, dentro do contexto de Warat, uma espécie de senso comum teórico dos juristas).

Há também, ressalta-se, a importância do estudo das crises e de suas conjunturas não somente para entender o passado e o presente, mas o futuro. O contexto de formação da propriedade intelectual, apesar de dinâmico, apresenta, como já explorado, algumas características uniformes. Estas, dentro de determinadas condições específicas, vez ou outra, tendem a aparecer com maior ou menor intensidade, sendo tal nível, usualmente, aferido por meio do grau de intensidade das crises. Na verdade, essa compreensão conjectural, nos limites

aqui propostos, permite prospectar, com mínima consistência, os desenvolvimentos da propriedade intelectual no futuro, em especial, do ponto de vista tecnológico e econômico, uma vez que esses dois temas permanecem se solidificando como áreas fundamentais à modelagem do tema.

Não se trata, é claro, de nenhum exercício de futurologia. A análise proposta das crises permitirá que ingressemos na última parte do trabalho em melhor posição para refletir sobre as fricções que podem aguardar a propriedade intelectual no futuro visível, sobretudo em um momento em que novas tecnologias, acompanhadas de suas ramificações de exploração econômica, encontram-se em completa ebulição. O pressuposto é de que não existe, no futuro “visível”, nenhuma condição que tenha o condão de pressionar os elementos intrínsecos que formam o paradigma da propriedade intelectual. Dito de outra forma, no curso provável de coisas, a “fórmula” que explica o paradigma continuará presente, sendo ainda aplicável para entender a evolução da matéria, não obstante já ser possível identificar certas características que, ao menos, possibilitam uma visão contrária (ingressando, com esse argumento, dentro daquilo que poderia ser considerado imponderável).

Em resumo: as crises serão analisadas como fatos sociais complexos, desenvolvidos em grande medida no seio da produção capitalista, que friccionam os elementos que formam o paradigma da propriedade intelectual. As perspectivas escolhidas para elucidá-las não são obviamente estanques. Muitos são os olhares possíveis nesse tema. Elas, contudo, refletem aquilo que julgamos como os pontos mais essenciais de compreensão na presente abordagem. Essa análise, multidisciplinar por natureza, cobre, a nosso ver, as principais controvérsias atinentes às crises, cujos efeitos, analisados no contexto passado, são sentidos até hoje. Também oferecem, como já explicado, o substrato necessário para refletir sobre os caminhos futuros que o tema pode trilhar.

As crises serão analisadas sobre quatro perspectivas diferentes: a) tecnológica, em que analisaremos os efeitos da tecnologia na formação da propriedade intelectual, estudando os seus efeitos diretos nos elementos que formam o paradigma da matéria; b) de autoria, momento em que buscaremos analisar a posição do autor/inventor e da criação, em si, levando

em consideração a sua importância como um dos elementos mais basilares da matéria, representando parte intrínseca de sua natureza; c) econômica, âmbito em que exploraremos alguns dos ângulos mais importantes que consideram a propriedade intelectual, essencialmente, como ferramenta disponível ao empresário à sua busca por lucro na produção capitalista; d) político-jurídica, contexto em que estudaremos o envolvimento político e o acomodamento, pelo direito, inserido dentro de um contexto de crise, das normas de harmonização da propriedade intelectual.

2.2 A crise sob uma perspectiva tecnológica

O desenvolvimento da técnica, inserido no contexto de análise dos elementos formadores do núcleo duro da propriedade intelectual, se mostra como uma das peças mais substanciais para a compreensão da matéria e dos rumos que ela pode levar. No decorrer do trabalho, sobretudo quando da análise do impacto da prensa, foi possível notar a forma como a tecnologia, em si, foi decisiva não somente para a formação desse direito, como também, de seus desdobramentos futuros. Mostra-se como tarefa inviável refletir sobre os meandros da propriedade intelectual sem conjecturar sobre o papel da tecnologia. Ela foi responsável por servir, dentro de um contexto favorável, de mola propulsora para a formação de um dos principais fatores do tema que é a capacidade de cópia.

A prensa, como vimos, deu início a um movimento que perdura até os dias atuais que é a capacidade de friccionar, a partir de seu dinamismo intrínseco, cadeias de produção estabelecidas. Mais importante, ela traz à tona, pela primeira vez, as controvérsias advindas da capacidade de reprodutibilidade e dos interesses contrários de controle informacional e de conhecimento. Esse curso, iniciado por ela, continua até os dias atuais, sendo os movimentos dinâmicos da tecnologia responsáveis, em grande medida, pelas crises que ajudam a moldar a matéria, no seu espectro mais amplo que envolve direitos autorais, marcas, patentes etc.

O que se quer dizer, afinal, com a capacidade de reprodutibilidade? A lógica, na verdade, é muito simples. Em uma palavra: a importância da propriedade intelectual é

diretamente proporcional à existência de tecnologias que viabilizem, de forma disseminada e pouco onerosa, a reprodução de bens intelectuais, portanto em escala, que detenham considerável valor de mercado numa determinada sociedade (capitalista). Tais elementos funcionam, nesse contexto, em conjunto: não basta somente existir uma determinada tecnologia que seja capaz de reproduzir um determinado bem intelectual, ela precisa ser disseminada, ou seja, diversos agentes têm de ter a capacidade de manuseá-la. Além disso, em atenção aos ditames de mercados atuais, ela ainda precisa se fazer em escala, razão que torna viável a monetização das reproduções. Igualmente, se faz necessário que os bens objetos de reprodução tenham capilaridade mercantil, ou seja, o público consumidor precisa ter interesse efetivo no bem.

Essa fórmula, em verdade, talvez represente apenas um dos espectros possíveis. Há, nela, uma tensão que coloca frente a frente a empresa que detém o direito de reprodução ou difusão do bem intelectual e aqueles que, num âmbito paralelo, tentam reproduzir não somente os bens, em si, mas os meios de reprodução. Mas um outro espectro possível, cuja fórmula acima não se aplica em sua integridade, coloca lado a lado não só a empresa e os agentes do mercado paralelo, mas a empresa em face de outra empresa que igualmente atua no mercado formal, detentora de poder de mercado (como no caso Apple Vs Samsung, ou mesmo, na competição entre os mercados americano e japonês em meio à ascensão dos circuitos integrados). Neste caso, ela ingressa no contexto eminentemente concorrencial. Em ambos os casos, contudo, o papel da tecnologia se mostra determinante.

O fator da reprodutibilidade impacta, com maior ou menor contundência, os ramos mais importantes da propriedade intelectual, sobretudo, direitos autorais, marcas e patentes. Em tempos recentes, os dilemas advindos desse fator foram mais impactantes em relação aos direitos autorais. Aliás, seria inclusive possível supor que os direitos autorais sempre foram o ramo mais vulnerável nesse aspecto, em especial pela amplitude dos bens intelectuais “culturais” (obras literárias, musicais, científicas etc.). Mas os bens relativos às marcas e às patentes, atualmente, não ficam para trás, aliás, apenas confirmam a tese da importância da tecnologia na matéria.

A necessidade de suporte material sempre funcionou como um dos fios condutores nas discussões atinentes à tecnologia. A necessidade de suporte material para acessar um bem cultural, um produto com uma determinada marca ou um produto inovador, por meio de patente, sempre atuou como balizador da capacidade de reprodutibilidade, especialmente por terceiros. A necessidade de suporte material, ao intrinsecamente diminuir essa capacidade, estabelece uma espécie de salvaguarda em relação aos direitos de propriedade intelectual. Em outras palavras, o fator tecnológico atua de modo decisivo em relação à proteção dos direitos de propriedade intelectual, uma vez que, em não havendo a possibilidade de cópia nos limites aqui propostos, as tensões da matéria, no máximo, tendem a ser localizadas.

Essa conjectura, como veremos, de modo mais detalhado à frente, tanto na parte das crises, quanto do futuro da propriedade intelectual, atua de forma diferente em relação aos diferentes ramos do tema. A área de patentes, por basicamente subsistir em meio à necessidade de um suporte material que confira publicidade “material” à inovação, resta relativamente “protegida” por meio dessa “limitação”. Por consequência, tende a existir menor grau de violação aos bens correspondentes do que em relação a outras áreas, cuja capacidade de reprodução é mais acessível, como é o caso dos direitos autorais e das marcas. No caso dos direitos autorais, já não são mais novidade os efeitos da digitalização, que basicamente eliminaram quase que por completo a necessidade de suporte material para a comercialização de bens culturais, deslocando, em princípio, o polo de tensão da reprodução, em si, para o acesso. Mas veremos isso mais à frente. Em relação às marcas, a digitalização não teve o mesmo impacto no produto, em si, mas no âmbito da oferta. A capacidade disseminada de reprodução de bens que reproduzem marcas, sobretudo aquelas de maior valor no mercado, decorre do acesso de diversos agentes a meios de produção que viabilizam tal atividade, sendo o universo da digitalização, nesse quesito, responsável por possibilitar a colocação no mercado por meio dos comércios virtuais (*e-commerce*) – lembrando aqui que o custo não se reduz somente à capacidade de reprodução, mas também, à comercialização do produto.

O que se busca enfatizar, nesse momento, como introdução ao tópico da crise sob uma perspectiva tecnológica, é que todas essas variantes decorrem, de forma direta, das mudanças verificadas no curso da técnica. Esta, como veremos, tem a capacidade de interferir

em diferentes aspectos da chamada “cadeia de produção” dos bens analisados: ora influencia a capacidade de reprodução, ora interfere nos canais de oferta, ou mesmo, como aconteceu recentemente no caso dos direitos autorais, ora exerce pressão nos intermediários que compõem tais cadeias. Essa “interferência”, na verdade, gera uma crise que, dependendo da sua amplitude e capacidade de modificação do estado de coisas, traz a discussão da propriedade intelectual, inclusive jurídica, aos holofotes da sociedade.

2.2.1 Ponto de partida: definições acerca do conceito de tecnologia

No decorrer do trabalho, já foi possível estabelecer, de modo esparso, uma conexão direta entre os fundamentos da propriedade intelectual e o desenvolvimento da tecnologia. Por ora, já é possível estabelecer uma relação intrínseca entre ambos os espectros, sendo a tecnologia um fator absolutamente chave para a definição dos rumos da matéria, em suas mais variadas vertentes. Entretanto, para ir a fundo à compreensão mais detalhada dessa relação é preciso ir além da simples identificação dos avanços, em si, das tecnologias de comunicação de massa. Assim, não basta, somente, identificar o impacto específico de tecnologias como a prensa, a fotografia, o rádio, a televisão, o telefone, a internet etc., na propriedade intelectual, sendo necessário compreender, também, de forma mais profunda, a própria noção de tecnologia, sobretudo, nos dias atuais, uma vez que ela pesa sobremaneira no arranjo do tema.

Tal corte mostra-se ainda mais importante na atualidade haja vista a explosão de conceitos que pretendem explicar o estado de coisas tecnológico da contemporaneidade. É nesse contexto (extrapolando-se para a segunda metade do século XX em diante) que surgem definições como Sociedade Pós-Industrial, Sociedade em Rede, Sociedade da Informação, Sociedade Tecnológica, Ciberespaço, Era virtual, Sociedade Conectada, entre outras inúmeras definições. De um ponto de vista histórico, trata-se, a nosso ver, de meros corte semânticos que dizem pouco, de um ponto de vista qualitativo, do formato atual da sociedade³⁷⁰. De todo

³⁷⁰ “Estes são geralmente lançados no Mercado com rótulos tais como “o homem e a técnica”, “tecnologia e humanismo”, “a técnica inimiga do homem”, “o poder avassalador da máquina”, a “sociedade dirigida por

modo, já que essa crítica não se enquadra no presente escopo, buscar-se-á, apenas, identificar os elementos que tal conjuntura pode oferecer à problematização da acerca da crise da propriedade intelectual de uma perspectiva tecnológica.

O primeiro passo da análise proposta é recordar algo que, não obstante soar como óbvio, mostra-se de há muito negligenciado: “*the world of technics is not isolated and self-contained: it reacts to forces and impulses that come from apparently remote parts of environment*”³⁷¹. Isso significa dizer, em outras palavras, que a tecnologia não representa algo que se desenvolve de modo apartado das relações sociais, como se tivesse “vida própria”, mas, muito ao contrário, decorre diretamente das relações sociais e dos interesses mais substanciais pertencentes aos mais diversos grupos de interesse que compõem a sociedade, denotando, assim, não somente a alta carga de historicidade³⁷², que forma o seu núcleo conceitual, mas também, das ondas largas de acúmulo de conhecimento e progressos tecnológicos³⁷³.

Álvaro Vieira Pinto, em sua obra “O Conceito da Tecnologia”, vai além, ao determinar a tecnologia como fator diferenciador do próprio humano, argumento que, de pronto, eliminaria a possibilidade de segmentar a história a partir de “eras” tecnológicas: “a idéia de “era tecnológica” é uma operação ideológica com a qual cada grupo dominante apresenta sua versão de “fim da história”. O momento no qual se triunfa passa a ser o momento no qual a história estaria vivendo seu ápice”³⁷⁴. Nesse sentido, a própria condição de existência já representaria um *ser no mundo* técnico, contexto em que existência e técnica se apresentam como sendo sinônimos: a existência seria a própria existência “técnica”³⁷⁵.

cérebros eletrônicos” e mil outros mais”. (PINTO, Alvaro Vieira. *O Conceito da Tecnologia*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005. p. 49).

³⁷¹MUMFORD, Lewis. *Technics & Civilization*. Chicago: University of Chicago Press, 2010. p. 6.

³⁷² “Os homens nada criam, nada inventam nem fabricam que não seja expressão das suas necessidades, tendo de resolver as contradições com a realidade [...] toda possibilidade de avanço tecnológico está ligada ao processo de desenvolvimento das forças produtivas da sociedade, a principal das quais cifra-se no trabalho humano”. (PINTO, Alvaro Vieira. *O Conceito da Tecnologia*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005. p. 49).

³⁷³ “*What is usually called the industrial revolution, the series of industrial changes that began in the eighteenth century, was a transformation that took place in the course of a much longer march*”. (MUMFORD, Lewis. *Technics & Civilization*. Chicago: University of Chicago Press, 2010. p. 4).

³⁷⁴PINTO, Alvaro Vieira, 2005, op. cit. p. 19.

³⁷⁵ “A história da técnica pavimenta a estrada da vitória do homem, da afirmação de sua capacidade biológica de se fazer a si mesmo, cada vez em nível de realização mais alto, graças exatamente à conquista e domesticação das forças que lhe são antagonistas, que o aniquilariam ou o manteriam na condição de animal comum, não fosse a faculdade de pensamento desenvolvida por suas possibilidades de trabalho social cooperativo”. (Ibid. p. 293).

A partir desse argumento, a expressão “Era Tecnológica”, assim, contemplaria todo o período histórico do homem, a partir do momento em que alçou a posição de agente capaz de elaborar projetos e desenvolver objetos que o caracteriza por sua própria condição histórica, como parte da sua contradição existencial com a natureza³⁷⁶. A técnica, dessa forma, representa o domínio do homem sobre a natureza, manifestando-se de forma diferente, dependendo das condições materiais e sociais de determinada época. Seria essa, aliás, a diferença fundamental entre o homem e os animais irracionais, cujo domínio da natureza, em grande parte, depende dos progressos biológicos da seleção natural³⁷⁷.

Álvaro Vieira Pinto, filósofo brasileiro, definia a tecnologia em quatro significados principais³⁷⁸: a) Etimológico; b) Técnica; c) Conjunto de técnicas; d) Técnica como ideologia.

a) O significado etimológico explica a tecnologia como sendo os diferentes modos de produzir algo. Seria, assim, a teoria, a ciência, o estudo, as discussões técnicas e as profissões que definem as diferentes nuances que se apresentam na produção de algo.

b) Em relação ao segundo significado, a tecnologia se apresenta, simplesmente, como técnica. Isso significa dizer, sendo esse o uso mais corrente segundo o autor, que ambas as palavras podem ser utilizadas de forma intercambiável no uso popular. Ela representaria aquilo que os americanos denominam como *know how*, ou seja, a habilidade ou capacidade de um determinado indivíduo ou empresa em realizar determinada tarefa ou objetivo a partir do uso apurado da técnica.

c) No terceiro sentido, a tecnologia é utilizada como termo que designa “o conjunto de todas as técnicas de que dispõe uma determinada sociedade, em qualquer fase histórica de seu desenvolvimento”³⁷⁹. O conceito, nesse sentido, teria o condão de definir determinada sociedade a partir das tecnologias que caracterizam sua existência específica, em uma época específica.

d) No último sentido, a tecnologia era traduzida pelo autor no seio do seu espectro ideológico (tema, aliás, bastante caro ao autor e que concentra grande parte de suas reflexões). A tecnologia, a partir dessa visão, é analisada como “ideologização da técnica”, ou seja, como termo que se forma no senso

³⁷⁶Ibid. p. 63.

³⁷⁷Ibid. p. 55.

³⁷⁸ Ibid. p. 219.

³⁷⁹ Ibid. p. 220.

comum, dissimulando o real por meio de conceitos superficiais que “constroem” os mais diversos cenários tecnológicos.

Dentre os quatro significados, os três primeiros podem ser analisados em conjunto, uma vez que são mais simples e possuem maior afinidade. O quarto é mais complexo, já que depende, para a definição de seu campo, de análises mais conjunturais. Em relação aos três primeiros, destaca-se que toda época teve a técnica que poderia ter³⁸⁰. De nada adianta imaginar (ou até mesmo demonstrar em laboratório) uma solução técnica cuja produção não seja possível, seja por sua inviabilidade do conhecimento técnico disponível, ou por uma configuração social desfavorável. Mesmo que uma máquina de teletransporte, por exemplo, seja testada de forma bem-sucedida, em laboratório, será preciso entender a sua viabilidade técnica, sobretudo de produção em escala, e se a opinião pública e os respectivos governos (com os seus mais variados interesses) irão suportar um avanço dessa natureza. Nesse caso, para ficar nesse exemplo, tal descoberta poderia gerar tanto efeitos quantitativos quanto qualitativos, podendo, até mesmo, definir toda uma civilização (terceiro significado)³⁸¹. Nesse sentido, ainda com Álvaro Vieira Pinto:

A descoberta e difusão da televisão podem ser interpretadas ou como acréscimo quantitativo do conhecimento no campo da eletrônica ou como variação qualitativa, se tomarmos, no segundo caso, por parâmetros valorativos as alterações introduzidas na conduta, nos condicionamentos e nos hábitos dos homens³⁸² [...]. Sem o reconhecimento social nenhuma invenção teria sentido, não sendo admitida como tal. São inúmeros os exemplos de cientistas pioneiros que passaram pela amargura de ver recusadas suas ideias ou criações. Tal foi o caso de Samuel Morse, que por longos anos não encontrou industrial ou governo que se interessasse por sua invenção técnica destinada a transmitir telegraficamente a palavra. Inclusive era-lhe demonstrado, pelos potentados aos quais recorria, pedindo atenção e ajuda, não haver vantagem prática no invento. A sociedade, mesmo a mais adiantada do tempo, não havia chegado ao ponto de sentir a exigência dessa forma de transmissão de informação.³⁸³

³⁸⁰Nesse sentido, aliás, de classificação de uma determinada civilização a partir de do conjunto de tecnologias dominantes, destaca-se o trabalho de vanguarda do historiador americano Lewis Mumford, que as dividia em fases: *the eotechnic phase; the paleotechnic phase; the neotechnic phase*. (MUMFORD, Lewis. *Technics & Civilization*. Chicago: University of Chicago Press, 2010).

³⁸¹PINTO, Alvaro Vieira. *O Conceito da Tecnologia*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005. p. 234.

³⁸²Ibid. p. 235.

³⁸³Ibid.

Esse argumento é importante porque desmistifica o caráter autônomo da tecnologia. Em outras palavras, ao enxergamos a tecnologia dentro de sua adequada problematização, elimina-se a pertinência de qualquer análise que julgue o desenvolvimento tecnológico como sendo determinista³⁸⁴ e evolutivo na sua acepção mais instrumental, como se ela, per se, tivesse o condão de ter o seu caminho traçado com autonomia (na condição de terceira pessoa em relação ao próprio humano e suas respectivas relações sociais). Além disso, essa problematização também visa questionar uma certa idolatria da técnica, que tende a apresentar determinados avanços como sendo resultado de forças individuais de grandes inventores ou empreendedores, movidos por seu gênio e vontade individual³⁸⁵. Esse aspecto específico, iremos explorar com maior profundidade na parte que tratará da crise de uma perspectiva de autoria. Retornando à problematização da tecnologia, destacam-se, uma vez mais, as palavras de Lewis Mumford:

*What we call, in its final results, “the machine” was not, we have seen, the passive by-product of technics itself, developing thought small ingenuities and improvements and finally spreading over the entire field of social effort. On the contrary, the mechanical discipline and many of the primary inventions themselves were the result of deliberate effort to achieve a mechanical way of life: the motive in back of this was not technical efficiency but holiness, or power over other man. In the course of development machines have extended these aims and provided a physical vehicle for their fulfillment.*³⁸⁶

Esse argumento, que dialoga com o quarto significado, apresentado por Álvaro Vieira Pinto (ideológico), traduz aquilo que desde há muito já era denominado por Lewis Mumford como “mechanical ideology”³⁸⁷. A tecnologia como ideologia, tema com o qual também iria se debruçar, futuramente, Habermas na obra “Técnica e Ciência como Ideologia”, talvez represente hoje um dos aspectos mais importantes com relação à compreensão do estado tecnológico atual, sobretudo pela própria insuficiência da compreensão sobre sua natureza: “A possibilidade da metamorfose da técnica em mitologia, ou seja, em uma espécie

³⁸⁴Essa visão representa, segundo o professor Renato Dagnino, da Unicamp: “Ela é coerente com a noção de progresso como uma sucessão de fases ao longo de um tempo linear e homogêneo, dando origem a resultados melhorados sucessiva, contínua e cumulativamente”. (DAGNINO, Renato. *Neutralidade da ciência e determinismo tecnológico: um debate sobre a tecnociência*. Campinas, SP: Unicamp, 2010. p. 40).

³⁸⁵Ibid. p. 305.

³⁸⁶MUMFORD, Lewis. *Technics & Civilization*. Chicago: University of Chicago Press, 2010. p. 364.

³⁸⁷Ibid.

definida de ideologia social, decorre da falta de esclarecimento crítico sobre a natureza da tecnologia”³⁸⁸.

O termo ideologia, vale recordar, não é uma denominação simples. Não iremos enfrentar essa complexidade na sua totalidade, mas buscaremos, ao menos, deixar registrados breves conceitos. Segundo Marilena Chauí, o significado de ideologia representa a aparência social, ou seja, um modo imediato e abstrato de manipulação do processo histórico que tem o condão de ocultar ou dissimular o real³⁸⁹. Leandro Konder, a seu turno, fazendo referência a Stoppino, apresenta uma diferenciação fraca e outra forte³⁹⁰:

O significado fraco é aquele em que o termo designa sistemas de crenças políticas, conjuntos de ideias e valores cuja função é a de orientar comportamentos coletivos relativos à ordem pública. O significado forte é aquele em que o termo se refere, desde Marx, a uma distorção no conhecimento. Na primeira acepção, o conceito é neutro; na segunda, é crítico, negativo.

Apesar da complexidade intrínseca a respeito do conceito de ideologia, no momento, revela-se apenas importante identificar os conceitos que, em princípio, mostram-se como sendo uniformes, em relação ao espectro mais amplo da denominação e tudo aquilo que dela pode se extrair. Nesse sentido, é possível recorrer às noções de construção teórica distorcida que leva à alienação³⁹¹ (Marx), em construções limitadoras e unilaterais em relação à compreensão da realidade (“toda ideologia é simplificadora e esquemática”³⁹²), na deficiência relativa à compreensão da totalidade a respeito de determinado fenômeno, ou mesmo, na baixa carga de “historicização” a ela associada: “A possibilidade de superar os limites das representações mais arbitrárias e distorcidas da realidade depende, então, da nossa capacidade de pensar historicamente, de “historicizar sempre”, como aponta Frederik Jamenson”³⁹³.

³⁸⁸PINTO, Alvaro Vieira. *O Conceito da Tecnologia*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005. p. 235.

³⁸⁹CHAUI, Marilena. *O que é Ideologia*. São Paulo: Brasiliense, 2010. p. 40.

³⁹⁰KONDER, Leandro. *A questão da ideologia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 10.

³⁹¹ Ibid. p. 31.

³⁹² Ibid. p. 165.

³⁹³ Ibid. p. 188.

Habermas, em relação à tecnologia, busca desenvolver uma conexão direta entre ideologia e técnica: “pretendemos entender por “técnica” a capacidade de disposição cientificamente racionalizada sobre processos objetivados; com isso nos referimos, assim, ao sistema no qual a pesquisa e a técnica se fundem com a economia e a administração³⁹⁴”. Essa junção estabelece, segundo o autor, uma consciência tecnocrática que, com aporte em Marcuse, representaria uma relação de legitimação de poder. Em outras palavras, a técnica, levada em consideração como espécie de argumento de autoridade dos fenômenos atuais, atua como justificadora de várias das nuances relativas ao modo de ser contemporâneo, cuja racionalização nos pode remeter ao próprio Max Weber: “o destino de nosso tempo, que se caracteriza pela racionalização, pela intelectualização e, sobretudo, pelo “desencantamento do mundo” levou os homens banirem da vida pública os valores supremos e mais sublimes”³⁹⁵.

O aspecto central que se busca reforçar, nesse momento, é de não somente refletir acerca dos conceitos possíveis a respeito da tecnologia, mas também de compreendê-los à luz dos processos sociais mais amplos que se valem da tecnologia (ou da técnica) como fator chave para o seu desenvolvimento, inclusive, no que diz respeito aos processos ideológicos. Essas premissas, apresentadas de forma panorâmica, são fundamentais, pois pesam de forma determinante nas diferentes conjecturas referentes à propriedade intelectual. Esse direito, como resultado da experiência, invariavelmente internaliza em seu seio, não de forma uniforme, toda essa conjuntura, o que acaba, por consequência, ajudando a moldar o próprio conteúdo legislativo do tema.

A análise da propriedade intelectual, a partir de uma perspectiva tecnológica, assim, pode se desenvolver levando em consideração, especificamente, cada um dos significados relativos à tecnologia apresentados acima. Ao mesmo tempo em que pode, dessa forma, ser analisada a partir do avanço da técnica, considerada no seu aspecto instrumental de

³⁹⁴HABERMAS, Jurgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Tradução Artur Morao. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 143.

³⁹⁵Indo além: “A intelectualização e a racionalização crescentes não equivalem, portanto, a um conhecimento geral crescente acerca das condições em que vivemos. Significam, antes, que sabemos ou acreditamos que, a qualquer instante, poderíamos, bastante que o quiséssemos, provar que não existe, em princípio, nenhum poder misterioso e imprevisível que interfira com o curso de nossa vida; em uma palavra, que podemos dominar tudo por meio da previsão”. (WEBER, Max. *Ciência e Política: duas vocações*. Tradução Leonidas Hegenberg e Octayn Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2011. p. 35, 62).

aperfeiçoamento tecnológico, ela também pode ser estudada levando em consideração os delineamentos ideológicos da tecnologia, cujos desenvolvimentos podem tanto potencializar as suas premissas, quanto buscar destruí-las. Esse aspecto, que buscaremos desenvolver, sobretudo nessa parte do trabalho (crise de uma perspectiva tecnológica), é bastante presente, nos dias de hoje, em relação às discussões acerca da propriedade intelectual.

Do ponto de vista do avanço da técnica, em si, ou seja, no seu aspecto mais instrumental, a tensão relativa à propriedade intelectual é substancial, sobretudo, em relação às constantes tensões, como já tivemos a oportunidade de analisar no trabalho, entre controle e acesso da informação. Dessa forma, a tecnologia exerce, dentro de determinados ciclos tecnológicos, uma espécie de abertura e fechamento comunicativo, inserida no processo de disseminação da informação (ou, de forma intercambiável, do conhecimento). Nesse processo, podemos incluir a prensa, a fotografia, o rádio, a televisão e a internet. Formam-se, nesse contexto, tensões entre grupos que buscam abrir ou fechar esse espectro comunicativo, muitas vezes, a partir da lei (e de seu poder de coerção), mas, no final das contas, tudo dependerá da capacidade tecnológica ampliá-lo ou não. Essa questão será analisada, posteriormente, com mais detalhes, inserindo-se tanto no processo denominado como convergência tecnológica, como no contexto, já bastante difundido, apesar de suas insuficiências estruturais, ou seja, da Sociedade da Informação.

Além da investigação da propriedade intelectual, em decorrência da análise mais instrumental da tecnologia, como vimos acima, isto é, a conexão mais afeta aos três primeiros significados, apresentados por Álvaro Vieira Pinto, há ainda o significado ideológico que, nos dias atuais, é aquele que exige o maior esforço de investigação. Isso porque ele pode exercer força de influência em diversas direções, algumas das vezes, em sentidos opostos. De um lado, o sentido ideológico da tecnologia pode obscurecer o sentido da propriedade intelectual, pelo menos aquele extraído a partir do seu paradigma, por meio de uma visão, sobretudo originada dos avanços da cibernética, de que a tecnologia possui um desenvolvimento próprio, tendo a informação, nesse sentido, que fluir livremente. De outro, tem-se a ideologia tecnológica associada ao progresso técnico e à inovação, tendo a propriedade intelectual, nesse contexto,

importância por, em princípio, viabilizá-los juridicamente. Analisemos melhor esses dois aspectos.

2.2.1.1 Entre a potencialização e o descrédito: a técnica como ideologia e a PI

A análise proposta sobre a potencialização e o descrédito da propriedade intelectual, em relação às diferentes nuances ideológicas da tecnologia, indica, como já adiantado ao final do último tópico, que elas podem tanto potencializar os elementos que fundamentam o paradigma da propriedade intelectual, quanto apresentar fundamentações dissonantes em relação à estrutura da matéria. Esse corte, ao que tudo indica, se inicia com o posicionamento da tecnologia (ou de suas ideologias) como núcleo essencial do processo civilizatório, interferindo diretamente em diferentes áreas. No que diz respeito à propriedade intelectual, o impacto parece ter sido profundo. Analisemos ambos os espectros.

A questão posta sobre a cibernética, termo que no presente escopo será utilizado de forma intercambiável com computação, tecnologia, ou até mesmo, internet, surge principalmente com os trabalhos elaborados pelo estudioso americano Norbert Wiener, autor considerado o pai da cibernética. Segundo o autor do trabalho “Human Use of Human Being: Cybernetics and Society”, o escopo da cibernética poderia ser assim definido: “*Its is the purpose of Cybernetics to develop a language and techniques that will enable us indeed to attack the problem of control and communication in general*”³⁹⁶. Basicamente, as preocupações do autor a respeito desse tema recaem sobre os estudos a respeito da circulação das informações, dos *feedbacks*, dos ruídos, da entropia etc., ou seja, características gerais sobre o fluxo de informação que acomete tanto os animais quanto as máquinas, e as formas pelas quais ele pode ser aperfeiçoado, em especial, para evitar o caos informacional (entropia), aspectos que servem como núcleo fundamental da chamada Teoria da Informação. Nesse sentido, resume Benjamin Loveluck:

³⁹⁶ WIENER, Norbert. *The human use of human beings: cybernetics and society*. Boston: Houghton Mifflin, 1954. p. 17. (The Da Capo series in science).

De maneira mais geral, os trabalhos desses especialistas fizeram emergir uma nova definição de informação, baseada nomeadamente em uma equiparação entre o funcionamento da atividade neuronal, o dos circuitos eletrônicos e o cálculo booleano. A cibernética propõe, assim, uma Teoria da Informação e da Comunicação, que se situa na confluência da Biologia, da Física (em particular, a Termodinâmica), da Engenharia e das diferentes disciplinas da matemática.³⁹⁷

O problema posto por Wiener, em grande medida, é concentrado no aspecto da transmissão da informação, especialmente naquilo que seu livre fluxo pode limitar³⁹⁸. O autor demonstra grande preocupação com a integridade dos canais de comunicação, sendo ela essencial pelo próprio bem-estar da sociedade: “*this book argues that the integrity of the channel of internal communication is essential to the welfare of Society*”³⁹⁹. Escrevendo no contexto da 2ª Guerra Mundial⁴⁰⁰, tanto Norbert Wiener quanto Claude Shannon concentram seus esforços no aspecto mais instrumental das informações, dando pouca ênfase aos significados que elas podem carregar e, por extrapolação, à origem das mediações humanas. Essa é a principal crítica desferida pelo brasileiro Álvaro Vieira Pinto a tais autores.

Contra uma concepção apresentada pelos teóricos da teoria da informação e da cibernética de que a informação, nos sistemas computacionais, tem de circular livremente, assim permitindo uma transmissão e circulação em níveis ótimos, lembra Álvaro Vieira Pinto, por mais óbvio que possa parecer, que “a informação que circula na máquina é na verdade informação humana”⁴⁰¹. Ao dizer isso, na verdade, o teórico brasileiro buscou enfatizar as insuficiências da teoria da informação, calcada na falta de compreensão dialética acerca da origem do sistema informático que abastece os fluxos da máquina, lembrando que é o

³⁹⁷ LOVELUCK, Benjamin. *Redes, Liberdades e Controle: uma genealogia política da internet*. Petrópolis: RJ: Vozes, 2018. p. 27.

³⁹⁸ WIENER, Norbert, 1954, op. cit. p. 17.

³⁹⁹ Ibid. p. 131.

⁴⁰⁰ Da mesma forma procederam Norbert Wiener e Claude Shannon, os dois matemáticos da teoria da informação, em um projeto realizado para o National Defense Research Council: desenvolveram sistemas antiaéreos automáticos para a guerra aérea na Inglaterra, sem os quais – segundo as palavras do próprio Wiener – ele jamais teria concebido sua cibernética [...] as vésperas da Segunda Guerra Mundial, os sistemas antiaéreos anglo-americanos precisavam ser otimizados, diante das forças aéreas que estavam mais rápidas. Visto que o trajeto de voo real dos bombardeiros inimigos representa uma interação complexa entre ordens, erros de navegação, turbulências, círculos de viragem, manobras para evitar o fogo antiaéreo etc., ele não pode ser previsto como movimento aleatório humano. (KITTLER, Friedrich. *A verdade do mundo técnico: ensaios sobre a genealogia da atualidade*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016. p. 299, 350).

⁴⁰¹ PINTO, Alvaro Vieira. *O Conceito da Tecnologia*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005. p. 200.

processo social que condiciona a comunicação e as mensagens⁴⁰² e não, simplesmente, processos lógicos-dedutivos (ou matemáticos) que são avaliados de forma meramente instrumental, como um fim em si mesmo. Nesse sentido, argumentava o autor brasileiro:

O problema técnico da informação concentrava-se no aperfeiçoamento dos processos de transmissão, na melhora do transporte aos informantes ou dos documentos escritos, na feitura dos códigos, no aumento da velocidade, no registro dos sinais, na eliminação dos “ruídos” ou fatores de perturbação. Tal é o motivo do problema ter sido quase inteiramente reduzido ao aspecto da transmissão. Não é menos verdade, porém, que, do ponto de vista dialético, por impressionante que sejam os procedimentos de transmissão adotados no exercício social da informação, esse trânsito do processo total, no plano da matéria viva, e naturalmente mais ainda no nível humano, tem significação secundária em relação às duas outras funções, a emissão e a recepção⁴⁰³ [...]. A teoria da informação constitui um aspecto da cibernética, aquele que trata da interação de sistemas cibernéticos informativos, mas nem todos os problemas cibernéticos são acessíveis ao exame racional com os instrumentos conceptuais fornecidos pela teoria da informação e inversamente, muitos menos a exigem necessariamente.⁴⁰⁴

O núcleo da presente controvérsia, dessa maneira, concentra-se na consideração da teoria da informação como processo lógico baseado apenas em aspectos instrumentais tecnológicos e, conseqüentemente, pelo seu desprezo aos elementos semânticos oriundos das mediações linguísticas que decorrem das relações (dialéticas) advindas do corpo social. Essa crítica, aliás, poderia perfeitamente se estender à famosa frase de Marshall McLuhan “o meio é a mensagem”, uma vez que analisava o autor canadense o processo comunicativo, em si, na sua condição de mídia, como sendo o fator mais importante no que diz respeito às modificações das relações sociais (em detrimento das próprias mensagens que carregam). A esse respeito, por oportuno, mídia nada mais é do que o *meio* pelo qual a mensagem é suportada (e transportada): “A mídia é um suporte ou veículo da mensagem. O impresso, o rádio, a televisão, o cinema ou a Internet, por exemplo, são mídias”⁴⁰⁵.

Apesar de soar como uma digressão despropositada em relação à propriedade intelectual, na verdade, esse debate em muito contribui para a compreensão das tensões da

⁴⁰² Ibid. p. 294.

⁴⁰³ Ibid. p. 376-377.

⁴⁰⁴ Ibid. p. 383.

⁴⁰⁵ LEVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução Carlos Irineu da Costa. 3. ed. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 64.

matéria no que diz respeito à tecnologia. Nota-se, de plano, que não obstante as reflexões de Wiener não terem se concentrado na análise da comunicação humana, ou até mesmo biológica⁴⁰⁶, além das incursões sobre temas mais humanistas e econômicos, houve, a partir da teoria da informação, a formação de uma ideologia que acabou por descolar o processo de desenvolvimento tecnológico das próprias relações humanas. Dentre essas incursões, o próprio Wiener já fazia alusão a temas relacionados à propriedade intelectual, muito antes dos teóricos mais recentes que começaram a conjecturar sobre a problemática envolvendo o tema com a internet:

*There is no form of copyright law that prevents a movie success from being followed by a stream of inferior pictures exploiting the second and third layers of the public's interest in the same emotional situation [...]. I repeat, the prevalence of clichés is no accident, but inherent in the nature of information. Property rights in information suffer from the necessary disadvantage that a piece of information, in order to contribute to the general information of the community, must say something substantially different from the community's previous common stock of information.*⁴⁰⁷

Ao defender que “*information is more a matter of process than of storage*”⁴⁰⁸, Wiener trata os processos computacionais como sistemas autônomos, dando a entender, justamente pela falta da compreensão dialética acerca das informações que os compõem, que se trata de sistemas em que a informação deve circular livremente. Essa noção dos sistemas computacionais, e de sua relação com a informação, cria, nas décadas seguintes, especialmente após o advento da internet, uma concepção de que a circulação da informação na internet deveria fluir da mesma maneira como nos sistemas informáticos, noção essa de cariz eminentemente ideológico⁴⁰⁹, como veremos a seguir nos próximos tópicos. Essa conclusão,

⁴⁰⁶ KITTLER, Friedrich. *A verdade do mundo técnico: ensaios sobre a genealogia da atualidade*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016. p. 299.

⁴⁰⁷ WIENER, Norbert. *The human use of human beings: cybernetics and society*. Boston: Houghton Mifflin, 1954. p. 119. (The Da Capo series in science).

⁴⁰⁸ *Ibid.* p. 121.

⁴⁰⁹ RAYMOND, Eric. *The Cathedral and the Bazaar: Musings on Linux and Open Source by an Accidental Revolutionary*. USA: O'Reilly Media, 1999. p. 123: Nem mesmo Eric Raymond, entusiasta dos sistemas *open source*, deixa de reconhecer as insuficiências desse raciocínio: “*There is another myth, equal and opposite to the factory-model delusion, which often confuses people's thinking about the economics of open-source software. It is that “information wants to be free”. This usually unpacks to a claim that zero marginal cost of reproducing digital information implies that its clearing price ought to be zero (or that a market full of duplicators will force it to zero. Some kinds of information really do want to be free, in the weak sense that their values goes up as more people have access to them – a technical standard document is a good example. But the myth that all*

contudo, apenas segue a construção lógica do autor. Ao partir do pressuposto em relação à tendência ao caos e à entropia, Wiener identifica um certo equilíbrio, ainda que frágil, que ele denomina de *homeostasis*⁴¹⁰.

Nesse contexto, a informação representaria uma espécie de “antídoto” contra a entropia, ou seja, seria ela o elemento responsável por ordenar o sistema⁴¹¹. Como demonstrado acima, Wiener transpõe essa discussão para o campo social, fazendo referência direta aos direitos de propriedade intelectual: “Com efeito, na opinião do autor, em um contexto comercial, em que a informação está submetida a regras de propriedade para ser comercializada, os meios de comunicação serão distorcidos e deixarão de estar a serviço da “homeostasia social”⁴¹². Identifica-se, assim, que os direitos de propriedade intelectual, ao fim e ao cabo, seriam responsáveis por desestabilizar o equilíbrio alcançado pela *homeostasia*, tendo em vista a sua suposta obstrução dos canais de comunicação. No limite, Wiener parecia ser contrário a *qualquer* “comoditização” da informação.

Não existe, contudo, essa “predisposição” tecnológica em relação à fluidez informacional, salvo na hipótese de se isolar os elementos comunicacionais em linguagem puramente matemática. Essa concepção, no entanto, parece ter se transformado em um dogma para alguns analistas da contemporânea “Economia da informação”: “*But the single most important infrastructure investment – and the one most directly relevant to the economy of the information age – lies in our conception of intellectual property and ideas markets.*

information wants to be free is readily exploded by considering the value of information that constitutes a privilege pointer to a rivalrous good – a treasure map, say, or a Swiss bank account number, or a claim on services such as a computer account password. Even though the claiming information can be duplicated at zero cost, the item being claimed cannot be. Hence, the nonzero marginal cost for the item can be inherited by the claiming information. Em oposição a essa visão: Information also wants to be expensive. Information wants to be free because it has become so cheap to distribute, copy, and recombine – too cheap to meter. It wants to be expensive because it can be immeasurably valuable to the recipient. That tension will not go away”. (BRAND, Stewart. *The Media Lab: Inventing the Future at MIT*. New York: Viking Penguin. 1987. p. 202).

⁴¹⁰ WIENER, Norbert. *The human use of human beings: cybernetics and society*. Boston: Houghton Mifflin, 1954. p. 95. (The Da Capo series in science).

⁴¹¹ A informação é, portanto, de alguma forma, o oposto da entropia: “do mesmo modo que a entropia tende a crescer espontaneamente em um sistema fechado, assim também, a informação tende a diminuir; do mesmo modo que a entropia é a medida da desordem, assim também, a informação é a da ordem”. (LOVELUCK, Benjamin. *Redes, Liberdades e Controle: uma genealogia política da internet*. Petrópolis: RJ: Vozes, 2018. p. 32).

⁴¹² Ibid. p. 33.

*Information products are, at heart, ideas. [...] But ideas have a tendency to circulate freely*⁴¹³. Esse modo de pensar baseia-se, justamente, nessa noção quase que metafísica de tecnologia e dos sistemas computacionais. Benjamin Loveluck, além de também identificar esse fato em relação aos sistemas técnicos, também cita o próprio processo iluminista: “ao modelo do iluminismo a respeito da livre circulação da informação enquanto conhecimento, o qual implica uma reflexividade política, vem efetivamente se juntar o modelo do sinal transmitido em um sistema técnico ou biológico e de seus efeitos estruturantes através da ideia de rede”⁴¹⁴.

Ao partir-se para noções ideológicas da tecnologia, fácil se transforma a tarefa de eliminar a racionalidade da propriedade intelectual, desacreditando seus fundamentos, em especial em tempos pós-internet. Esse modo de agir, contudo, justamente pela baixa carga de pensamento dialético, obscurece questões mais amplas relativas aos interesses, sobretudo econômicos, em se adotar tal ideologia. Benjamin Loveluck, nesse sentido, traz importantes questionamentos acerca do tema: “Qual será o sentido do grito de guerra dos hackers: a informação pretende ser livre”? E o que estará subjacente à “missão” declarada do Google que consiste em “organizar as informações na escala planetária com o objetivo de torná-las acessíveis e úteis a todos?”⁴¹⁵. O autor francês chega a citar uma espécie de dotação política da internet que esboçaria uma verdadeira “axiologia da informação”⁴¹⁶, em moldes semelhantes do que acontece com a consideração dos fluxos informacionais da perspectiva de Wiener.

Ao supor-se que a informação, ou ideia (tida aqui como produto criativo acabado), devem circular livremente, além do caráter absolutamente abstrato em relação aos motivos pelos quais essa “tendência” existe, há também uma completa desconsideração do processo dialético responsável pela formação dos direitos de propriedade intelectual, complexo por sua natureza. Esse processo envolve questões de ordem política, econômica, jurídica, tecnológica etc., e invariavelmente não são levadas em consideração para críticas mais complexas a

⁴¹³ ABRAMSON, Bruce. *Digital Phoenix: why the information economy collapsed and how it will rise again*. Cambridge: The Mit Press, 2005. p. 4.

⁴¹⁴ LOVELUCK, Benjamin. *Redes, Liberdades e Controle: uma genealogia política da internet*. Petrópolis: RJ: Vozes, 2018. p. 16.

⁴¹⁵ Ibid. p. 14.

⁴¹⁶ Ibid.

respeito do tema. O ideal “homeostático”, de Wiener, não passa de uma construção abstrata e puramente teórica que, por não conseguir tocar o real, não supera a sua classificação como mera ideologia técnica. O tal equilíbrio eliminaria, de plano, a infinidade de relações e interesses, não importando aqui suas naturezas, que perpassam tanto os emissores da informação (no caso, os desenvolvedores de produções criativas ou industriais) quanto os receptores, ou seja, os usuários que se interessam pelo produto acabado.

Ao acreditar em tal equilíbrio, os adeptos da teoria cibernética apregoam um nível ótimo informacional que mantém esse equilíbrio entre os dois polos da equação. Identificar esse nível, entretanto, é uma tarefa completamente inviável porque as informações que emanam do corpo social não podem ser avaliadas a partir de uma racionalidade instrumental, baseada em lógicas matemáticas-dedutivas, cujos modelos, não raras vezes, dizem muito pouco sobre a realidade social. O que aqui é analisado em relação ao desenvolvimento tecnológico também valeria em relação aos modelos econômicos que buscam associar o nível ótimo de proteção da propriedade intelectual à “eficiência de pareto”.

O conflito proposto nesse tópico está fundamentado em certas ideologias, relativas à tecnologia, que influenciam a matéria de forma negativa (gerando descrédito) ou positiva (que potencializa tais direitos). Começamos analisando a ideologia que induz ao descrédito da propriedade intelectual, a partir de concepções que se originam no seio dos estudos sobre cibernética e de seus desdobramentos que induzem à ideia (ideológica) de que a informação, e por extrapolação, os bens criativos, deveriam circular de forma livre. Nesse momento, buscaremos apresentar breves considerações em relação ao aspecto positivo, ou seja, aos elementos de dissimulação da realidade tecnológica que potencializam os fundamentos e a importância da propriedade intelectual.

Não é de hoje que a matéria é associada à inovação e a tudo aquilo que, em princípio, tem o condão de criar ou aperfeiçoar o estoque de produção tecnológica. Não raras vezes, a propriedade intelectual é lançada, pelos seus defensores mais fervorosos, como espécie de condição de possibilidade para o próprio desenvolvimento do progresso tecnológico, ou mesmo, como fator principal em relação ao processo de produção criativa ou

de ideias inovadoras. De um ponto de vista macro, o que se presencia, em tempos mais recentes, sobretudo em razão da explosão dos meios de comunicação, é uma banalização do termo inovação, o que já gera, de imediato, uma complicação adicional acerca do que ela realmente representa e, por consequência, de como o tema poderia fomentá-la.

O fato é que não se consegue muito escapar, nesse sentido, das fórmulas “recuperação do investimento” e “incentivo (financeiro) ao autor/criador”, dentro do espectro de uma espécie de “contrato social” tácito com o público. Em relação à tecnologia, a propriedade intelectual encaixa-se como vertente jurídica de todos os delineamentos ideológicos que perpassam o termo inovação ou, mais recentemente, da denominação “disrupção”. A corriqueira ligação da matéria com o símbolo da lâmpada, associada a uma “boa ideia”, não é por acaso. Especialmente a partir das discussões relativas à proteção do software por meio da propriedade intelectual, cujos resultados são conhecidos, o tema ingressa a fundo nas questões de alta tecnologia e tudo aquilo que as envolvem, de uma perspectiva ideológica. Assim, cria-se uma noção de que ambos são, ou deveriam caminhar como se fossem, necessariamente, partes de um mesmo processo: não existe inovação sem propriedade intelectual e vice-versa.

Tal ideologia, na verdade, atua, muitas vezes, apenas como função cosmética em relação à matéria. Em outras palavras, tal associação, de alguma maneira, tem o condão de “suavizar” a imagem da propriedade intelectual perante o público, especialmente em tempos mais recentes quando ela passou a ser conectada com as chamadas indústrias “tradicionais”. A noção de progresso tecnológico possui substancial aceitação do senso comum, com isso, ao se interligar essa percepção com as leis de propriedade intelectual, estas passam a ser consideradas como peça fundamental para a inovação e o progresso tecnológico.

Não é demais lembrar que a origem da conexão, aqui proposta, já provém da própria Constituição Americana: “*The Constitution expressly conditions the grant of power in the patente and copyright clause on a particular end, namely “to Promote the Progresso of*

Science and Useful Arts”⁴¹⁷. Essa origem, contudo, associa-se muito mais com a preocupação em relação à recuperação do investimento do criador do que, propriamente, se a propriedade intelectual está, realmente, contribuindo positivamente com a inovação da sociedade a qual ela é apresentada. Em uma palavra: o processo de desenvolvimento tecnológico, como tivemos a oportunidade de observar no início do tópico, é relativamente complexo, sendo ele obscurecido pelo senso comum relativo à *necessidade* em se buscar inovação a qualquer custo, mesmo que de forma simbólica.

Herbert Simon, economista americano, referência na área da administração pública e empresarial, dedicou parte de seus estudos na compreensão acerca dos processos de inovação, demonstrando como eles são complexos e dependentes de fatores que não são programáveis *a priori*. Na visão do autor, duas questões surgem como sendo fundamentais para a consecução desse processo: a primeira, o repertório da memória, ou seja, o estoque de conhecimento a respeito de determinado fenômeno (ou produto, ou serviço); a segunda, as fontes externas que fazem com que ele não seja programável de forma instrumental como fazem crer, muitas vezes, visões ideologizadas da tecnologia. Nas palavras do autor:

*In the memory are stored both repertories of possible solutions to classes of problems that have been encountered in the past and repertories of components of problem solutions. [...] All these hypotheses about innovation rest on the assumption that the innovative process is not itself programmed. The stimuli to innovation, in this model, are external.*⁴¹⁸

Não se pode olvidar, também, da questão do *borrowing*. Segundo o mesmo autor, o processo de invenção, em si, não seria o responsável por explicar o processo de inovação, mas sim, aquilo que se “empresta” dos aperfeiçoamentos passados. Não se trata, nesse caso, de uma imitação direta, nos moldes de uma verdadeira violação às leis de propriedade intelectual, mas de um processo em que a carga de originalidade é sempre menor do que se supõe, sobretudo, a partir de um ponto de vista dissimulado tanto da noção de inovação, em particular, quanto da tecnologia em geral. Segundo o autor:

⁴¹⁷ LEMLEY, Mark; MERGES, Robert; MENELL, Peter. *Intellectual Property in the new technological age*. 6. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2012. p. 11.

⁴¹⁸ MARCH, James G.; SIMON, Herbert. *Organizations*. New York: Wiley, 1966. p. 198, 205.

*In talking about the sources of programs ideas, we need to draw a rough boundary around a unit that can be called the “organization”. We need to do this because we wish to hypothesize that most innovations in an organization are a result of borrowing rather than invention. The borrowing may take the form of more or less direct imitation or it may be accomplished by importing new persons into the organization. In either case borrowing saves an organization many of the costs associated with innovation: a) the costs of actual invention; b) the costs of testing; c) the risks of error in evaluation.*⁴¹⁹

Nesse sentido, com a problematização da noção de inovação, também se problematiza sua relação com as leis de propriedade intelectual. O processo de inovação, ao se apresentar como algo que se desenvolve a partir de diferentes dimensões, sejam elas política, econômica, científica, social etc., o fato é que não se trata de um curso que depende, unicamente, do aperfeiçoamento tecnológico, em si. Daniel Bell, nesse sentido: *“The process of innovation, write Dahl and Lindblom, is both scientific and political. It is not enough that new social techniques be discovered; they must also be put to use. Invention and discovery are only the beginning of a process, the next step in which is innovation, a matter of politics”*⁴²⁰. Nessa perspectiva, a propriedade intelectual é mais um dos elementos a serem considerados como integrante da interseção dessas dimensões do que, propriamente, como peça exclusiva no processo de inovação.

De qualquer maneira, ao menos para parte dos analistas e da opinião pública, em geral, a proteção que advém da propriedade intelectual mostra-se como sendo diretamente proporcional ao recrudescimento do processo de inovação. Ou seja, quanto maior a observância de tais direitos, maior seria o fomento da inovação. Essa associação, normalmente, parece ter sido bem-sucedida até aqui, sendo potencializada por meio dos avanços tecnológicos ocorridos nas últimas décadas, nomeadamente a proteção dos softwares, dos circuitos integrados, das questões relativas à inteligência artificial, entre outros.

As ideologias que giram em torno do campo tecnológico, dessa maneira, interferem de modo direto na forma como a propriedade intelectual é percebida, sobretudo na

⁴¹⁹ Ibid. p. 209.

⁴²⁰ BELL, Daniel. *The coming of post-industrial society: a venture in social forecasting*. Nova York: Basic Books, 1999.

contemporaneidade, em que a tecnologia se apresenta como lócus fundamental no que tange a muitos dos direcionamentos sociais. A propriedade intelectual, em razão da sua relação próxima com a tecnologia, apresenta-se como sendo particularmente sensível a tais movimentos ideológicos, ora sendo objeto de crítica, ora se apresentando como sua aliada.

2.2.2 Premissa da convergência tecnológica

Nos tópicos anteriores, buscou-se explorar algumas das definições possíveis a respeito de tecnologia, sobretudo em relação ao seu cariz ideológico e de como ele pode interferir na percepção da propriedade intelectual. Com isso, pretendeu-se estabelecer, de um lado, uma adequada problematização dos conceitos de tecnologia; de outro, a sempre pertinente revisão das possíveis distorções que podem moldar determinados conceitos, nesse caso, da tecnologia. Essa análise, assim, pavimenta aquilo que se pode considerar como os fundamentos levados em consideração a respeito da tecnologia e que se apresentam, direta ou indiretamente, no decorrer dos tópicos seguintes.

Daqui para frente, o foco será na análise das tensões que a tecnologia causa no desenvolvimento da propriedade intelectual de um ponto de vista mais instrumental, ou, seguindo as definições acima apresentadas por Álvaro Vieira Pinto, partindo do conjunto de técnicas que se formam a partir de um determinado desenvolvimento possível, em uma determinada sociedade. Nesse contexto, o tópico será desenvolvido por meio do corte daquilo que comumente se denomina como convergência tecnológica, como uma forma de melhor compreender as tensões geradas por tecnologias (ou mídias) que se desenvolviam dentro de um contexto genuíno de “destruição criativa” para um cenário, esse mais atual, em que elas tendem, em princípio, a convergir para a mídia digital (horizontalizando o espectro comunicativo).

O conceito de convergência tratado aqui, que de forma intercambiável, pode ser de “modos”, das “mídias” ou “tecnológica”, pode ser compreendido, inicialmente, com apoio de Henri Jenkins, a um processo em que duas forças, de um lado, um processo corporativo que

age de cima para baixo, de outro, o movimento dos usuários de baixo para cima, caminham em linha convergente achatando a linha comunicativa que forma o todo. Em outras palavras, trata-se de um processo em que há uma tradicional linha comunicacional verticalizada (também conhecida como mídia centralizada⁴²¹), ou seja, originada a partir de poucos emissores, se horizontaliza, deslocando o receptor de uma posição passiva para um estado ativo. Melhor contextualizando esse cenário, relata Henri Jenkins em menção ao então precursor desse conceito, Ithiel de Sola Pool:

Se a revista Wired proclamou Marshall McLuhan como o santo padroeiro da revolução digital, podemos definir o falecido cientista político do MIT, Ithiel de Sola Pool, como o profeta da convergência dos meios de comunicação. Seu *Technologies of Freedom* (1983) foi provavelmente o primeiro livro a delinear o conceito de convergência como um poder de transformação dentro das indústrias midiáticas: um processo chamado “convergência de modos” está tornando imprecisas as fronteiras entre os meios de comunicação, mesmo entre as comunicações ponto a ponto, tais como o correio, o telefone e o telégrafo, e as comunicações de massa, como a imprensa, o rádio e a televisão. Um único meio físico – sejam fios, cabos ou ondas – pode transportar serviços que no passado eram oferecidos separadamente. De modo inverso, um serviço que no passado era oferecido por um único meio – seja a radiodifusão, a imprensa ou a telefonia – agora pode ser oferecido de várias formas físicas diferentes. Assim, a relação um a um que existia entre um meio de comunicação e seu uso está se corroendo.⁴²²

Trabalha-se, assim, dentro de uma perspectiva dicotômica entre as tais mídias tradicionais (imprensa, jornal, livro, rádio, cinema etc.) e os formatos eletrônicos. Nas palavras do próprio Ithiel de Sola Pool: “*not only is electronic communication growing faster than traditional media of publishing but also the convergence of modes of delivery is bringing the press, journals, and books into the electronic world*”⁴²³. Registre-se, aliás, que não se trata, como pode parecer ao olhar mais desavisado, de nenhuma espécie de visão determinística da tecnologia⁴²⁴. Trata-se, isso sim, de um mero processo tecnológico de acoplamento, que

⁴²¹A mídia centralizada, dinossáurica, de uma para muitos, que rugia e esmagava tudo em que pisava durante o século 20, está muito pouco adaptada ao ambiente tecnológico pós-moderno. (JENKINS, Henry. *Cultura da convergência*. Tradução Susana Alexandria. São Paulo: Aleph, 2012. p. 40).

⁴²² Ibid. p. 37.

⁴²³ POOL, Ithiel de Sola. *Technologia of Freedom*. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 8.

⁴²⁴ A mídia precisa ser vista como um sistema, um sistema em contínua mudança, inclusive de ordem tecnológica, no qual elementos diversos desempenham papéis de maior ou menor destaque. Temos aqui essencialmente uma história social e cultural que inclui política, economia e – também – tecnologia. Ao mesmo tempo rejeita o determinismo tecnológico baseado em simplificações enganosas. (BURKE, Peter; BRIGGS, Asa.

unifica as mídias, que se não se formam no “vácuo”, resultam de um contexto histórico e legal específico.

Segundo o pesquisador de mídia, Henry Jenkins, o fenômeno da convergência não se processa apenas no campo tecnológico, em si. Portanto, não se trata, apenas, de uma simples inovação tecnológica, mas de um processo mais amplo que interfere em diferentes contextos: “a convergência das mídias é mais do que apenas uma mudança tecnológica. A convergência altera a relação entre tecnologias existentes, indústrias, mercados, gêneros e públicos”⁴²⁵. Esse aspecto é decisivo em relação à propriedade intelectual, sobretudo em relação ao domínio da propriedade daquilo que esse direito confere respaldo. Nesse momento, contudo, o foco é a análise da relação entre as tecnologias.

Ithiel de Sola Pool trata a eletrônica inserida em uma perspectiva de verdadeira revolução⁴²⁶. Correndo sempre o risco do ingênuo reducionismo, mas explorando tal aspecto para fins meramente didáticos, o autor divide a “convergência dos modos” em diferentes eras (metodologia cuja fórmula também foi explorada por Marshall McLuhan). Durante milhares de anos, os humanos passaram a fazer uso daquilo que representou uma das principais características que os diferencia do reino animal: o domínio da fala. Em momento posterior, esse caráter único se incorporou à capacidade da escrita. Com Gutenberg, uma terceira era se inicia que é a possibilidade, como vimos no início do trabalho, de disseminação em grande escala de cópias múltiplas e textos e livros, sendo o último estágio dessa era representado por fonógrafos e pela fotografia, que viabilizou a circulação, também em grande escala (por isso mídia de massa) de sons e imagens. No último estágio verificável, segundo Ithiel de Sola Pool: “*pulses of eletromagnetic energy embody and convey messages that up to now have been sent by sound, pictures, and text. All media are becoming electronic [...]. The force behind the convergence of modes is an electronic revolution as profound as that of printing*”⁴²⁷.

Uma história social da mídia: de Gutemberg à internet. 3. ed. Tradução Maria Carmelita Pádua Dias. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 16).

⁴²⁵ JENKINS, Henry. *Cultura da convergência*. Tradução Susana Alexandria. São Paulo: Aleph, 2012. p. 43.

⁴²⁶ POOL, Ithiel de Sola. *Technologia of Freedom*. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 24.

⁴²⁷ Ibid.

Nesse sentido, e a partir do pressuposto da convergência aqui explorado, trabalha-se com dois arranjos possíveis que interferem na propriedade intelectual. De um lado, existe aquilo que denominamos como período pré-convergência, ou seja, momento em que as mídias se desenvolviam em contexto de oposição e concorrência, em uma relação mais direta e clássica de “destruição criativa”. De outro, existe o cenário da convergência propriamente dita que, ao unificar as tecnologias, enseja, em princípio, uma cultura mais participativa. Sobre essa virada, ainda com Henry Jenkins: “a convergência não depende de qualquer mecanismo de distribuição específico em direção a um conteúdo que flui por vários canais, em direção a uma elevada interdependência de sistemas de comunicação, em direção a múltiplos modos de acesso a conteúdos de mídia”⁴²⁸. Ambos os contextos geram tensões “tecnológicas” distintas no formato da propriedade intelectual, como veremos no decorrer dos próximos tópicos. Como assvera Ithiel de Sola Pool, de forma direta: “*each new advance in the technology of communications disturbs a status quo*”⁴²⁹.

Esse *status quo*, muitas vezes, era (e é) consubstanciado por meio das leis de propriedade intelectual: “*copyright was a specific adaptation to a specific technology*”⁴³⁰. Essa adaptação ocorre porque a nova mídia não compete com a velha mídia apenas no que diz respeito ao espectro de atenção do público, mas também, e mais importante ao presente fim, modifica o sistema ao qual a antiga mídia opera⁴³¹, resultado sujeito, é sempre bom lembrar, à capacidade do novo grupo de interesse de exercer influência na modificação do sistema, atendendo-se aos seus objetivos (econômicos). Marshall McLuhan já havia identificado essa questão de há muito: “*A new medium is never an addition to an old one, nor does it leave the old in peace. It never ceases to oppress the older media until it finds new shapes and positions for them*”⁴³². Segundo o historiador inglês Peter Burke, ainda nesse contexto: “à medida que os avanços tecnológicos se aceleravam cada vez mais (com períodos de calmaria), as antigas tecnologias eram desafiadas, e, acima de tudo, sua estrutura institucional precisava ser

⁴²⁸ JENKINS, Henry. *Cultura da convergência*. Tradução Susana Alexandria. São Paulo: Aleph, 2012. p. 37.

⁴²⁹ POOL, Ithiel de Sola. *Technologia of Freedom*. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 7.

⁴³⁰ Ibid.

⁴³¹ Ibid. p. 22.

⁴³² MCLUHAN, Marshall. *Understanding Media: the extension of man*. Cambridge: The MIT Press, 1994. p. 174.

repensada⁴³³. No período pré-convergência, em referência a questão da demarcação: “*phones were used for conversation, print for mass distribution of text, movies for dramatic entertainment, television for entertainment too, calmaria for news and music, and phonograph records for music*”⁴³⁴. No mesmo sentido, Benkler relata que:

*The introduction of print was such a perturbation, as was, surely, the steam engine. The introduction of the highcapacity mechanical presses and telegraph ushered in the era of mass media. The introduction of radio created a similar perturbation, which for a brief moment destabilized the mass-media model, but quickly converged to it. In each case, the period of perturbation offered more opportunities and greater risks than the periods of relative stability. During periods of perturbation, more of the ways in which society organizes itself are up for grabs; more can be renegotiated, as the various other components of human stability adjust to the changes.*⁴³⁵

Essa tensão, contudo, não significa necessariamente que a mídia “nova” substitua a antiga. Os meios de comunicação, antigos e novos, muitas vezes, coexistem em complexa interação: “Os meios de comunicação antigos e novos coexistem e interagem, tal como aconteceu com o texto manuscrito e o texto impresso na fase inicial da Modernidade europeia. Às vezes pode existir uma rivalidade entre os meios de comunicação antigos e novos, mas é frequente que se crie uma divisão de trabalho entre eles”⁴³⁶. Esse processo, porém, torna-se cada vez mais complexo no contexto da convergência.

A linha demarcatória entre as mídias, antes da mídia eletrônica, era mais clara, assim como também eram mais evidentes as tensões entre elas. O que se pode observar, ao longo da história, é que existe, por parte da mídia mais antiga, uma posição inicial defensiva, em detrimento de qualquer avaliação que trouxesse benefícios aos negócios. Nesse sentido, os jornais enxergaram uma ameaça com o advento do rádio, sem se darem conta da possibilidade de verem aumentadas as suas vendas em consequência do estímulo à busca por notícias em razão da radiodifusão. Relação semelhante, que nem sempre é harmoniosa, ocorreu com a

⁴³³ BURKE, Peter; BRIGGS, Asa. *Uma história social da mídia: de Gutemberg à internet*. 3. ed. Tradução Maria Carmelita Pádua Dias. Rio de Janeiro: Zahar, 2016. p. 300.

⁴³⁴ POOL, Ithiel de Sola, 1983, op. cit. p. 27.

⁴³⁵ BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks: how social production transforms markets and freedom*. London: Yale University Press, 2006. p. 27.

⁴³⁶ BURKE, Peter. Uma história social do conhecimento. Vol. II: *da Enciclopédia à Wikipedia*. Tradução Denise Bottmann. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 114.

radiodifusão de esportes e tickets para os jogos; gravações musicais e concertos; dramaturgia por radiodifusão e livros literários; Televisão e cinema⁴³⁷; entre tantos outros exemplos⁴³⁸. No fim das contas, “*a major factor determining whether the mechanism of support or displacement predominates is the degree to which the new medium fully serves those needs that its rival medium satisfied*”⁴³⁹. O processo da convergência, vale lembrar, passou a se mostrar mais universal apenas com o advento da digitalização e internet, uma vez que, até recentemente, mesmo já dentro do paradigma eletrônico, ainda existiam diversas mídias específicas para diferentes formas de consumo de entretenimento (discos, fitas cassete, CDs, DVDs etc.).

Toda essa conjuntura pesa sobremaneira na compreensão da propriedade intelectual. Ao ponto em que a convergência se desenvolve, obscurecendo as fronteiras tecnológicas entre as mídias, a noção de “reprodução de cópias”, característica fundamental ao desenvolvimento da matéria, vai tornando-se cada vez mais obsoleta. Além disso, quanto maior é a abertura comunicativa, especialmente unificada a partir de uma mídia específica, mais complexo tende a ser, em teoria, o controle informacional, sendo isso uma das grandes tensões da convergência em relação à propriedade intelectual. Segundo Ithiel de Sola Pool:

⁴³⁷ Uma audiência realmente de massa começava a crescer explosivamente a cada semana, enquanto o público de cinema diminuía. Hollywood pôde afirmar que “os filmes estão melhores do que nunca”, mas em 1953 o presidente Eisenhower, que nunca poderia ser chamado de populista, escreveu em diário o seguinte: “Se um cidadão vai se entediar ao máximo, é mais barato e mais confortável ficar em casa e ver televisão do que sair e pagar um dólar por um ingresso”. A ida média semanal ao cinema caiu de 90 milhões em 1948 para 47 milhões em 1956. O número de salas de cinema chegou ao auge em 1945, com 20mil casas, e depois caiu para 17.575 em 1948 e 14.509 em 1956. De Hollywood, algumas tentativas de pressão para que a televisão fosse paga não obtiveram sucesso graças ao poder das redes de rádio, embora essa tendência demorasse a se definir. E algumas empresas de cinema se mexeram para garantir concessões para a televisão. Em 1948, a Twentieth Century Fox tentou comprar a ABC. (BURKE, Peter; BRIGGS, Asa. *Uma histórica social da mídia: de Gutemberg à internet*. 3. ed. Tradução Maria Carmelita Pádua Dias. Rio de Janeiro: Zahar, 2016. p. 271).

⁴³⁸ “*From the infancy of radio, newspapers wondered how broadcasting would affect them. With Lowell Thomas and H.V. Kaltenborn proclaiming the news to millions, it was easy to speculate that his new and easy way of keeping informed might kill or at least injure newspapers. An alternative hypothesis held that a short newscast would stimulate interest and lead listeners to read newspapers more. Research demonstrated that the second proposition was closer to the truth [...]. The same sort of relationship existed between radio sports and attending games, records and attending concerts, radio drama and taking related books out of library. Indeed, it became somewhat of a cliché among communication researches to say that different media did not displace but reinforced each other. Then came television. The motion picture industry, thought it survived, was fundamentally transformed. Attendance plummeted. And when a football game was shown on the air, the stands were often empty*”. (POOL, Ithiel de Sola. *Technologia of Freedom*. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 39)

⁴³⁹ Ibid. p. 40.

*For copyright, the implications are fundamental. Established notions about copyright become obsolete, rooted as they are in the technology of print. The recognition of a copyright and the practice of paying royalties emerged with the printing press. With the arrival of the electronic reproduction, these practices become unworkable. Electronic publishing is analogous not so much to the print shop of the eighteenth century as to word-of-mouth communication, to which copyright was never applied. [...] the print-based notion of copyright simply will not work.*⁴⁴⁰

A conclusão do autor, contudo, se mostra bastante simplista, valendo-se, apenas, para demonstrar o impacto que a tecnologia, no contexto da convergência, pode exercer na temática. É simples porque, não obstante se reconhecer o impacto decisivo do desenvolvimento tecnológico na estrutura da propriedade intelectual, supor que ele, isoladamente, tenha a capacidade de tal desiderato mostra-se como sendo um pouco excessivo, já que a modelagem da propriedade intelectual depende de uma conjugação complexa de fatores, sejam eles de ordem econômica, política, jurídica etc. Possivelmente o próprio autor já reconhecia isso, ao aduzir que “*technology, however, shapes the structure of the battle, but not every outcome*”⁴⁴¹.

O que parece ser possível depreender do argumento de Ithiel de Sola Pool, estritamente relacionado ao caráter tecnológico, é que no momento da pré-convergência tais direitos ainda se enquadravam dentro de uma tradição voltada à cultura da reprodução, cultura essa que se transmuta com a convergência, potencializando-se, mais recentemente, com a digitalização e a internet. Essa transmutação exige determinadas mudanças em relação à propriedade intelectual, como de há muito, com a própria proteção no que tange aos sinais de radiodifusão, ou mesmo, a comunicação difundida ao público, via satélite, proteções essas absolutamente “antinaturais” dentro da conjuntura tradicional da propriedade intelectual⁴⁴².

⁴⁴⁰ E continua o autor: “*Consider the crucial distinction in copyright law between reading and writing. To read a copyright text is no violation, only to copy it in writing. The technological basis for this distinction is reversed with a computer text. To read a text stored in electronic memory, one displays it on the screen; one writes it to read it. To transmit it to others, however, one does not write it; one only gives others a password to one’s own computer memory. One must write to read, but not to write*”. (POOL, Ithiel de Sola. *Technologia of Freedom*. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 214).

⁴⁴¹ Ibid. p. 251.

⁴⁴² Aqui já se inicia um certo deslocamento da noção de reprodução, para a concepção de acesso, ou mesmo, de recepção e transmissão: “Mais tarde, na década de 1940, um dos motivos para fazer as instituições de radiodifusão estabelecidas mudarem a programação foi encontrar uma maneira de lidar com as rádios “piratas”. A Rádio Caroline (1964), transmitindo do mar do Norte, foi a primeira de um conjunto de estações piratas a desafiar

Supor que a convergência representa uma espécie de retorno ao mundo “falado”, como quer Ithiel de Sola Pool, partindo do pressuposto de que nesse paradigma a informação deve fluir de forma livre, faz com que esse argumento, como vimos nas análises de Álvaro Vieira Pinto, não passe de um mero raciocínio ideológico. Oralidade e informação, nesse contexto, caminham em sentido paralelo: “a cultura oral é fluida, e a criação oral, um empreendimento colaborativo”⁴⁴³. Voltaremos a esse ponto ao analisarmos a crise de uma perspectiva de autoria.

Como bem lembra Peter Burke, nesse sentido: “A tecnologia tem sido empregada não só para colher, mas também para ocultar a informação”⁴⁴⁴. Ao aceitar-se que uma modelagem tecnológica específica, *per se*, resulta num determinado comportamento, é acreditar que existe, sim, um movimento tecnológico determinista, com um fim verificável *a priori*. Esses conceitos geram conflitos no quadro semântico da propriedade intelectual, muitas das vezes, irremediáveis. Iremos explorar melhor esse ponto naquilo que se pode denominar “pós” convergência, ou seja, na etapa em que o processo testemunha tanto a junção tecnológica das mídias, quanto a horizontalidade da comunicação de participação difusa. Esse é o cenário daquilo que se convencionou chamar de Sociedade da Informação.

2.2.2.1 Pós-convergência, digitalização e internet

O processo da convergência, como observado, não surge com a digitalização e a internet. Estas, na realidade, representam apenas mais uma etapa do processo em que as mídias se tornam parte de um sistema complexo único. Essa etapa, do ponto de vista tecnológico, representou um importante momento de influxo em relação à propriedade

as autoridades e transmitir principalmente música popular para a Grã-Bretanha e outros países europeus. Depois de tentativas de controlar a situação pela lei – tentativas mais raras na Grã-Bretanha dos que nos Estados Unidos -, a própria BBC criou, em 1967, uma nova Rádio 1, com programas semelhantes aos das estações piratas (sobretudo do rock) e empregou funcionários que vinham das rádios clandestinas”. (BURKE, Peter; BRIGGS, Asa. *Uma história social da mídia: de Gutemberg à internet*. 3. ed. Tradução Maria Carmelita Pádua Dias. Rio de Janeiro: Zahar, 2016. p. 264).

⁴⁴³ Ibid. p. 79.

⁴⁴⁴ BURKE, Peter. Uma história social do conhecimento. Vol. II: *da Enciclopédia à Wikipedia*. Tradução Denise Bottmann. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 183.

intelectual, não integralmente inédito, mas com elementos fundamentais que levaram o tema aos holofotes nas últimas décadas, trazendo à tona diversas discussões, sobretudo, a respeito da sua compatibilidade com o atual cenário tecnológico. Essa etapa da convergência traduz, ao fim e ao cabo, a dicotomia entre o analógico e o digital:

Centenas de milhares de componentes podiam ser colocadas em um microprocessador, e quando sua versatilidade tornou-se reconhecida injetou um estímulo à tecnologia digital, em detrimento da analógica, em toda a mídia, que logo seria uma de suas principais usuárias – impressos, filmes, gravações, rádio, televisão e todas as formas de telecomunicações agora sendo pensadas, cada vez mais, como parte de um complexo⁴⁴⁵ [...]. Com a constituição da rede digital e o desdobramento de seus usos, tal como imaginamos aqui, televisão, cinema, imprensa escrita, informática e telecomunicações veriam suas fronteiras se dissolverem quase que totalmente, em proveito da circulação, da mestiçagem e da metamorfose das interfaces em um território cosmopolita.⁴⁴⁶

Essa “versatilidade”, de um viés tecnológico, significa nada menos do que a facilidade de reprodução que, por ser trivial no ambiente digital, tende a modificar a sua própria natureza. Segundo Pierre Levy, um dos entusiastas da digitalização e da internet: “aquilo que está em jogo não é a realização (cópia, impressão etc.), mas a atualização, a leitura, isto é, a significação que ela pode assumir em contexto, significação indissociável da participação deliberada de pelo menos um ser humano consciente”⁴⁴⁷. Nessa linha de raciocínio, a reprodução e sua cópia não possuiriam custo, a não ser aquele de apenas manter armazenadas as cópias digitais no ciberespaço. Nesse sentido, ainda com Pierre Levy: “Como o computador, o livro só se tornou uma mídia de massa quando as variáveis de interface “tamanho” e “massa” atingiram um valor suficientemente baixo”⁴⁴⁸.

Ainda dentro desse argumento, existe uma relação diretamente proporcional entre o aperfeiçoamento tecnológico, que apenas traduz o ímpeto em se abrir o espectro comunicativo, e a redução dos custos de disseminação da informação. Dentro dessa fórmula se

⁴⁴⁵ BURKE, Peter; BRIGGS, Asa. *Uma história social da mídia: de Gutemberg à internet*. 3. ed. Tradução Maria Carmelita Pádua Dias. Rio de Janeiro: Zahar, 2016. p. 306.

⁴⁴⁶ LEVY, Pierre. *As Tecnologias da Inteligência: O Futuro do Pensamento na Era da Informática*. Tradução Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 114.

⁴⁴⁷ LEVY, Pierre. *O que é o virtual?* Tradução Paulo Neves. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 67.

⁴⁴⁸ LEVY, Pierre. *As Tecnologias da inteligência*, 2010, op. cit. p. 35.

encaixa o nível de tensão em relação aos direitos de propriedade intelectual: quanto maior e mais disseminado o alcance da comunicação, levado a efeito pelo progresso tecnológico, maior a possibilidade de tais direitos enfrentarem momentos de ebulição.

Logo, se no momento pré-convergência, o processo de convergência se dava, especialmente, em relação à unificação tecnológica, o período da pós-convergência insere no contexto tecnológico a figura do agente participativo que exercita a função da “bricolagem” contínua, num contexto hipertextual: “tecnicamente, um hipertexto é um conjunto de nós ligados por conexões. Os nós podem ser palavras, páginas, imagens, gráficos, ou partes de gráficos, sequências sonoras, documentos complexos que podem eles mesmos ser hipertextos”⁴⁴⁹. Essa “participação”, apresentada entre aspas, porque sobre ela recaem complexas análises a respeito de suas ideologias e limites⁴⁵⁰, é viabilizada somente a partir de uma certa conjuntura tecnológica que torna possível esse processo de abertura. Essa etapa, em especial, gera uma tensão essencial na propriedade intelectual, uma vez que a sua estrutura, no fim das contas, foi estabelecida, como vimos na primeira parte do trabalho, como forma de abarcar realidades tecnológicas desde a prensa.

Esse raciocínio, aliás, pode advogar contra ou a favor da matéria. O único aspecto que parecer ponto fora de dúvida, de há muito, é que a propriedade intelectual presencia momentos de turbulência e calma em relação ao desenvolvimento tecnológico, gerando crises esporádicas que acabam por modelar a sua estrutura. Esse fato, de uma perspectiva tecnológica no período “pós” prensa sempre acompanhou os fundamentos da matéria: ou seja, o desenvolvimento do tema invariavelmente avançou com o objetivo de absorver a regulação de novas tecnologias, da prensa ao software. O que soa como novidade na conjuntura

⁴⁴⁹ LEVY, Pierre. *As Tecnologias da Inteligência: O Futuro do Pensamento na Era da Informática*. Tradução Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 33.

⁴⁵⁰A reflexão acerca de suas limitações ocorre justamente pela contradição da participação de agentes que, na realidade, são dispersos e sofrem do problema da atenção em meio a explosão informacional: “O ponto essencial foi exposto pelo polímata americano Herbert Simon num epigrama: “riqueza de informação gera pobreza de atenção”. “Em determinado nível de entrada de dados”, escreve um comentarista recente, a fartura de informações gera “nervosismo, confusão e até ignorância””. (BURKE, Peter. *Uma história social do conhecimento*. Vol. II: *da Enciclopédia à Wikipedia*. Tradução Denise Bottmann. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 311).

construída pela digitalização e internet é, justamente, a participação ativa do usuário no processo de intercâmbio informacional.

Assim, se durante o processo mais longo, que deságua na convergência, o confronto entre mídias era um pouco mais claro, clareza que também se estendia aos conflitos em relação à propriedade intelectual, no período em que a convergência atinge o ápice da eletrônica por meio da digitalização e da internet, essas linhas, como já exposto, se tornam mais obscuras. Com base nesse raciocínio, a hipótese provável é de que as tensões, que a tecnologia tradicionalmente gerava no âmbito da propriedade intelectual, passam do confronto entre as mídias, em si, para o embate entre os agentes que, de um lado, controlam o fluxo de informação, e de outro, os que se estruturam tecnologicamente (e, mais importante, economicamente) a partir de sua disseminação. Disso, podem-se extrair, como exemplo, as tensões, na primeira década dos anos 2000⁴⁵¹, aquelas entre os chamados produtores de conteúdo para entretenimento (cinema, música, livros, jogos eletrônicos etc.) e conhecidos intermediários da internet como, na mesma época, o Napster ou BitTorrent (ou até mesmo Google⁴⁵² ou Wikipedia). Sobre essa visão dicotômica, explica Mark Poster:

These new Technologies are objects like none before them also in the sense that, especially in the case of the internet, they are thoroughly decentralized. Whereas mechanical machines are inserted into hierarchically organized social systems, obeying and enhancing this type of structure, the Internet is ruled by no one and is open to expansion or addition at anyone's whim as long as its communication protocols are followed. This contrast was anticipated theoretically by Gilles Deleuze and Félix Guattari especially in A thousand Plateau (1980), in which they distinguished between arboreal and rhizomic forms. The former is stable, centered, hierarchical; the latter is

⁴⁵¹ Novamente, vale reforçar, não se trata de fenômeno inédito, apesar dos diferentes contornos: “Em 1941, durante uma disputa por taxas de royalties, as emissoras tiraram do ar todas as músicas da ASCAP e, no lugar destas, tocaram canções de domínio público e do catálogo da BMI. As músicas da Ascap ficaram fora do ar por oito meses, até que houvesse um acordo com as emissoras. Durante o “blecaute” da Ascap, o grupo descobriu que as vendas de seus discos e partituras despencaram”. (BURGELMAN, Robert A. *Gestão estratégica da tecnologia e da inovação: conceitos e soluções*. 5. ed. Tradução Luiz Claudio de Queiroz Faria; Revisão técnica André Ribeiro de Oliveira. Porto Alegre: AMGH, 2012. p. 225).

⁴⁵² Há que se ressaltar também, nesse contexto, a questão do *searching*: “Amazon, Google, and eBay (amidst the blaze of spectacular dot.com failures of the past decade) is intimately related to the way their sites facilitate searching”. (POSTER, Mark; SAVAT, David. *Deleuze and New Technology*. Edinburg University Press, 2009; REESE, Anthony. Will Merging Access Controls and Rights Controls Undermine the Structure of Anticircumvention Law? *18Berkeley Tech. L.J.*, 619, 2003. p. 158.)

*nomadic, multiple, decentered – a fitting depiction of the difference between a hydroelectric plant and the Internet.*⁴⁵³

De um ponto de vista estritamente tecnológico, passa-se a se preocupar não com novas mídias (no máximo apenas com conflitos que funcionam como resquícios ainda do processo de digitalização, como é o caso da telefonia on-line), mas com as novas funções que a eletrônica moderna e a digitalização proporcionaram. Segundo André Lemos e Pierre Levy: “não existe mais nenhuma razão para distinguir a imprensa, o rádio e a televisão da forma como a indústria cultural massiva fez por no mínimo um século”⁴⁵⁴, o que não significa, vale esclarecer, que se trate de um sistema homogêneo. Na realidade, trata-se de dois sistemas que ainda coexistem, em um contexto de duplo-sistema e retroalimentação⁴⁵⁵.

Talvez os exemplos mais elucidativos a esse respeito sejam o software e a inteligência artificial, e tudo aquilo que envolve a cadeia de comércio amparada por meios digitais. Outro exemplo, que na realidade se enquadra no universo amplo do software, é o do “1-Click”, da Amazon⁴⁵⁶, patente que permitia ao usuário realizar a compra de maneira mais rápida, sem que tivesse que inserir novamente os dados para pagamento, fato esse que gerou mais uma tensão sobre o tema: “embora os preceitos dos direitos de PI sejam antigos e amplamente aceitos, eventos recentes os colocaram no noticiário [...] a loja Amazon recebeu uma controversa patente de processo por sua característica de pedido em “1-click”⁴⁵⁷. Também poderíamos citar, nesse contexto, a própria base de dados: “A massa de dados digitais disponíveis se infla o tempo todo. E quanto mais ela cresce, mais é preciso estruturá-la cartografá-la, criar uma matriz com estradas expressas e avenidas lógicas; mais as interfaces para a caça eficaz e o garimpo furioso devem ser aperfeiçoadas⁴⁵⁸”.

⁴⁵³ POSTER, Mark. *What's the matter with the internet?* Minnesota: University of Minnesota Press, 2001. p. 27.

⁴⁵⁴ LEMOS, André; LEVY, Pierre. *O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia*. São Paulo: Paulus, 2010. p. 77. (Coleção Comunicação).

⁴⁵⁵ *Ibid.* p. 81.

⁴⁵⁶ HARTMAN, Pery et al. Method and System for placing a purchase order via a communications network. United States Patents. *USPTO PATENTS*, 5, 960, 411, Sep. 28, 1999.

⁴⁵⁷ BURGELMAN, Robert A. *Gestão estratégica da tecnologia e da inovação: conceitos e soluções*. 5. ed. Tradução Luiz Claudio de Queiroz Faria; Revisão técnica André Ribeiro de Oliveira. Porto Alegre: AMGH, 2012. p. 217.

⁴⁵⁸ LEVY, Pierre. *As Tecnologias da Inteligência: O Futuro do Pensamento na Era da Informática*. Tradução Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 109.

2.2.3 O contexto da Sociedade da Informação (ou da Sociedade Tecnológica)

Superadas as reflexões acerca dos conceitos possíveis da tecnologia, de seus vieses ideológicos que interferem na propriedade intelectual, assim como a relação com o cenário que analisa o fenômeno da convergência das mídias, partiremos para a análise do contexto macro daquilo que se denomina Sociedade da Informação (ou Sociedade Tecnológica). Partindo de algumas premissas já verificadas no trabalho, somadas a outras que buscam explicar a dinâmica da sociedade atual, nos termos propostos nesse tópico, a intenção será a de investigar com o mínimo de profundidade tais conceitos (sem deixar de lado suas insuficiências), sempre esforçando-se em localizar os cortes adequados que interferem na percepção global da propriedade intelectual (e de suas crises).

A discussão a respeito desse tema se encaixa na análise mais ampla atinente à crise de uma perspectiva tecnológica em razão da forte conexão do progresso tecnológico em relação à construção desses conceitos, em especial, não somente pelo aumento das informações em circulação (resultado do recrudescimento dos meios de comunicação e das mídias de massa), mas também, do aperfeiçoamento das ferramentas de sua captura e armazenamento. Essa conjectura é importante ao estudo da propriedade intelectual, uma vez que as análises que tendem a associar a matéria com essa nova conjuntura, não raras vezes, se desenvolvem de modo a encontrar maior grau de incompatibilidade do que de aproximação.

Em primeiro lugar, é preciso apresentar algumas bases conceituais, sobretudo em razão de um fenômeno que, muitas vezes, é definido a partir de nomenclaturas diferentes: Sociedade Pós-Industrial (Alain Touraine e Daniell Bell); Sociedade em Rede (Manuel Castells); Sociedade Tecnológica (Jaques Ellul) e talvez a mais utilizada, Sociedade da Informação. O sociólogo inglês Frank Webster, em obra notável sobre as diferentes teorias que sustentam a tese dessa “nova” sociedade, busca, entre outras investigações, determinar os fatores que se mostram presentes nas diferentes variações conceituais possíveis a respeito do

tema, sendo elas divididas em a) Tecnológica; b) Econômica; c) Ocupacional; d) Espacial; e) Cultural⁴⁵⁹:

a) A definição da Sociedade da Informação a partir do olhar tecnológico leva em consideração o desenvolvimento de todas as tecnologias que auxiliaram na disseminação informacional, assim como na conectividade. Entre elas, pode-se citar a televisão via satélite, os computadores pessoais, os serviços on-line, a *World Wide Web*, *smartphones* etc. Tais tecnologias contribuíram sobremaneira para a propagação da ideia de uma nova sociedade, em especial calcada em três pilares: interatividade, transparência e flexibilidade⁴⁶⁰. Seguindo por esse linha, dizia Daniel Bell: “*The infrastructure of post-industrial Society is communication: cable, broadband, digital TV, optical fiber networks, fax, email, ISDN (integrated system digital networks, combining data, text, voice, sound and image through a single channel)*”⁴⁶¹.

b) De um ponto de vista econômico, o aspecto gira em torno da potencialização de áreas como educação, direito, publicidade, mídia, computação etc. Nessa conjuntura, a tecnologia proporcionaria uma economia “conectada”, oferecendo uma maior circulação de bens e serviços.

c) Em relação à questão ocupacional, o ponto a ser enfatizado recai sobre o seguinte aspecto: “*the decline of manufacturing employment and the rise of servisse sector employment is interpreted as the loss of manual Jobs and its replacement with white-collar work*”⁴⁶². Na Sociedade da Informação, assim, o esforço físico, típico das primeiras revoluções industriais, é substituído por características atinentes a *ideas, knowledge, skills, talent and creativity*⁴⁶³.

d) A questão espacial define-se, basicamente, pelo “encurtamento” dos espaços, proporcionado pelas redes de informação que conecta as pessoas em diferentes pontos do globo.

e) Por fim, a característica cultural da Sociedade da Informação baseia-se na própria sobrecarga informacional. Isso significa dizer que a cultura nesses moldes depende da saturação da mídia, cujo núcleo central é o intercâmbio contínuo entre mensagens sobre os outros e nós mesmos, gerando uma espécie de explosão de significados.

⁴⁵⁹ WEBSTER, Frank. *Theories of Information Society*. 4. ed. England: Routledge, 2014. p. 10-23.

⁴⁶⁰ Ibid. p. 12.

⁴⁶¹ BELL, Daniel. *The coming of post-industrial society: a venture in social forecasting*. Nova York: Basic Books, 1999. p. xvii.

⁴⁶² WEBSTER, Frank. *Theories of Information Society*. 4. ed. England: Routledge, 2014. p. 17.

⁴⁶³ Ibid.

Mostra-se um tanto quanto injusto apresentar tais conceitos por meio de um autor cujo trabalho visa, justamente, criticar muitas de suas bases, em especial, de seu caráter não apenas superficial e reducionista, mas também de sua base eminentemente quantitativa (ou seja, quanto mais informação, maior seria a transformação da sociedade). Mas não é o presente objetivo debater sobre as teorias da Sociedade da Informação. A função, isso sim, é de demonstrar quais são os pontos que, de alguma forma, já se transformaram em senso comum para explicar o estado de coisas atual, em especial nos aspectos tecnológico e cultural, áreas que mais nos interessam para essa parte do trabalho, talvez somadas ao valor do conhecimento.

A questão do ponto de vista tecnológico, no contexto macro da Sociedade da Informação, leva em consideração, como fundamento, a ideia dicotômica (e até certo ponto ideológica) entre o passado industrial, rígido, estático, movido pelo maquinário pesado, e a ideia de uma contemporaneidade baseada nas tecnologias da inteligência (comunicação, tecnologias da informação, computação, software etc.). Segundo Daniel Bell, um dos precursores dessa análise:

*For most persons, technology means machines, this understanding is reasonable given the foundation of mechanical technology for industrial society. But with the spread of computer-aided design in manufacture, as well as the merging of communication systems, what comes to the fore is “intellectual technology” (based on mathematics and linguistics), which uses algorithms (decision rules), programming (software), models and simulations, in the running of the new “high technology”.*⁴⁶⁴

Dentro desse contexto, na mesma linha de raciocínio do autor, haveria uma extensão da argumentação no que tange à ascensão do conhecimento como motor da produção (pós) industrial. Assim, se na era dita industrial a estrutura da produção encaixa-se na lógica da substituição do capital pelo trabalho (teoria do valor pelo trabalho), algo apresentado como essencialmente estruturado tanto na mais-valia quanto na simetria do custo marginal (custo da unidade adicional), no cenário da Sociedade da Informação sustenta-se na teoria do valor pelo conhecimento:

⁴⁶⁴ BELL, Daniel. *The coming of post-industrial society: a venture in social forecasting*. Nova York: Basic Books, 1999. p. xvii.

An industrial society, from Ricardo to Marx, is based on a labor theory of value, and the development of industry proceeds by labor-saving devices, substituting capital for labor. A post-industrial society rests on a knowledge theory of value. Knowledge is the source of invention and innovation. It creates value-added and increasing returns to scale and is often capital-saving in that the next substitution (e.g, fiber optics for copper in communications cables) uses less capital and produces a more than proportional gain in output. Knowledge is a collective good (in particular basic research), and one can raise the question of whether a “social rent” is due to the class of scientists who create the knowledge.⁴⁶⁵

Essas representações que, ao que tudo indica, já incorporam o senso comum teórico a respeito da Sociedade da Informação, apesar de seu cariz ideológico⁴⁶⁶, geram uma situação paradoxal em relação aos direitos de propriedade intelectual, posto que, se, de um lado, a visão dicotômica apresentada acima às vezes enquadra tais direitos no âmbito da “velha” economia no capitalismo industrial, tratando-o como algo que não se compatibilizaria com o momento contemporâneo (seria algo, no limite, *démodé*); de outro, tal linha de argumentação, sobretudo em relação à importância conferida ao conhecimento no processo de produção (pós) moderno, refletiria, ao contrário, uma potencialização de sua base estrutural, em especial, nas questões atinentes à propriedade industrial, já que essa “nova” modelagem de produção, desde as reflexões de Veblen⁴⁶⁷, ainda nos primeiros anos do século XX, tenderiam

⁴⁶⁵ Ibid.

⁴⁶⁶ Não surpreende, portanto, que, quando recomendada “modernização universal” (segundo o modelo do capitalismo norte-americano) mostra ser uma fantasia oca, a fase seguinte a fase seguinte procure escapar das novas dificuldades falando sobre a “sociedade pós-industrial”, oferecendo a promessa de transcender as contradições ainda remanescentes do capitalismo contemporâneo. E agora as expectativas desde último se mostraram totalmente ilusórias, uma vez que os importantes problemas que estão nas raízes da ideologia se recusam obstinadamente a desaparecer, defrontamo-nos com as ideologias requentadas da “modernidade e seus dissabores” e com o postulado da “pós-modernidade tornada presente”. Na verdade, para sublinhar a extrema fragilidade de todas essas supostas “superações”, que correspondem mais ao desejo do que à realidade, agora são oferecidas também teorizações da dissolução desta última, pouco depois de seu aparecimento no cenário ideológico, em manchetes que anunciam “A crise da pós-modernidade”. (MESZAROS, István. *O poder da ideologia*. Tradução Magda Lopes e Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2012. p. 71).

⁴⁶⁷ “*In this capitalization of earning-capacity the nucleus of the capitalization is not the cost of the plan, but the concern’s good-will, so called, as has appeared in the last preceding chapter. “Good-will” is a somewhat extensive term, and latterly it has a more comprehensive meaning than it once had. Its meaning has, in fact, been gradually extended to meet requirements of modern business methods. Various items, of very diverse character, are to be included under the head of “good-will”; but the items included have this much in common that they are “immaterial wealth”, intangible assets; which, it may parenthetically be remarked, signifies among other things that these assets are not serviceable to the community, but only to their owners. Good will taken in its wider meaning comprises such things as established customary business relations, reputation for upright dealing, franchises and privileges, trade-marks, brands, patent rights, copyrights, exclusive use of special processes*

a considerar as leis de propriedade intelectual como formalização (adaptada a novos processos) desse novo momento.

A identificação do caráter essencial dos “*intangible assets*” no processo de produção da corporação moderna gera, em outras palavras, uma espécie de via dupla em relação à matéria. Ao mesmo tempo que fortifica tais direitos por reforçar suas bases históricas, integrando-os no processo mais amplo de produção (sobretudo nos departamentos de pesquisa e desenvolvimento), eles também passam a sofrer questionamentos em razão daquilo que representa um traço marcante da conjuntura da Sociedade da Informação que é justamente a consideração do conhecimento como bem coletivo, resultado de um ambiente tecnológico-científico que proporciona, em princípio, um desenvolvimento criativo mais dinâmico, fluído e sem fronteiras.

Essa conjuntura também pode ser analisada sob a ótica da tensão entre *the penguin and the leviathan*, tratada por Yoachai Benkler. O autor, mais recentemente (últimas duas décadas), ficou conhecido por realizar análises relativas à influência da tecnologia, em especial a *internet*, na sociedade como um todo, e na propriedade intelectual em particular. A espinha dorsal de dois de seus principais trabalhos (*The Wealth of Networks* e *The Penguin and the Leviathan*) possui como núcleo central, justamente, o efeito transformador da tecnologia em relação à cooperação entre os indivíduos. Não apenas da tecnologia, em si, até porque ao enaltecer o modo de produção da Toyota, o foco está mais voltado ao modelo organizacional, em si, do que propriamente na tecnologia⁴⁶⁸. Sobre a tecnologia, especificamente, ele destaca a importância das redes na consecução desse fim: “*social networks like Facebook and Twitter – produced a culture of cooperation that was widely thought impossible a mere five or ten years ago*”⁴⁶⁹.

guarded by law or by secrecy, exclusive control of particular sources of materials”. (VEBLEN, Thorstein. *The theory of the Business Enterprise*. New York: Dover, 1994. p. 70-71).

⁴⁶⁸ “*Toyota structured its shop-floor relations around teamwork, and engineered its supplier relations into a collaborative network built on trust and long-term cooperation, instead of a top-down system governed by process engineers and competitive bidding*”. (BENKLER, Yoachai. *The Penguin and the Leviathan: The Triumph of Cooperation over Self-Interest*. How Cooperation Triumphs Over Self-Interest. New York. Crown Business, 2011. p. 10).

⁴⁶⁹ BENKLER, Yoachai. *The Penguin and the Leviathan: The Triumph of Cooperation over Self-Interest*. How Cooperation Triumphs Over Self-Interest. New York. Crown Business, 2011. p. 30.

No que concerne à estrutura da Sociedade da Informação, Yoachai Benkler também é enfático em sua visão: “*We are in the midst of a technological, economic, and organizational transformation that allows us to renegotiate the terms of freedom, justice, and productivity in the information society*”⁴⁷⁰. Essa renegociação, nesse momento, enfatizando-se o seu cariz tecnológico, ocorre porque a tecnologia, nas palavras do autor, determina as possibilidades da prática social⁴⁷¹. No caso das tecnologias que embasam a Sociedade da Informação, o autor as considera como “shareable goods” em sua natureza: “*Personal computers, wireless transceivers, and Internet connections are “shareable goods*”⁴⁷².

Essa característica leva em consideração, basicamente, o fato de que tais bens possuem, naturalmente, uma capacidade excedente tecnológica que, operando-se num contexto de conectividade, poderiam ser compartilhados a um custo marginal baixo por parte do usuário⁴⁷³. Esse aspecto representaria uma maior eficiência dos denominados “sistemas de produção social” (“*both peer production of information, knowledge, and culture and sharing of material resource*”⁴⁷⁴). Ou seja, na mesma linha argumentativa de Norbert Wiener, no início dessa parte do trabalho, para quem a informação deveria fluir livremente, como se tivesse uma espécie de predisposição natural para tanto, da mesma forma, agora com Yoachai

⁴⁷⁰ BENKLER, Yoachai. *The Wealth of Networks: how social production transforms markets and freedom*. London: Yale University Press, 2006. p. 27.

⁴⁷¹ Ibid. p. 31.

⁴⁷² BENKLER, Yoachai. *The Penguin and the Leviathan*, 2011, op. cit., p. 113.

⁴⁷³ Ibid. p. 115.

⁴⁷⁴ “*For example, imagine that there are one thousand people in a population of computer owners. Imagine that each computer is capable of performing one hundred computations per second, and that each computer owner needs to perform about eighty operations per second. Every owner, in other words, has twenty operations of excess capacity every second. Now imagine that the marginal transaction costs of arranging a sale of these twenty operations—exchanging PayPal (a widely used low-cost Internet-based payment system) account information, insurance against nonpayment, specific statement of how much time the computer can be used, and so forth—cost ten cents more than the marginal transaction costs of sharing the excess capacity socially. John wants to render a photograph in one second, which takes two hundred operations per second. Robert wants to model the folding of proteins, which takes ten thousand operations per second. For John, a sharing system would save fifty cents—assuming he can use his own computer for half of the two hundred operations he needs. He needs to transact with five other users to “rent” their excess capacity of twenty operations each. Robert, on the other hand, needs to transact with five hundred individual owners in order to use their excess capacity, and for him, using a sharing system is fifty dollars cheaper. The point of the illustration is simple. The cost advantage of sharing as a transactional framework relative to the price system increases linearly with the number of transactions necessary to acquire the level of resources necessary for an operation. If excess capacity in a society is very widely distributed in small dollops, and for any given use of the excess capacity it is necessary to pool the excess capacity of thousands or even millions of individual users, the transaction-cost advantages of the sharing system become significant*”. (BENKLER, Yoachai. *The Penguin and the Leviathan: The Triumph of Cooperation over Self-Interest. How Cooperation Triumphs Over Self-Interest*. New York. Crown Business, 2011. p. 114).

Benkler, haveria uma certa “vocaç o” ao compartilhamento pelos usuários com o advento de tais tecnologias. Essas no es ganharam destaque no seio das teoriza es sobre a Sociedade da Informa o:

*I have another reason for believing that the idea of an information society is an important one, though I can only introduce it obliquely. The denizens of the Internet have a saying, almost a mantra: "information wants to be free." Often the phrase merely connotes a crude but passionate libertarianism, a belief that the spread of information is both inevitable and good. This mantra comes with the accompanying belief that authorities-corporate or governmental-which oppose the spread of information are doomed to extinction, preferably sooner than later.*⁴⁷⁵

Há, entretanto, diversos problemas em rela o a essas análises, e determinadas perspectivas influenciam diretamente nas discussões atinentes   propriedade intelectual. Em primeiro lugar, pela sua excessiva generaliza o e simplifica o, não raras vezes presente nas análises que são realizadas a respeito da Sociedade da Informa o. A partir dessas análises criam-se, muitas vezes, abstra es “definitivas” que estabelecem certos tipos ideais que não refletem a realidade, ao menos em termos de extensão. Ou seja, tais classifica es e análises não se mostram com sendo suficiente para explicar comportamentos de coopera o, sobretudo, a partir de excessiva ênfase dada   configura o tecnológica, e pouca importância ao caráter historicista de seu desenvolvimento. Nesse sentido, nunca   demais lembrar importante li o do filósofo Húngaro, István Meszáros: “dadas as determina es da ordem social, que são inseparavelmente estruturais e históricas, o “tradicional” continua a desempenhar um papel crucialmente importante em todas as forma es sociais concebíveis, por mais avançadas que sejam”⁴⁷⁶.

Em segundo lugar, pelo caráter intercambiável dos conceitos. Desse modo, reflita-se, por exemplo, sobre o caráter do “compartilhamento”. Existem diferenças substanciais entre o compartilhamento de poder de processamento de um computador; do compartilhamento de informa es de um aplicativo de transporte; do “compartilhamento” de um imóvel; e do

⁴⁷⁵ BOYLE, James. *Shamans, Software and Spleens: Law and the construction of Information Society*. Cambridge: Harvard University Press, 1997. p. 7.

⁴⁷⁶ MESZAROS, István. *O poder da ideologia*. Tradu o Magda Lopes e Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2012. p. 88.

compartilhamento de filmes e músicas pela *internet*. A investigação dessas atividades atinge conclusões muito diferentes sob inúmeros aspectos, mas são usualmente demonstrados como se fizessem parte de um movimento macro, único e natural. Alguns dos pontos relativos a essa reflexão serão revistados à frente, tanto na crise de uma perspectiva de autoria, quanto na econômica. Mas mostra-se importante já deixar registrados alguns pontos de vista. De fato, a tecnologia é responsável por condicionar determinados comportamentos, mas ela, isoladamente, não tem esse poder (mostra-se como sendo temerário, aliás, apostar no seu suposto caráter de neutralidade⁴⁷⁷). Nos dois primeiros casos (processamento e informações por meio de aplicativos) tem-se, realmente, um contexto em que o usuário contribui para a coletividade (em especial porque o custo de fazê-lo é baixo). Pense-se, por exemplo, na contribuição que os usuários do console da Sony Playstation 3 podiam fazer a projetos de Stanford sobre pesquisas sobre o Câncer, por meio do compartilhamento do excedente do poder de processamento do console⁴⁷⁸, ou mesmo, no aplicativo de navegação Waze, em que os usuários podem reportar informações relativas a trânsito, contribuindo para diminuir a assimetria de informações referente ao fluxo de veículos.

Essas duas situações, contudo, não podem ser facialmente comparadas no caso do “compartilhamento” de veículos (Uber, Cabify etc.) e apartamentos (Airbnb), ou mesmo, e mais importante, de redes p2p e similares, que providenciam o “compartilhamento” de criações digitais por meio da rede (filmes, música, programas de computador etc.). No caso dos aplicativos de transportes, não há, efetivamente, compartilhamento de veículos. Existe, isso sim, apenas um modelo de negócio tecnológico que aprimora tanto o *searching* quanto a forma de pagamento, facilitando a participação direta do proprietário do veículo nessa cadeia. Isso representa, ao fim e ao cabo, apenas uma mutação do capitalismo baseada no aprimoramento do fluxo informacional proporcionado pela tecnologia. Em relação às redes

⁴⁷⁷“A neutralidade, nesse aspecto, poderia ser assim definida: “ao separar os objetos tecnológicos do tecido social, considera que as tecnologias são produtos neutros que podem ser utilizados “para o bem ou para o mal”, sendo a sociedade a única responsável por seu uso, já que, em princípio, a tecnologia responderia apenas a critérios de utilidade e eficácia e nada teria a ver com os sistemas políticos ou sociais. Contrariamente a essa visão de neutralidade, também existe o tratamento da tecnologia como um Sistema de ações intencionalmente orientadas à transformação de objetos concretos, para obter de forma eficiente um resultado valioso”. (DAGNINO, Renato. *Neutralidade da ciência e determinismo tecnológico: um debate sobre a tecnociência*. Campinas, SP: Unicamp, 2010. p. 21).

⁴⁷⁸ Disponível em: <https://www.cnet.com/news/sony-folds-up-foldinghome-ps3-project-after-100m-hours/>. Acesso em: 18 ago. 2019

p2p ou similares, há apenas a “disponibilização” e distribuição⁴⁷⁹ de bens digitais para terceiros, em manifesta violação aos direitos de propriedade intelectual. Não se compartilha absolutamente nada, até porque essa possibilidade apenas existe quando há uma relação de legitimidade sobre o objeto compartilhado, aliada ao desejo de fazê-lo por aquele que detém essa condição (muitas das vezes, importante frisar, sem que venha acompanhado da necessidade de contrapartida financeira⁴⁸⁰).

Ocorre, contudo, que na Sociedade da Informação, na sua vulgaridade conceitual característica da pós-modernidade⁴⁸¹, em que nada passa(ria) de mera simulação, todos esses termos são apresentados de forma intercambiável, como se traduzissem um comportamento uniforme superior, uma espécie de tendência maior ao compartilhamento, à cooperação, à ajuda mútua etc.: “*Because of changes in the technology of the industrial base of the most advanced economies, social sharing and exchange is becoming a common modality of production at their very core—in the information, culture, education, computation, and communications sectors*”⁴⁸². O problema dessas análises é que elas obscurecem uma série de relações não observáveis (ao menos não de modo claro) que ajudam a explicar o novo estado

⁴⁷⁹ Essa distribuição, proporcionada pela tecnologia, gera um estado de crise na propriedade intelectual, a retirando do seu “estado de dormência”: “*Prior to the emergence of file-sharing technology, the Copyright Act’s distribution right was largely dormant. Most enforcement actions were premised upon violations of the reproduction right and the relatively rare cases invoking the distribution right but not the reproduction right involved arcane scenarios. With the proliferation of filesharing over the Internet, direct enforcement of the Copyright Act against filesharers has brought the scope of the distribution right to center stage, because many individual defendants are charged with allowing access to their computer drives containing copyrighted files, but others actually download those files*”. (LEMLEY, Mark; MERGES, Robert; MENELL, Peter. *Intellectual Property in the new technological age*. 6. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2012. p. 153).

⁴⁸⁰ O próprio Manuel Castells, ao que tudo indica, parece ser mais realista quanto a esse ponto: “A lucratividade e a competitividade são os verdadeiros determinantes da inovação tecnológica e do crescimento da produtividade”. (CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. Tradução Roneide Venancio Majer. 17. ed. Revisada e Ampliada. São Paulo: Paz e Terra, 2016. p. 121).

⁴⁸¹ “O saber informático [...] não visa à verdade, a exemplo da teoria ou da hermenêutica, gêneros canônicos nascidos da escrita. Ele procura a velocidade e a pertinência da execução, e mais ainda a rapidez e a pertinência das modificações operacionais [...]. Esta característica do saber informatizado não é necessariamente condenável. Corresponde, em certos aspectos, ao que Jean-François Lyotard chamou de pós-modernidade. O que significa o fim da preocupação com a verdade? Certamente não quer dizer que a partir de agora é permitido mentir, ou que a exatidão dos fatos não importa mais. A questão é apenas de identificar uma mudança de ênfase, um deslocamento do centro de gravidade do centro de gravidade em algumas atividades cognitivas desempenhadas pelo coletivo social [...]. Um modelo digital normalmente não é nem “verdadeiro” nem “falso”, nem mesmo testável, em um sentido estrito”. (LEVY, Pierre. *As Tecnologias da Inteligência: O Futuro do Pensamento na Era da Informática*. Tradução Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 120-121).

⁴⁸² BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks: how social production transforms markets and freedom*. London: Yale University Press, 2006. p.121.

de coisas. A interferência na propriedade intelectual, desse tipo de visão, é decisiva. Dependendo do corte epistemológico que se faz, esse tema pode facilmente – como o faz Yoachai Benkler – ser enquadrado em uma noção “clássica” que não mais se coadunaria com o contexto contemporâneo. A matéria, assim, por regular o uso tanto de obras literárias quanto de criações industriais, seria considerada como parte de uma realidade basicamente moldada pelo controle do Estado em decorrência do ímpeto universal ao egoísmo. Essa seria uma das faces da moeda que o autor, em menção a Thomas Hobbes, denomina como *Leviathan*, refletindo sobre suas suposições equivocadas em comparação com o que acontece na presente era: “*that humans are fundamentally and universally selfish, and the only way to deal with people is for governments to step in and control us so that we do not, in our shortsighted pursuit of self-interest, destroy one another (or make one another’s lives too miserable to bear)*”⁴⁸³.

Em resumo, segundo a lógica do autor, a tecnologia, em especial a digitalização e a rede mundial de computadores, carregaria uma aura especial que tende a moldar o comportamento do usuário em um sentido específico, ação essa que seria baseada no suposto ímpeto ao compartilhamento, à colaboração, ao auxílio mútuo, à cooperação etc. Trata-se da consideração da técnica como “coisa em si”: “A maioria dos autores devotados a estudar algum dos aspectos da tecnologia acima citados pertence à multidão daqueles que concebem a técnica na condição de coisa em si, e, portanto, examinando-a do mesmo modo como procederiam com qualquer outro objeto”⁴⁸⁴.

Essa noção “ideologizada” da tecnologia no seio da Sociedade da Informação gerou (e ainda gera) uma relação de tensão com os direitos de propriedade intelectual por eles refletirem, nessa linha de raciocínio, o próprio controle do Estado no que diz respeito à produção de bens intelectuais. O nível de tensão sobre a propriedade intelectual é diretamente proporcional ao grau de ruptura que essa nova realidade representa. E para os entusiastas da Sociedade em Rede, ela é tão profunda ao ponto de representar uma espécie de “novo”

⁴⁸³ BENKLER, Yoachai. *The Penguin and the Leviathan: The Triumph of Cooperation over Self-Interest*. How Cooperation Triumphs Over Self-Interest. New York. Crown Business, 2011. p. 15-16.

⁴⁸⁴ PINTO, Alvaro Vieira. *O Conceito da Tecnologia*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005. p. 236.

capitalismo⁴⁸⁵. Benjamin Lovelock é certo ao trazer à luz essa perspectiva ideológica a respeito da Sociedade da Informação:

De maneira mais ampla, numerosos escritos, já mencionados, mobilizaram as noções de “ideologia”, “utopia”, “mitologia” ou “profetismo” para revelar o que é apresentado como uma miragem da informação e da comunicação, uma falsa novidade e, até mesmo, um discurso que dissimula os verdadeiros desafios das transformações em curso (SFEZ, 1992; BRETON, 2000; 1997; MATTELART, 2000; FOREST, 2004; NEVEU, 2011). Em suma, uma “grande narrativa” que viria atenuar o “fim das ideologias”, sem admitir a sua própria natureza ideológica, enquanto discurso mobilizador.⁴⁸⁶

De qualquer forma, todo esse cenário pesa sobre os direitos de propriedade intelectual, tornando dificultosa uma análise mais problematizada de tais direitos na contemporaneidade. Esse contexto tecnológico, seguindo as linhas que o consideram dentro de uma perspectiva determinística e uniforme, não raras vezes leva à revisão do tema a uma conclusão fatalista, de incompatibilidade de tais direitos no novo cenário técnico. Esse modo de pensar acaba por desconsiderar toda uma conjuntura histórica do assunto, acompanhada por crises cíclicas (também tecnológicas) e interesses diversos, esse sim o contexto que molda a propriedade intelectual. O resultado disso é, justamente, a circulação pelas margens, ou seja, de um lado, uma ideologia tecnológica baseada na Sociedade da Informação, cujos pilares foram mencionados acima; de outro, ideologias, algumas revisitadas, outras inéditas, que buscam justificar a propriedade intelectual como propulsora de inovação e progresso.

A simplicidade de um leva invariavelmente à simplicidade do outro. A propriedade intelectual segue um curso histórico complexo desde a prensa, passando por crises periódicas, muitas delas justamente ocasionadas pelo aperfeiçoamento tecnológico. O contexto

⁴⁸⁵ “O industrialismo é voltado para o crescimento da economia, isto é, para a maximização da produção; o informacionismo visa o desenvolvimento tecnológico, ou seja, a acumulação de conhecimentos e maiores níveis de complexidade do processamento de informação [...] é a busca por conhecimentos e informação que caracteriza a função da produção tecnológica no informacionismo [...]. O fator histórico mais decisivo para a aceleração, encaminhamento e formação do paradigma da tecnologia da informação e para a indução de suas consequentes formas sociais foi/é o processo de reestruturação capitalista, empreendido desde os anos 1980, de modo que o novo sistema econômico e tecnológico pode ser adequadamente caracterizado como capitalismo informacional”. (CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. Tradução Roneide Venancio Majer. 17. ed. Revisada e Ampliada. São Paulo: Paz e Terra, 2016. p. 74-75).

⁴⁸⁶ LOVELUCK, Benjamin. *Redes, Liberdades e Controle: uma genealogia política da internet*. Petrópolis: RJ: Vozes, 2018. p. 62.

atual da Sociedade da Informação, sustentado pelo avanço de determinadas tecnologias, representa, apenas, mais um episódio da construção teórica da propriedade intelectual, cuja natureza, em muitos aspectos, aliás, é substancialmente similar com crises dessa natureza no passado, como tivemos a oportunidade de observar na primeira parte do trabalho⁴⁸⁷. Ocorre, contudo, que a mesma facilidade em que se anuncia uma nova “sociedade”, igualmente se o faz em relação à propriedade intelectual, num sentido de superação e escamoteamento. Direito, frise-se, lido no espectro conjuntural proposto no trabalho, como majoritariamente confeccionado para acomodar os direitos das corporações multinacionais, sejam elas do ramo de entretenimento, de tecnologia, farmacêuticas etc.

Além desse cenário dicotômico, também existem variações que buscam “libertar” o autor/criador de uma posição de vulnerabilidade e vitimização, cenário em que a Sociedade da Informação se mostra(va) propício. Essa linha é apresentada pelo professor escocês, James Boyle: “*It is the ultimate mark of the information society that we will soon have "authors" of living, sapient beings, authors who will presumably assert that they are not slavemasters but creators, and entitled to intellectual property rights as such*”⁴⁸⁸. Esse é outro exemplo de como a tecnologia dissimula a realidade. Essa visão, bastante comum em questões envolvendo propriedade intelectual, leva a crer que o universo digital, aliado à rede mundial de computadores, teria a capacidade de construir um ambiente em que os “intermediários” fossem desnecessários. Iremos tratar desse ponto em tópico próprio, mas já vale registrar que os tais intermediários analógicos apenas foram substituídos pelos intermediários digitais.

O fato é que a Sociedade da informação, acompanhada de todas as suas nuances tecnológicas, gerou diversas análises sobre a matéria, em especial, nos anos 1990 e 2000. Siva Vaidhyanathan, professor de mídia, da Universidade de Virgínia, destaca a forma de como essas tensões foram internalizadas pelo público no episódio Napster. No verão dos anos 2000,

⁴⁸⁷ Mesmo autores de viés mais crítico à matéria não deixam de reconhecer a pertinência da construção histórica: “*At the beginning of this book I said that intellectual property might have the same relationship to the information society that the wagelabor nexus had to the industrial manufacturing society of the 1900s. I also said that this relationship remains underanalyzed, if it is analyzed at all*”. (BOYLE, James. *Shamans, Software and Spleens: Law and the construction of Information Society*. Cambridge: Harvard University Press, 1997. p. 143).

⁴⁸⁸ BOYLE, James. *Shamans, Software and Spleens: Law and the construction of Information Society*. Cambridge: Harvard University Press, 1997. p. 5.

quando o caso Napster ocupava as primeiras páginas dos jornais americanos, o público leigo passou a questionar, a partir de seu senso comum, a natureza e o futuro do copyright. Em artigo publicado pela revista americana *Slate*, assinado por Robert Wright, se questionava o futuro da música e da literatura numa era “pós-copyright”. Em suas visões: “*Flashing back to John Perry Barlow's predictions from 1996, Wright found that Napster and other peer-to-peer networks might actually create the necessary libertarian environment that could render copyright irrelevant*”⁴⁸⁹.

O autor do referido artigo estabeleceu uma estranha diferenciação baseada na qualidade da criação como parâmetro a ser utilizado para determinar se um determinado bem deveria ou não ser disponibilizado gratuitamente, em detrimento apenas do *enforcement* do monopólio temporário, garantido pelas leis de Propriedade Intelectual: “*If consumers want stuff, they can get it for free. If consumers want good stuff, they will have to pay for it*”⁴⁹⁰. De qualquer modo, Siva Vaidhyathan identifica o caráter mais relevante nas discussões on-line que acompanharam a divulgação do artigo:

*But the most interesting observations came from "The Fray," the on-line discussion that follows articles in Slate. Many readers who wrote in to "The Fray" were upset that Wright seemed so cavalier about the effects Napster might have on recording artists. Others were indignant about the arrogance of the record companies. Some readers declared that copyright was dead, so we should just forget about it and rejoice in the prospect of a future without big music labels. Others declared copyright untenable in the digital era and called for the strongest possible digital protection schemes. Still others declared copyright a natural right that emanates from the act of artistic creation. Napster had generated more than panic and glee. It had sparked some serious and sometimes nuanced discussion of copyright issues in the public sphere.*⁴⁹¹

Essa referência reflete bem os dilemas da propriedade intelectual frente às tensões que advêm das tecnologias da Sociedade da Informação. Parte se manifestou em favor das gravadoras, parte contra. Outros declararam, sem titubear, que tais direitos estariam “mortos”,

⁴⁸⁹ VAIDHYANATHAN, SIVA. *Copyright and copywrongs: the rise of intellectual property and how it threatens creativity*. New York: University Press, 2001. p. 182.

⁴⁹⁰ Ibid. p. 183.

⁴⁹¹ Ibid.

motivo esse de comemoração, haja vista a possibilidade do desenvolvimento de um ambiente criativo sem a submissão das grandes marcas musicais. Houve também quem defendesse que tais direitos não seriam compatíveis com o universo digital, motivo pelo qual seriam necessárias novas formas tecnológicas de garantir o *enforcement*. Por fim, também houve quem defendesse o *copyright* como direito natural que emana do ato da criação artística, razão pela qual deveria ser protegido.

Cada um desses argumentos possui certa razão de ser, embora nenhum deles possa ser totalizado como resposta à realidade, que se mostra muito mais homogênea, como nos mostra o desenrolar histórico desses direitos. A referência acima ocorre senão no ápice, mas muito próxima do extremo de uma espécie de “era de ouro” da *internet* e da noção de conectividade. A Sociedade da Informação na sua plenitude. Talvez até pela crença de algo absolutamente novo, de uma nova era tecnológica da sociedade, esse movimento, parece logo ter “caído em desgraça” (logo veio a *deep web*, os efeitos colaterais das redes sociais, as *fake news*, as manipulações eleitorais, os vazamentos de dados pessoais etc.). Os escritos de seus entusiastas, desde a década de 1990, esperavam algo melhor: acesso amplo ao conhecimento (que não é informação); educação para todos; cooperação genuína; o retrato efetivo da aldeia global em que todos ganham. Mas voltemos ao foco.

Em relação à propriedade intelectual, essa tal “era de ouro” da *internet*, e por extrapolação, da Sociedade da Informação, representou um importante contramovimento. De inédito, em relação a outros distúrbios tecnológicos de outrora, apenas a disseminação comunicativa, de um ponto de vista quantitativo. No que se refere às promessas dessa nova realidade, era de que a tecnologia proporcionaria, *per se*, um comportamento mais ativo do *usuário*, sobretudo, ao nosso escopo, transformando-o de agente passivo para efetivo “criador”, acreditava-se que a grande indústria de entretenimento enfrentaria a “concorrência” desses novos criadores, já que, igualmente como parte das promessas, também levou-se a crer que a conexão entre ele e o grande público poderia se fazer sem os tais “intermediários” (gravadoras, empresas de distribuição de conteúdo analógico etc.).

No momento atual, entretanto, tudo leva a crer que determinados elementos surgidos no seio do contexto, ora analisado, começam a se sedimentar, criando-se, assim, um ambiente propício para a realização de análises mais objetivas sobre a presente conjectura. Buscaremos realizar essa tarefa na última parte do trabalho, como forma de indicar, com base na genealogia desenvolvida até aqui, o que o futuro observável poder reservar para a temática aqui proposta. Mas antes, ainda há temas fundamentais para se investigar até lá. Ainda no contexto tecnológico, nos próximos tópicos, exploraremos com maiores detalhes os reflexos dessa temática sob a ótica da cadeia de produção de bens, dos chamados “intermediários” e do espectro comunicativo. Ao final, encerraremos com a questão da dicotomia do controle e acesso de um ponto de vista tecnológico.

2.2.4 “Democratização” dos meios de produção e da inovação

O ambiente tecnológico atual, sobretudo aquele forjado desde a segunda metade do século XX, representou, em termos de inovação, não somente a automatização dos meios de produção, mas, em tempos mais recentes, a sua chamada “democratização”. O termo democratização, utilizado aqui entre aspas, busca registrar, na verdade que, nas últimas décadas, houve um substancial acesso generalizado a diferentes tipos de tecnologia, fato que, de alguma forma, difundiu a ideia de que não somente grandes corporações teriam a exclusividade em relação à produção, em cadeias de produção eminentemente verticais, mas, mais importante, que a produção, no tal novo cenário, se faria não apenas de baixo pra cima, mas de forma difusa. Seria, em resumo, uma espécie de revigoramento do movimento americano do *faça você mesmo (do it yourself)*, mas agora não somente voltado para dentro (realização de tarefas domésticas), mas também para o mercado: seria o *faça você mesmo e venda você mesmo*.

Mas qual seria a importância desse cenário na propriedade intelectual? A partir dos cortes epistemológicos realizados até aqui, seria plenamente possível observar tais direitos, nos contornos mais atuais (mas não só), como mecanismos de proteção jurídica a grandes empresas, sobretudo porque somente elas, até então, seriam capazes de produzir bens

para o mercado, sejam eles bens duráveis, ou mesmo, bens de entretenimento. Esse argumento dialoga com o ramo da teoria das organizações, em especial, com o recrudescimento, desde as reflexões de Thorstein Veblen, dos departamentos de pesquisa e desenvolvimento (*research and development*). Tais departamentos, no decorrer do século XX, transformaram-se em sinônimo de inovação, em especial, pela capacidade de alocação de grandes montas de recursos para a produção de novos produtos, contexto em que também passaram a adotar estratégias mais consistentes em relação às suas criações:

Nas indústrias em que os métodos legais de proteção são eficientes ou que produtos novos são difíceis de copiar, a necessidade de as empresas de inovação integrarem os ativos coespecializados parece menos obrigatória do que nas indústrias onde a proteção legal é fraca. Nos casos em que a proteção legal é fraca ou inexistente, o controle dos ativos coespecializados será necessário para a sobrevivência no longo prazo.⁴⁹²

Essa questão pode ter diversos contornos sobre a propriedade intelectual, motivo pelo qual alguns cortes precisam ser feitos, sobretudo a partir do caráter tecnológico. O primeiro aspecto a ser enfatizado nesse contexto diz respeito às nuances referentes à produção de bens físicos e bens culturais, cuja diferença básica, no presente escopo, relaciona-se com o potencial de cópia no mercado. Outra questão diz respeito ao suposto acesso generalizado aos meios de produção, e seus contornos e influência na matéria. Dentro deste último, enfatizaremos dois aspectos principais: a) acesso aos meios de produção para fins de reprodução de cópias no mercado; b) acesso aos meios de produção como forma de produção de bens em uma cadeia generalizada, não vertical (ou seja, a partir de fontes que não sejam exclusivamente impulsionadas por grandes corporações). Por fim, também buscaremos analisar o movimento do *faça você mesmo*, à luz do contemporâneo *user innovation*.

Do ponto de vista do acesso aos meios tecnológicos como forma de reprodução de bens da indústria, há um contínuo estado de conflito em relação aos direitos de propriedade intelectual, justamente porque eles, nessa situação, serviriam, entre outros mecanismos

⁴⁹² BURGELMAN, Robert A. *Gestão estratégica da tecnologia e da inovação: conceitos e soluções*. 5. ed. Tradução Luiz Claudio de Queiroz Faria; Revisão técnica André Ribeiro de Oliveira. Porto Alegre: AMGH, 2012. p. 217.

possíveis, como um instrumento de proteção diante desse cenário. Os movimentos de proteção e de acesso a terceiros, por meio do progresso tecnológico, mostram-se, assim, como seguindo em direções antagônicas: quanto mais esse acesso é “democratizado”, maior é a força de tensão sobre a propriedade intelectual, principalmente, por ficar demonstrado, talvez, cada vez mais, que eles se revelam inapropriados para tanto, levados em consideração isoladamente. A sua importância, nesse cenário, tende basicamente a ser não somente de legitimar a coerção (como sempre ocorreu, e veremos essa questão mais detalhadamente na parte que tratará da crise de um ponto de vista político-jurídico), mas, mais importante, sendo essa característica inédita no presente cenário, a de também legitimar a utilização em massa, e complexa, de mecanismos tecnológicos de proteção, sobretudo, em bens de natureza digital como software. Nos bens corpóreos, o dilema tende a continuar no modelo, digamos, mais “tradicional”, haja vista o alto custo de seu manejo⁴⁹³.

Importante destacar, com isso, que a tal “democratização” dos meios de produção não pode ser, obviamente, levada em consideração a partir do viés apresentado acima. Não há nada de “democrático” em infringir direitos de propriedade intelectual de terceiros apenas porque os meios de produção são acessíveis (salvo pontos de vista mais radicais que se movem a uma espécie de discurso contra o *neo-establishment*). Essa circunstância, a bem dizer, ingressa no cerne da estratégia empresarial da grande empresa, inclusive no que diz respeito à busca, ou não, pelos seus direitos, independentemente da complexidade em se

⁴⁹³ Benkler é um dos autores que não raras vezes trabalha com a ideia de mídia tradicional Vs Computação e mídia digital, além de sempre reforçar a questão dos custos associados às mídias analógicas e mecânicas: “*The cost of physical capital was for more than 150 years the central organizing principle of information and cultural production, from the introduction of high-cost, high-volume mechanical presses, through telegraph, telephone, radio, film, records, television, cable, and satellite systems. These costs largely structured production around a capital-intensive, industrial model. The declining price of computation, however, has inverted the capital structure of information and cultural production. Inexpensive desktop PCs, as well as digital video and audio systems, are now capable of performing most of the physical capital functions that once required substantial investments. Where physical capital costs for fixation and communication are low and widely distributed, and where existing information is itself a public good, the primary remaining scarce resource is human creativity. And it is under these conditions that the relative advantages of peer production emerge to much greater glory than possible before [...]. The second attribute—the decline in physical capital cost—similarly lowers the cost of another major cost of information production. The age of mechanical reproduction that enabled fixation and distribution of information and culture as goods was defined by the high cost of physical capital. Large circulation automated printing presses, vinyl record and later CD manufacturing facilities, and movie studios and their celluloid-based systems formed the basis for the industrial model typical of information and cultural production in the twentieth century*”. (BENKLER, Yochai. Coase’s Penguin, or, Linux and The Nature of the Firm. *The Yale Law Journal*, v. 4, n. 3, p. 10, 37, Aug., 2002).

perseguir tal finalidade. Como indicado acima, essa estratégia levará em consideração, legitimamente, a facilidade de cópia, seu público alvo, a precificação etc. Na verdade, como analisaremos na parte que tratará da crise de um aspecto econômico, será muitas vezes avaliada como verdadeira *falha de mercado*. Esse argumento mostra-se importante haja vista o uso sincrético dos termos, inclusive desse (“democratização dos meios de produção”). Disso não se trata.

Superado esse ponto, existem, sim, determinadas conjecturas em que a questão do progresso tecnológico, que leva à difusão dos meios de produção, origina análises pertinentes em relação à temática com esse contexto tecnológico, em que se observa, efetivamente, a participação do *usuário* na cadeia de produção. Segundo o professor de gerenciamento de inovação do MIT, Eric Von Hippel, “*User’s ability to innovate is improving radically and rapidly as a result of the steadily improving quality of computer software and hardware, improved access to easy-to-use tools and components for innovation, and access to a steadily richer innovation commons*”⁴⁹⁴. Essa realidade ocorre, como já é possível depreender, a partir do momento em que a tecnologia proporciona um ambiente em que o processo de inovação deixa de ser exclusividade dos departamentos de inovação das grandes empresas, passando a incluir a participação dos usuários (ou seja, de fontes externas à empresa).

Existe, não raras vezes, certo exagero a respeito da extrapolação dessas atividades: “*the radical nature of the change that is occurring in design capabilities available to even individual users is perhaps difficult for those without personal innovation experience to appreciate [...] they are at the leading edge of an important market trend*”⁴⁹⁵. Quer dizer, muitas vezes, se valem de alguns exemplos em que tal realidade de fato ocorre, mas estendendo o seu poder de impacto como se representasse, realmente, um movimento mais profundo do capitalismo moderno, o que não ocorre, ao menos não até agora (no máximo, ocorre em potência). A influência à propriedade intelectual se dá, assim, não pela modificação mais contundente no cenário econômico, mas pelas ideologias ou teorizações precoces que o progresso tecnológico, nesse caso, origina. Esse argumento, contudo, não torna, de modo

⁴⁹⁴HIPPEL, Eric Von. *Democratizing Innovation*. Cambridge: Mass Mit Press, 2005. p. 13.

⁴⁹⁵Ibid. p. 22, 121.

algum, tais investigações inapropriadas, até porque, em vista do movimento dinâmico desse progresso, mudanças mais radicais nunca podem ser descartadas de plano. Trata-se, apenas, de buscar contornos mais reais ao problema posto, evitando dissimulações.

Em termos gerais, ainda apoiados no mencionado autor, o acesso a tecnologias que viabilizam a produção ao nível do “usuário” visam dar conta da necessidade de personalização, carência essa que a grande empresa, por mais que se esforce, não consegue delimitar na sua completude, até porque a melhor posição a respeito das necessidades do consumidor (ou usuário) vem dele próprio: *“users have a high incentive to know their own problems and the value to them of a solution [...] user innovators, for example, will then have better information about their needs and their use context than will manufactures [...] giving users the ability to make exactly right products for themselves”*⁴⁹⁶. Dentro dessa dicotomia estabelecida pelo autor, entre a inovação promovida pelo usuário e aquela que emana dentro da grande empresa, o autor sugere que aquelas advindas dos usuários tendem (devem?) a ser disseminadas livremente:

*Products, services, and processes developed by users become more valuable to society if they are somehow diffused to others that can also benefit from them. If user innovations are not diffused, multiple users with very similar needs will have to invest to (re) develop very similar innovations, which would be a poor user of resources from the social welfare point of view [...] When my colleagues and I say that an innovator “freely reveals” proprietary information, we mean that all intellectual property rights to that information are voluntary given up by that innovator and all parties are given equal access to it – the information becomes a public good.*⁴⁹⁷

Compreender o processo de inovação não é uma tarefa simples, sobretudo a partir da ideia de que ele seja algo programável como uma espécie de “linha de montagem” de inovação. Em sentido contrário a essa concepção, já destacava Herbert Simon: *“great deal of randomness [...] all these hypotheses about innovation rest on the assumption that the innovative process is not itself programmed. The stimuli to innovation, in this model, are external”*⁴⁹⁸. Mesmo Max Weber já refletia nesse sentido⁴⁹⁹. A nosso ver, mostra-se como

⁴⁹⁶Ibid. p. 57, 66.

⁴⁹⁷Ibid. p. 77.

⁴⁹⁸MARCH, James G.; SIMON, Herbert. *Organizations*. New York: Wiley, 1966. p. 199, 205.

sendo uma tese sustentável, em contrapartida a tais autores, que a grande empresa internalizou o processo de inovação como se fosse, de fato, uma verdadeira linha de montagem, buscando enquadrar tal processo dentro de uma dinâmica mais ampla, já que citamos Max Weber, de racionalização⁵⁰⁰ (cientifizada) que, ao acometer o homem, levou consigo as formas de organização e gerenciamento da empresa moderna, desenvolvimento esse que acabou incorporando a propriedade intelectual, em especial a propriedade industrial, como parte lógica do processo. Jurgen Habermas também elucida bem esse contexto:

Desde o final do século XIX, impõe-se de modo cada vez mais intenso uma nova tendência de desenvolvimento que caracteriza o capitalismo tardio: a cientifização da técnica. Ao longo de todo o capitalismo sempre existiu a pressão institucional à elevação da produtividade do trabalho por meio da introdução de novas técnicas. Mas a inovação dependia de descobertas esporádicas, as quais podiam ser economicamente induzidas, mas possuíam ainda o caráter de desenvolvimento individual. Isso se transformou na medida em que o desenvolvimento técnico foi acoplado ao progresso científico. Com a pesquisa industrial em grande escala, a ciência, a técnica e a valorização do capital são agregados em um único sistema.⁵⁰¹

A racionalização lógica dos processos da empresa moderna em geral, e dos processos de inovação em particular, se deram (e ainda se dão) a partir de uma premissa organizacional cuja fórmula é eminentemente racional, lógica, estandardizada e instrumental. Assim, cria-se um contexto em que imperam os projetos, os *deadlines*, as ilhas de produção, a busca contínua pela maximização da eficiência, a busca (racionalizada) por meios que proporcionem a “destruição criativa” etc. Além disso, como já tivemos a oportunidade de observar com Veblen, surgem, na formatação mais moderna da empresa, os tais *intagible*

⁴⁹⁹ “Certo é que as melhores ideias nos ocorrem, segundo a observação de Ihering, quando nos encontramos sentados em uma poltrona e fumando um charuto ou, ainda, segundo o que Helmholtz observa a respeito de si mesmo, com precisão quase científica, quando passeamos por uma estrada que apresente ligeiro aclave ou quando ocorram circunstâncias semelhantes. Seja como for, as ideias nos acodem quando não as esperamos e não quando, sentados à nossa mesa de trabalho, fatigamos o cérebro a procurá-las. É verdade, entretanto, que elas não nos ocorreriam se, anteriormente, não houvéssemos refletido longamente em nossa mesa de estudos e não houvéssemos, com devoção apaixonada, buscado uma resposta”. (WEBER, Max. *Ciência e Política*: duas vocações. Tradução Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2011. p. 29).

⁵⁰⁰ “Todo trabalho científico pressupõe sempre a validade das regras da lógica e da metodologia, que constituem os fundamentos gerais de nossa orientação no mundo [...] o destino de nosso tempo, que se caracteriza pela racionalização, pela intelectualização e, sobretudo, pelo “desencantamento do mundo” levou os homens a banirem da vida pública os valores supremos e mais sublimes”. (Ibid. p. 42, 62).

⁵⁰¹ HABERMAS, Jurgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Tradução Artur Morao. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 107-108.

assets. Nesse contexto, sendo essa a hipótese considerada, os direitos de propriedade intelectual, que até então serviam de base aos “gênios” no seu âmbito mais individual (mas nem sempre⁵⁰²), passam a se tornar componente importante desse mecanismo empresarial. Em suma, é como se a propriedade intelectual ingressasse nesse mesmo processo macro de racionalização.

Trabalha-se com essa hipótese, na realidade, como forma de sustentar a lógica pela qual os direitos de propriedade intelectual, em princípio, tendem a ser mais importantes para as empresas, em especial, as grandes corporações, do que propriamente aos usuários em geral, sejam eles produtores de bens digitais, ou mesmo, de bens físicos. A legitimação à coerção oferecida por tais direitos permite, ainda que, às vezes, seja uma tarefa dificultosa, que elas busquem os meios de garantia do *enforcement* por meio de investimentos que os usuários, ou mesmo, pequenas e médias empresas não podem perseguir em razão, muitas vezes, dos altos custos. Mas a partir do momento em que o usuário alça a uma posição de jogador relevante no capitalismo atual, ele ingressa no mesmo “jogo” praticado pelas grandes corporações (*enforcement*, repressão ao uso não autorizado, controle da informação, etc). É o que começa a ocorrer com alguns “Youtubers”, cujas “marcas” já começam a ser licenciadas a uma série de produtos e serviços.

Busca-se enfatizar, no fundo, que a tal “democratização dos meios de produção”, excluindo-se o caso do aumento da possibilidade de reproduções não autorizadas, não teve o condão, até o momento, de representar uma modificação paradigmática sobre a forma de como as grandes empresas (e parte do público e analistas) enxergam os direitos de propriedade intelectual. Houve, sim, um aumento do espectro de meios que proporcionaram criações pulverizadas, contudo, salvo raras exceções, talvez sendo o melhor exemplo o modelo de *open source*, nunca visando o grande mercado. O cenário tecnológico atual, que também inclui a

⁵⁰² “Patented steam engines developed by James Watt were widely deployed in the 1700s. After the expiration of the Watt patent, an engineer named Richard Trevithick developed a new type of high-pressure engine in 1812. Instead of patenting his invention, he made his design available to all for use without charge. The engine soon became the basic design used in Cornwall. Many mine engineers improved Trevithick’s design further and published what they had done in a monthly journal, *Leans Engine Reporter*. This journal had been founded by a group of mine managers with the explicit intention of aiding the rapid diffusion of best practices among these competing firms”. (HIPPEL, Eric Von. *Democratizing Innovation*. Cambridge: Mass Mit Press, 2005. p. 78-79).

questão ora analisada, proporcionou um aumento substancial do alcance da audiência potencial consumidora, potencializando os núcleos capazes de atingi-los. Isso significa, assim, que a grande corporação permanece, em grande medida, com a sua importância no mercado, inalterada, mas ocorre que, agora, existem outros atores que também possuem a capacidade de penetrar nesse jogo do mercado, movimento esse que não confere tamanha importância à propriedade intelectual, seja por acreditar na sua filosofia ou em razão dos custos de aplicá-la. A referida produção, logo, deixa de ser *somente* centralizada e vertical, para *também* ser descentralizada e horizontal, criando vias alternativas não somente para a produção/criação, mas igualmente de interesses e valores:

*Feenberg argues that “there are ways of rationalizing society that democratize rather than centralize control.” He reasons that if modernity as we know it is established through a process of rationalization, then alternative rationalizations are necessary in order to create alternative modernities. According to Feenberg, the current modernity is characterized by a particular rationality—a technical code—and that this rationality has been embodied in the technological designs of modern society. Democratizing technology means expanding technological design to include alternative interests and values.*⁵⁰³

De qualquer maneira, o entusiasmo excessivo no que tange às possibilidades de criação nesse ambiente, gerou, durante certo período, descrença quase que geral atinente ao tema⁵⁰⁴, seja pela desconfiança em relação a sua filosofia, supostamente refratária a modelos de cooperação e compartilhamento de conhecimento, ou até mesmo porque com o acesso disseminado aos meios de produção em questão, passou-se a supor que os mecanismos de *enforcement* seriam inviáveis na nova conjuntura. Esse fato produziu mais uma crise da propriedade intelectual, ocasionada não somente pelos novos formatos tecnológicos, mas também, pelo senso comum construído a partir deles, contemplando temas como inovação, compartilhamento de conhecimento, o movimento *do it yourself*, indústria cultural e tecnológica, entre outras coisas. Não deixou de influenciar, inclusive, no próprio regime ético:

⁵⁰³FEENBERG’s, Andrew. *Democratizing Technology*. New York: State University of New York Press, 2006. p. IX.

⁵⁰⁴ “This conceptual and cultural transformation in the relationship to the intellectual, to expression and to production, presents a particular challenge to intellectual property in the digital, and a transformation which similarly unsettles conventional production relationships with areas of intellectual property, despite possibly being less disrupted by digital production on the face of things”. (GIBSON, Johana. *The Logic of Innovation: Intellectual Property, and what the user found there*. London and New York: Routledge, 2014. p. 307).

In the digital, the relationship between the common production of the intellectual and the private self of property becomes more problematic. Returning to the cliché of the ‘democratization’ of the digital environment, it is nevertheless notable the way in which the value of ‘intellectual’ circulates more prominently.²³² This is not something as simple as the rhetoric of ‘democratization’, but rather a notably ethical momentum in the digital space: ‘It is an ethical subject.’ Rather than mere passive recipients of a debt which can never be paid, the propertyless ‘peasants’ are engaging directly with the productive labour of social power through the digital, social media and the like. They are addressing the Queen. This is not simply to celebrate uncritically the proliferation of opinion; rather, it is to understand a transformation in the mode of production itself.⁵⁰⁵

A análise da crise tecnológica, a partir de uma visão da difusão aos meios de produção, dessa forma, tem tanto um viés “genuíno” quanto um viés dissimulado. Em relação ao primeiro caso, verificou-se uma modificação da realidade tecnológica que, de fato, trouxe consigo uma transformação relevante no contexto da propriedade intelectual, e dos setores que nela se sustentam, haja vista a sua potência de não somente viabilizar produções não autorizadas, mas também, de possibilitar criações e produções a partir de agentes outros que não sejam necessariamente originados da grande indústria (que às vezes, aliás, num verdadeiro processo de “mesclagem” inovativa, dela se beneficia). O viés dissimulado, a seu turno, traz no seu bojo uma percepção de mudança relativamente mais drástica, modificação essa que demonstraria quase que uma superação de um “modelo” por outro, transformação essa que, na prática, não se vê. A grande indústria, em geral, ainda se sustenta a partir dos direitos de propriedade intelectual, mantendo uma estrutura que já vem de décadas, tendo a presente conjuntura, de inédito, a abertura para “vozes” alternativas⁵⁰⁶.

⁵⁰⁵ Ibid.

⁵⁰⁶ “To say that Hollywood dominates the world’s movies that US television accounts for large chunks of most other nations programming or that rock music originates in the main in London, Los Angeles and New York is not to argue that alternative perspectives are ignored. Quite the contrary, it is easily conceded that other cultures are noticed and even given voice here – consider, for instance, rap music or the urban movies which might show life through the eyes of ethnic minorities. However, to accept that media have opened out to include other ways of seeing, at the same time as they have expanded exponentially, is not to agree that they offer “multiple realities”. On the contrary, it is surely the case, as scholars such as Herbert Schiller demonstrate time and again, that what perspectives are to be included is subject to ideological and economic limits [...]. The internet and digitalization generally do offer opportunities for greater diversity of content, yet even here to date it is dominated by commercial and western content (Hindman, 2009)”. (WEBSTER, Frank. *Theories of Information Society*. 4. ed. England: Routledge, 2014. p. 335).

2.2.5 Cadeias de produção e a pretensa eliminação dos intermediários

Outro tema bastante em voga em relação às crises de caráter tecnológico da propriedade intelectual diz respeito à questão dos intermediários nas cadeias de produção de bens, sobretudo de entretenimento no meio digital. O aumento do alcance do público, aliado ao progresso tecnológico, que viabiliza o estabelecimento de um canal direto de comunicação entre o produtor (emissor) e o receptor (usuário/consumidor), sempre representou um dilema para a matéria. Com a difusão da *internet* e da computação isso se potencializou. A organização da indústria, sobretudo com a globalização e com aquilo que Michael Porter designou como *Global Value Chain*⁵⁰⁷, foi (e é) calcada no desenvolvimento integrado da cadeia de valor, desenvolvida não apenas pelas atividades internas da empresa, mas também, e mais importante, pela sua integração com terceiros que formam a sua estrutura macro de busca por competitividade no mercado global. Explique-se melhor.

A globalização, apoiada pelo progresso tecnológico das últimas décadas, permitiu às grandes empresas aperfeiçoarem sua feição transnacional de modo a terceirizarem parte de sua produção para outros países, onde a produção se mostra menos onerosa, formando, assim, uma verdadeira cadeia de produção em âmbito global. Nesse sentido, nas palavras do próprio Michael Porter: “*Every firm is a collection of activities that are performed to design, produce, market, deliver, and support its product. All these activities can be represented using a value chain. A firm’s value chain*”⁵⁰⁸. O tema específico da cadeia de valor, apesar de não representar o escopo da presente análise, mostra-se importante no momento para demonstrar, no fundo, a forma interligada de como as empresas multinacionais atuam no mercado (por meio dos chamados intermediários), e algumas das variações que essa estrutura sofreu a partir do fenômeno da “democratização” dos meios de produção analisado no tópico anterior.

O estabelecimento de uma linha de comunicação direta entre aquele que produz e aquele que consome de há muito se mostra como uma das tensões essenciais que a tecnologia origina no contexto da propriedade intelectual. Em geral, ao menos nos primeiros anos de

⁵⁰⁷ PORTER, Michael. *Competitive Advantage of nations*. New York: The Free Press, 1990.

⁵⁰⁸ Ibid. p. 36.

aplicação e reconhecimento público de determinada tecnologia, que torna esse alcance mais largo, existe uma força de tensão sobre os agentes que integram a cadeia de disseminação do bem ao mercado. Estes, na maior parte das vezes, desenvolvem uma posição defensiva em relação a tal inovação, haja vista a suposta perda, ou até mesmo, exclusão sumária, do mercado em que se atua.

O cume dessa discussão, ao que tudo indica, dentro de uma perspectiva histórica, ocorreu com a propagação da *internet* e da computação, cuja parte das promessas foi de, justamente, viabilizar esse cenário. Nesse sentido, cultivou-se a ideia de que cadeias de produção “tradicionais” como distribuidores de filmes, gravadoras, impressores etc., não mais teriam espaço na nova realidade tecnológica, uma vez que com a conversão tecnológica, estudada acima, levada a efeito por meio da digitalização, a cadeia teria um grau de uniformização mais agudo, formada por uma gama de agentes (intermediários) substancialmente menor⁵⁰⁹. James Boyle, nesse sentido, lembra-nos que, apesar de eles terem sido vistos pelos detentores de conteúdo como meros facilitadores da “pirataria on-line”, *“These intermediaries [...] are also a central part of the architecture of the internet, the entities whose activities facilitate all the expressive, commercial and communicative possibilities the internet involves, the revolution in “disintermediation” it has brought about”*⁵¹⁰.

As relações no capitalismo de mercado, no entanto, não são tão harmoniosas e determinísticas quanto, às vezes, se supõe. Empresas que adotam novas tecnologias, no contexto aqui delimitado, invariavelmente ingressam no mercado, ainda que nem sempre de modo “formal”, pressionando a estrutura vigente para que, com isso, forcem as mudanças a partir das rupturas, sejam elas fáticas ou provenientes de narrativas tecnocratas. E esse movimento, muitas das vezes, sobretudo nas indústrias cujos produtos têm uma relação forte

⁵⁰⁹ *“The second trend is closely related. It is the idea that the distinctive feature of digital technology, and therefore the thing that policy should most seek to encourage, is collective creativity (CC). This is an idea that starts with the fact of greater interconnectivity, but goes beyond. Scholars writing in this vein are interested not so much in the technological logic of networks, but in the potential”.* (MERGES, Robert. *Justifying Intellectual Property*. Harvard. Harvard University Press, 2011. p. 240).

⁵¹⁰ BOYLE, James. *Intellectual Property: Law & the Information Society*. Cases and Materials. 3. ed. USA: Center of Study of Public Domain, 2016. p. 198.

com a propriedade intelectual, gera uma reação contrária. Os agentes que compõem a cadeia de produção ameaçada, nesse cenário, buscam preservar sua posição de dominância dentro do espectro de observância desses direitos, pois a nova tecnologia geralmente se move dentro um de uma margem não bem delimitada, principalmente, pelo direito (nesse caso, pela propriedade intelectual). Os argumentos utilizados pelos intermediários, com isso, caminham no sentido de preservar o *status quo*. Apesar da amplitude dessa discussão com as últimas inovações tecnológicas, tais dilemas, como já denotamos, não são inéditos.

Muitos exemplos podem elucidar essa questão. Talvez o mais paradigmático tenha sido o já mencionado Napster que, ao viabilizar a distribuição digital de músicas digitais pela *internet*, no início dos anos 2000, estabeleceu uma nova forma de consumo de música, ainda que o início de sua trajetória tenha sido feito no limite da fronteira entre a margem mencionada acima e a violação à lei⁵¹¹. A posição defensiva dos intermediários representantes dos modelos pressionados se sustenta (ou não) levando-se em consideração tanto a reação do mercado, e o seu poder de barganha (político ou econômico), quanto a capacidade de aplicação de *enforcement*, seja ele por meio da lei ou por medidas de caráter tecnológico. Alguns desses movimentos serão analisados quando tratarmos das crises de viés econômico e político. Restringimo-nos, aqui, ao aspecto tecnológico. Em meio a esse cenário, até então inédito, muitas eram as previsões:

*In 1999, in a book entitled The Control Revolution, journalist and legal scholar Andrew Shapiro described two futures that the Internet might take. The first was the familiar story of increased individual freedom, as the network gave us greater control over our lives, and over the institutions, including government, that regulate our lives. The second was a less familiar warning—of the rebirth of technologies of control, as institutions “disintermediated” by the Internet learned how to alter the network to reestablish their control.*⁵¹²

⁵¹¹ “The most notorious example is Napster. The collective availability of tens of millions of hard drives of individual users provided a substantially more efficient distribution system for a much wider variety of songs than the centralized (and hence easier to control) distribution systems preferred by the recording industry. The point here is not to sing the praises of the dearly departed (as of this writing) Napster. Setting aside the issue of content ownership, efficient distribution could be offered by individuals for individuals”. (BENKLER, Yochai. Coase’s Penguin, or, Linux and The Nature of the Firm. *The Yale Law Journal*, v. 4, n. 3, p. 10, Aug., 2002).

⁵¹² LESSIG, Lawrence. *The future of ideas: the fate of commons in a connected world*. New York: Random House, 2001. p. vii.

O fato é que o Napster instrumentalizava, justamente, essa comunicação direta: demonstrava, ainda que ao arpejo da lei, que seria possível aos produtores distribuir seus conteúdos digitais, senão de forma verdadeiramente direta, mas com um número substancialmente reduzido de intermediários (cujo aporte narrativo era de acesso à cultura e redução dos custos finais). Esse fato, aliás, foi bastante comum durante o período mencionado: de convencimento público acerca da legitimidade dos novos avanços tecnológicos sobre os antigos. Ocorre, contudo, como já vimos à exaustão, que o desenvolvimento da tecnologia não é determinístico e depende do reconhecimento social, nisso, incluindo-se as dimensões econômicas, jurídica, política etc. Isso significa dizer, e muitas vezes não se mostra como sendo um fato óbvio, que o poder de “disrupção” da tecnologia não se dá por ela, isoladamente considerada, como se fosse desenvolvida no vácuo.

O que se pretende enfatizar, em reforço a esse argumento, é que a caracterização de algo como *inovação* não depende, por mais paradoxal que possa parecer, apenas dos seus aspectos de caráter técnico, em si. Existe, na verdade, uma série de componentes ideológicos e linguísticos que determinam esse caminho. Nesse sentido, seria possível argumentar que a internalização pública do Napster como inovação não se deu porque, além de surgir à margem da lei, no sentido de falta de clareza inicial acerca de sua atividade, grupos contrários à ele detinham poder suficiente para confronta-los, em diferentes frentes. O mesmo não se pode dizer, por exemplo, das tensões geradas pelo Uber (ou aplicativos de transporte em geral) e os taxistas. Os (des)equilíbrios de poder, neste caso, tomaram outros rumos.

A tecnologia, aqui analisada sob a posição dos agentes de intermediação dos negócios, sobretudo aqueles relativos à grande corporação, segue os mesmos passos da noção de “fluidez informacional”, examinada acima. Em outras palavras, por meio dessa premissa “filosófica”, ela busca direcionar a forma como os produtos, principalmente os digitais, deveriam ser comercializados e distribuídos. Ocorre, contudo, que há certas distorções de cunho ideológico. Sob a plataforma do mercado, a tensão essencial, ocasionada pela tecnologia, molda os agentes que terão, assim, posição privilegiada, sendo o público uma forma de termômetro que, muitas vezes, indicam os caminhos possíveis (se ninguém tivesse

baixado as músicas distribuídas pelo Napster, em virtude de algum tipo de barreira moral, talvez essa não fosse uma questão pertinente a essa análise).

Nesse contexto, assim, a modelagem de tais “intermediários”, em meio ao progresso tecnológico, se faz com o objetivo precípua de conquista de posição estratégica no mercado (legitimamente), atuando a tecnologia, nos seus conceitos de técnica ou ideológico, como importante força motriz de tais movimentos. É sempre fundamental frisar, nesse contexto, que a relação dos intermediários se desloca, cada vez mais (com o apoio da tecnologia), de um lado para o outro. No presente contexto tecnológico, haja vista a explosão informacional que percorre os avanços tecnológicos desde a implementação dos meios de comunicação de massa (em especial a televisão), até a rede mundial de computadores, é possível visualizar, principalmente neste último, um movimento de expansão e agregação informacional, de cariz tanto tecnológico quanto econômico.

O Napster, sob essa ótica, apenas agregou informação, no caso, músicas. Mas não só isso. Também aperfeiçoou os mecanismos de *searching* aos usuários. Não fosse a reprodução não autorizada de bens protegidos por propriedade intelectual, o ingresso dessa nova plataforma no mercado representaria uma tensão de caráter mais legítimo (imagine-se, por exemplo, que o seu nicho de mercado fosse de permitir que o usuário compartilhasse apenas músicas de sua titularidade. No fim, depois de alguns anos, é o que faz plataformas como o Spotify). Dentro desse movimento de expansão e agregação informacional, também se enquadram plataformas que compilam melhores preços de hotéis, apartamentos etc. O exemplo mais paradigmático é o Google. Em relação ao *searching*, as atuais plataformas de transportes, como o Uber, ingressaram no mercado justamente com esse apelo, proporcionado pela tecnologia (além da facilitação dos meios de pagamento). Nesse caso, aliás, não foi mera coincidência que alguns movimentos, especialmente aqueles de representação dos serviços de Taxi, passassem a denominar os serviços de aplicativos como sendo “piratas”, (sendo essa uma alusão, ainda que inconsciente, aos dilemas enfrentados por empresas que presenciaram seus direitos de propriedade intelectual ser violados na rede).

A influência dessa conjectura nos direitos de propriedade intelectual se deu a partir de diferentes óticas. Em primeiro lugar, de alguma maneira, se disseminou a ideia de que os intermediários tradicionais não mais seriam compatíveis com o então nascente ambiente digital. Com isso, justamente pela fluidez comunicativa, aliada à percepção generalizada relativa à impossibilidade de controle das obras na internet, a descrença em relação a eles também se transformou em incerteza em relação à propriedade intelectual. Esta passou a ser enxergada como instrumento de um modelo de negócio, e uma “era” tecnológica, não condizente com a atual. Além do Napster, como exemplo de (des)intermediação, também é possível citar o Google e o Wikipedia que, na realidade, se por um lado representaram o desaparecimento de alguns intermediários, por outro, transformaram-se em *hiper* intermediários, em verdadeiros prismas informacionais. Tratam-se, no fim, de novos intermediários, mais horizontais, é verdade, mas ainda assim, considerados como meras mutações do capitalismo.

É preciso, do ponto vista tecnológico, evitar sincretismos que levam a supor que, com a perda de espaço de determinados intermediários de modelos, digamos, mais tradicionais, a propriedade intelectual também seria ofuscada. Na realidade, essa é uma relação de dependência com pouca aderência, ou seja, foi apenas resultado de uma conjuntura tecnológica específica, acompanhada de certa dose de entusiasmo e ideologia. De qualquer modo, mesmo quando a internet ainda dava os seus primeiros passos, já havia reflexões a respeito do tema: “*In related research, we proposed an evaluative framework for the strategies and tactics Internet middlemen might use based on an intermediation (I) – disintermediation (D) – reintermediation (R) cycle (Chircu and Kauffman 1999). We called this the “IDR cycle”*”⁵¹³.

Os autores Alina Chircu e Robert Kauffman, da Universidade de Minnesota, no final da década de 1990, desenvolveram interessante reflexão a respeito dos intermediários. O ponto de partida da análise, que evidentemente está longe de exaurir a complexidade de tema, mas mostra-se pertinente ao presente escopo, parte da divisão de três tipos de

⁵¹³Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.102.6089&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em: 1 set. 2019.

intermediários⁵¹⁴: a) intermediários tradicionais; b) intermediários com capacidade de comércio eletrônico; c) intermediários exclusivos de comércio eletrônico.

Os intermediários tradicionais seriam aqueles capazes de providenciar serviços de *matching* entre comparadores e fornecedores dentro do contexto de um mercado “tradicional”, sendo a tecnologia, nesse caso, importante não como instrumento que visa a disposição de algo no comércio eletrônico, mas como aparato que visa a própria eficiência do negócio. Os intermediários com capacidade de comércio eletrônico usam tanto os métodos tradicionais, quanto os *on-line*, valendo-se dessa característica como vantagem competitiva em relação ao dinamismo ínsito ao mercado. Os intermediários focados exclusivamente no mercado eletrônico, por sua vez, são aqueles cujos modelos de negócio foram desenvolvidos a partir do ambiente da *internet*, apresentando como vantagem competitiva, justamente, a capacidade de realizar um *link* entre vendedores/produtores e consumidores.

Essa análise, contudo, apesar da relação com o presente tema, não é a que mais interessa ao nosso propósito. O artigo também enfatiza (essa sim uma reflexão mais paradigmática) a relação de mutação em relação ao processo de intermediação e a tecnologia. Em outras palavras, a relação entre vendedores, fornecedores e usuários se transforma no tempo, segundo os autores, a partir de um processo contínuo de intermediação, desintermediação e reintermediação:

*The industry relationships among buyers, suppliers and middlemen can change over time due to three types of events that change the nature of the transaction process: · intermediation (I) · disintermediation (D), and · reintermediation (R). Intermediation occurs when a new firm interjects itself among buyers and suppliers (and possibly among other intermediaries). Disintermediation occurs when an established middleman is pushed out of a market niche. Reintermediation occurs when a once disintermediated player is able to re-establish itself as an intermediary.*⁵¹⁵

⁵¹⁴Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.102.6089&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em: 1 set. 2019.

⁵¹⁵ “Irrespective of the industry context, we are able to identify three general patterns of interaction among industry players. These patterns, which depend on the number of intermediaries that connect buyers and suppliers in a traditional market, define what we will call the traditional industry structure. In the no traditional intermediary case, buyers and suppliers are connected directly. In the single traditional intermediary case, only one intermediary helps out by matching buyers and suppliers. An extension of this is the multiple traditional intermediaries’ case, which describes settings in which two or more intermediaries are present”. Disponível em:

Esse processo, a nosso ver, mostra-se como sendo mais adequado e verossímil para auxiliar na compreensão das tensões referentes à questão da intermediação no ambiente das redes digitais, do que, propriamente, avaliações precoces que realçaram o caráter “revolucionário” dos novos agentes. Trata-se, dessa maneira, de um processo de mutação, acompanhando pela adaptação dos direitos de propriedade intelectual. O que se busca ressaltar, assim, é o processo de “onda larga” dessas modificações, ou seja, de transformações constantes que deslocam, promovem, moldam e excluem agentes das cadeias de produção de produtos e serviços, sendo esse processo, no que couber, acompanhado pelo desenvolvimento dos direitos de propriedade intelectual.

2.2.6 A dicotomia entre controle e acesso de um ponto de vista tecnológico

Nos tópicos anteriores, analisamos aquilo que denominamos como sendo a conjectura macro da crise da propriedade intelectual de uma perspectiva tecnológica. O objetivo da presente parte do trabalho, buscando fugir de modismos ou de análises “díades”, foi o de realizar um exercício de abstração que pudesse extrair a complexidade de alguns fenômenos que circundam a tecnologia, analisando-os sob a luz da teoria e dos direitos da propriedade intelectual, sempre a partir de um ângulo internacional, até porque tais eventos são eminentemente transfronteiriços. Nesse sentido, além da delimitação de alguns dos conceitos possíveis sobre tecnologia, também examinamos a visão da convergência tecnológica; a visão da tecnologia sob o seu manto ideológico; a tal Sociedade da Informação; a questão relativa à democratização dos meios de produção; e os aspectos referentes aos intermediários na cadeia de produção.

Este último tópico, que no momento encerra as reflexões focadas na questão da tecnologia, centrará os argumentos na questão da dicotomia, bastante comum, e já citada diversas vezes no trabalho, entre o controle e o acesso. Essa dicotomia, podemos dizer, representa um núcleo fundamental à construção de tais direitos, uma vez que é partir de sua

tensão que eles se moldam, sendo seu âmbito de análise possível no contexto da tecnologia, da economia, do direito etc. Explico. O controle e o acesso, ao fim e ao cabo, podem ser explicados, em linha gerais, pela capacidade de bens de valor no mercado (em sua faceta de capitalismo mercantil, industrial ou financeiro) serem obtidos ou usufruídos, com facilidade ou não. Sendo assim, refletindo esse raciocínio, no caso que talvez seja o mais emblemático, o da prensa, o nível de tensão acompanha, de forma proporcional, a facilidade ou não, seja de acesso aos livros impressos, ou mesmo, de produção. Ao revés, quanto mais difícil for, tanto menor será a tensão. Ou seja, ao se considerar uma espécie de monopólio puro, em que o acesso seja inviabilizado na sua completude, tais direitos ficam, digamos, “adormecidos”, ou tidos apenas no seu caráter meramente formal, sendo acionados no momento em que essa tensão aumenta. Na realidade, essa é uma premissa óbvia, que talvez por essa condição, às vezes, a deixemos de lado.

Essa dicotomia, e o corte nesse momento é meramente tecnológico, seguiu o desenvolvimento da propriedade intelectual acompanhando todas as tecnologias que, de modo direto ou indireto, trouxe à tona essa discussão. O paradigma da eletrônica, acompanhado da *internet* e da digitalização, elevou essa discussão a um nível substancialmente paradoxal. Isso porque ao mesmo tempo em que o reconhecimento público dessas tecnologias enunciou a impossibilidade referente ao exercício da limitação no que tange ao acesso, ela também deu sinais que a mesma tecnologia, que possibilita o acesso, é também aquela que o inviabiliza como nunca antes imaginado. Por essa mesma razão é que a tensão relativa à propriedade intelectual foi consideravelmente alta nesse período e, talvez, tenda a piorar, como buscaremos analisar na última parte do trabalho, já que se enxergam avanços, no horizonte visível, nas duas direções: tanto no sentido do acesso, quanto no do controle.

O ponto central a ser discutido nesse momento, na verdade, diz respeito à capacidade de controle *tecnológico* com relação à reprodução e ao acesso. Na época da prensa, como vimos na primeira parte do trabalho, os movimentos contrários às reproduções não autorizadas se davam, basicamente, por meio de esforços de *enforcement*. Era, a bem dizer, exclusivamente um caso de polícia, ou mesmo, de diplomacia, já que os conflitos, em algumas circunstâncias, se estendiam ao âmbito internacional. Com a consolidação das mídias de

comunicação de massa e do estabelecimento do paradigma tecnológico da eletrônica, os esforços contrários à disseminação passaram a contar com o suporte tecnológico com o fim de conter a disseminação de determinados conteúdos. Pode-se citar, como exemplos, a identificação de sinais de rádio “piratas” no início do século XX, ou mesmo, em caso mais recente, a criptografia de bens digitais.

A relação paradoxal, nesse novo paradigma tecnológico, parte do pressuposto de que a mesma força motriz, que torna possível a disseminação, também viabiliza o controle. Em outras palavras, se por um lado o controle das obras, por exemplo, no ambiente digital, invariavelmente se mostra como sendo uma tarefa inalcançável, por outro, tal possibilidade nunca foi, ao contrário do que se supõe no senso comum, tão vasta. Lawrence Lessig, em meados da primeira década dos anos 2000, trouxe à tona, nesse contexto, a questão da relevância do “código” (*Code*) no ciberespaço. Descontando a carga de entusiasmo e a visão determinista a respeito da tecnologia, característica de seus escritos, o autor delimita de modo interessante essa questão:

This book is about the change from a cyberspace of anarchy to a cyberspace of control. When we see the path that cyberspace is on now—an evolution I describe below in Part I—we see that much of the “liberty” present at cyberspace’s founding will be removed in its future. Values originally considered fundamental will not survive. On the path we have chosen, we will remake what cyberspace was. Some of that remaking will make many of us happy. But some of that remaking, I argue, we should all regret. [...] That regulator is the obscurity in this book’s title—Code. In real space, we recognize how laws regulate—through constitutions, statutes, and other legal codes. In cyberspace we must understand how a different “code” regulates—how the software and hardware (i.e., the “code” of cyberspace) that make cyberspace what it is also regulate cyberspace as it is. As William Mitchell puts it, this code is cyberspace’s “law.” “Lex Informatica,” as Joel Reidenberg first put it, or better, “code is law.”⁵¹⁶

A expressão *code is law* nada mais significa do que a capacidade da tecnologia, nesse caso representada, sobretudo, pelos códigos que formam os programas de computador⁵¹⁷, de delimitar o modo de como determinado uso pode se dar⁵¹⁸. O código, ao

⁵¹⁶ LESSIG, Lawrence. *Code: version 2.0*. New York: Basic Books, 2006. p. 5.

⁵¹⁷ “The code, or the software and hardware that makes cyberspace as it is, constitutes a set of constraints on how one can behave. The substance of these constraints may vary, but they are all experienced as conditions on one’s access to cyberspace. In some places, one must enter a password before one gains access; in other places,

representar um núcleo fundamental da própria arquitetura da rede, tem o condão de governar os espaços (digitais). Ainda com o autor: “*Important rules are imposed, not through social sanctions, and not by the state, but by the very architecture of the particular space. A rule is defined, not through a statute, but through the code that governs the space*”⁵¹⁹. O código, assim, mas sempre suportado a partir de outras fontes que determinam o reconhecimento social (modelos de negócios, normas jurídicas etc.), é quem delimita e sustenta, por exemplo, se a distribuição de filmes e músicas será distribuída via *streaming* ou por download; se livros serão oferecidos em downloads próprios ou distribuídos por acesso a livrarias digitais; Neste caso, aliás, recente movimento da Microsoft demonstra como o “código” funciona: “A categoria livros na Microsoft Store será fechada. Infelizmente, isso significa que a partir de julho de 2019 seus ebooks não estarão mais disponíveis para leitura, mas você será reembolsado por todos os livros comprados”, informou a companhia, em comunicado”⁵²⁰.

O reflexo jurídico, e teremos a oportunidade de aprofundar essa análise mais à frente, mostra-se bastante significativo. O termo *code is the law* representa, em muitos aspectos, a aplicação do código como forma de execução do conteúdo das leis de propriedade intelectual, fato esse, por si, objeto de crítica em virtude da sua relação ínsita de “binariedade” (característica própria da tecnologia em questão). Busca-se dizer, em outros termos, que o código pode ser desenvolvido tendo como base de “comando” o conteúdo da lei (em princípio⁵²¹), mas a observância das hipóteses é realizada a partir de uma perspectiva

one can enter whether identified or not. In some places, the transactions that one engages in produce traces that link the transactions (the mouse droppings) back to the individual; in other places, this link is achieved only if the individual wants. In some places, one can select to speak a language that only the recipient can hear (through encryption); in other places, encryption is not an option. The code or software or architecture or protocols set these features; they are features selected by code writers; they constrain some behavior by making other behavior possible, or impossible. They imbed certain values, or they make certain values impossible. In this sense, they too are regulations, just as the architectures of real space code are regulations”. (LESSIG, Lawrence. *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*. Harvard: Harvard Law Review, 1999. p. 11).

⁵¹⁸ Lyotard, nesse sentido, já havia identificado essa possibilidade a partir do recrudescimento da informatização: “Quanto à informatização das sociedades, vê-se, enfim, como ela afeta esta problemática. Ela pode tornar-se o instrumento “sonhado” de controle e de regulamentação do sistema do mercado, abrangendo até o próprio saber, e exclusivamente regido pelo princípio de desempenho”. (LYOTARD, Jean François. *A Condição Pós-Moderna*. Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. 16. ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 2015. p. 119).

⁵¹⁹ LESSIG, Lawrence. *Code: version 2.0*. New York: Basic Books, 2006. p. 24.

⁵²⁰ Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/tecnologia/microsoft-fecha-livraria-digital-apaga-bibliotecas-dos-leitores-23779087>. Acesso em: 1 set. 2019.

⁵²¹ Em princípio porque ao olhar de viés mais crítico em relação ao tema, o código como lei pode representar, ao fim e ao cabo, a criação da própria “lei” pelos detentores dos direitos de propriedade intelectual: “*The*

meramente tecnológica. A questão é que a lei, nem sempre, é estruturada por meio de uma lógica meramente formal (estrutura que comporta, em grande medida, os comandos do software). Dentro de uma análise contextual, em que a lei trabalha com a margem hermenêutica (pequenos trechos, *fair use*, intuito de lucros etc.), o tema se torna mais arenoso: “*the appropriateness depends on the context, the role, and the subject of personal information, so that binary distinctions like a control theory, a DRM-style “ownership of information” model (tracking data like watermarking photos), or the division of information into “public information” and “private information” are not convincing*”⁵²².

De qualquer maneira, ainda nesse contexto, há quem defenda que a modelagem do código teria a capacidade de manejar qualquer tipo de uso, mesmo que seja recomendável a respectiva adaptação, por exemplo, do mecanismo do *fair use*, haja vista as diferenças entre as mídias digitais e tradicionais:

*Our proposal will not exactly reproduce the conditions of fair use in traditional media. Although code is malleable, digital media work differently than traditional media in too many ways. Nonetheless, we think that a mixed fair use infrastructure based on both automatic default and key escrow elements would go a long way toward approximating traditional fair use conditions. We note, as well, that development of a mixed infrastructure for digital fair use might lead to recognition of “new” fair uses never needed for works in nondigital media — for example, a right to access a work for certain purposes after expiration of a time-limited subscription agreement. Thus, our proposal would enable the continued evolution of fair use practices and norms. We turn now to consideration of whether the proposal is feasible as a matter of international law and desirable as a matter of policy.*⁵²³

A implementação, já de algum tempo, dos famosos *Digital Rights Management* (DRM) talvez seja o melhor exemplo de como a tecnologia instrumentaliza essa relação de controle e acesso no âmbito da propriedade intelectual. Vale frisar, novamente, que o ponto

implications of these developments are stark: Where technological constraints substitute for legal constraints, control over the design of information rights is shifted into the hands of private parties, who may or may not honor the public policies that animate public access doctrines such as fair use. Rightsholders can effectively write their own intellectual property statute in computer code [...]. At least for now, there is no feasible way to build rights management code that approximates both the individual results of judicial determinations and the overall dynamism of fair use jurisprudence”. (BURK, Dan L.; COHEN, Julie E. Fair Use infrastructure for rights management systems. *Harvard Journal of Law and Technology*, v. 15, p. 51 e 56, 2001).

⁵²² LIEBENAU, Diana. What intellectual property can learn from informational privacy, and vice versa, *Harvard Journal of Law and Technology*, 30, n. 1, p. 306, Fall, 2016.

⁵²³ BURK, Dan L.; COHEN, Julie E. Fair Use infrastructure for rights management systems. *Harvard Journal of Law and Technology*, v. 15, p. 70, 2001.

central é o de reforçar que o ambiente digital não representa(ou), necessariamente, uma espécie de prenúncio da inviabilidade, definitiva, do controle das obras⁵²⁴ por ela tuteladas quando do suporte digital: *“In the digital environment, technical protection measures and DRM systems make it increasingly possible to control how individuals use copyrighted Works”*⁵²⁵. Os detentores desses direitos, sobretudo as empresas, encontram-se numa posição não somente de controle em relação à reprodutibilidade, apenas, mas também de identificar conteúdos e autores, definir, de modo detalhado, usos permitidos ou não, definir precificação, viabilizar o gerenciamento dos licenciamentos em tempo real etc. Seria possível, no limite, estabelecer uma cobrança progressiva em relação ao uso *real* de uma obra: imagine-se, por exemplo, em pagar por tempo assistido de um filme, ou mesmo, por páginas lidas de um livro (a viabilidade econômica é outra discussão): *“Rights holders are now in a position to apply such systems to identify content and authors, set forth permissible uses, establish prices according to the market valuation of a particular work, and grant licenses directly and automatically to individual users”*⁵²⁶.

Nesse contexto, então, os holofotes passam a ser direcionados, de forma decisiva, à conjuntura tecnológica. O controle ou não, nesse sentido, passa a ser uma questão de viabilidade tecnológica que, a nosso ver, ingressa no âmago da teoria das organizações, sobretudo, no que diz respeito à simetria informacional e à capacidade de coordenação interna, especialmente nas grandes empresas, já que são elas as únicas capazes de tornarem isso possível, em razão dos altos investimentos. Em outras palavras, esses sistemas desenvolvem-se no ambiente dos departamentos de pesquisa e inovação que, aos serem demandados a esse tipo de desafio, vão buscar construir sistemas que tornam os objetivos acima possíveis. Não se deve subestimar, contudo, a assimetria de informação, ou seja, a incapacidade das empresas de

⁵²⁴ *“With the advent of digital rights management (DRM), the assumption that copyright levy systems are premised on the idea that private copying of protected works cannot be controlled and exploited individually must be re-examined”*. Aliás, ressalta-se que a noção de que os conteúdos digitais seriam “ingovernáveis” na rede é justamente o argumento que serve de base para o avanço e desenvolvimento de tais sistemas: *On the other hand, it has been argued that the uncontrolled use of peer-to-peer file sharing programs and the unauthorized exchange and distribution of protected material could justify extending the levy system into the digital environment.* (LENK, Christian. *Ethics and Law of Intellectual Property: Current problems in Politics, Science and Technology*. London and New York: Routledge, 2016. p. 232).

⁵²⁵ Ibid.

⁵²⁶ Ibid.

entenderem, de forma compreensiva e holística, os elementos necessários que justifiquem a alocação de recursos para empreitadas dessa natureza.

Dentro dessa conjuntura, há quem defenda uma modificação de ordem “filosófica” em relação aos direitos de propriedade intelectual, em especial no *copyright*, que descola a sua estrutura baseada no núcleo da cópia, para a característica do acesso. Zohar Efroni, autor alemão, é um daqueles que segue por essa linha: “*The access-right model (ARM) is a proposal for redesigning copyright rules as applied and enforced in the realm of digital media and communication networks*”⁵²⁷. O aspecto central dessa tese, segundo o autor, recai no fato de que, no paradigma do acesso, noções tradicionais do tema como reprodução, distribuição, comunicação, performance pública etc., não mais teriam o condão de orientar a estrutura da propriedade intelectual no ambiente digital, uma vez que, no novo cenário, sua disposição partiria sempre do *acesso a informação*:

*Whereas current statutes design exclusive rights around notions of reproduction, distribution, communication, or public performance, the ARM is oriented expressis verbis by the concept, operation, and implications of access to information. In the digital information environment, access is the “name of the game.” As such, it should receive clear recognition and expression in the structure of copyright law. As the necessary terminology does not yet exist in the respective legal vernacular, it needs to be invented, and in this respect the proposed model strongly relies on the vocabulary and taxonomies developed throughout this study, particularly the access paradigm.*⁵²⁸

Nesse contexto, sem ingressar de modo profundo na parte jurídica, cujas reflexões serão desenvolvidas em tópico próprio, os instrumentos de caráter tecnológico têm papel crucial. A hipótese, partindo da premissa do direito de acesso (cujo conceito ainda é questionável), é de que novas estruturas jurídicas viriam para abarcar, justamente, as novas formas de uso advindas da noção do acesso ou, ao menos, para servir de guarda ao controle tecnológico exercido pelas grandes empresas. De qualquer maneira, ao que tudo indica, o paradigma do controle tecnológico sobre o acesso vem se consolidando, demonstrando que as

⁵²⁷ EFRONI, Zohar. *Access-Right: The future of Digital Copyright Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 479.

⁵²⁸ Ibid. p. 479, 481.

linhas teóricas a respeito do “código como lei” foram relativamente precisas em prospectar sobre o gerenciamento dos bens digitais na rede.

No fim, o paradigma do controle e acesso de informação e conhecimento, de um ponto de vista estritamente tecnológico, sobretudo nas redes digitais, inseriu a discussão em outro patamar, representando, atualmente, principalmente em relação aos direitos autorais e o *copyright*, um dos pontos mais importantes a nortear o desenvolvimento estrutural desses direitos nas próximas décadas. Essa relação, como foi vista, alcançou o debate público em meio a importantes paradoxos. De um lado, pregava-se o fim da propriedade intelectual como a conhecemos em razão da concepção de que a proteção de tais direitos na rede seria absolutamente inviável; de outro, passou-se a enfatizar, contrariamente, que o controle das obras, por meio da mesma tecnologia digital, seria possível como nunca antes, possibilitando, assim, capacidade sem precedentes aos detentores de conteúdo de controlarem não apenas o uso, mas o acesso.

Nesse sentido, a tensão da propriedade intelectual se desenvolve justamente a partir desses paradoxos. Em outras palavras, quanto maior for o seu nível, ou seja, quanto maior for a capacidade da tecnologia em proporcionar tanto controle, quanto acesso, mais intensas tendem a ser as discussões e controvérsias relativas ao tema. Não se trata, a bem dizer, de algo novo. Esses são paradoxos que acompanham a propriedade intelectual, apenas potencializando-se em especial com o advento das mídias de comunicação de massa. De inédito, ressalta-se a capacidade de controle que, no atual paradigma tecnológico, deixa de ser “analógico”, para ser efetivado a partir do *código*.

2.3 A crise sob a perspectiva de autoria

A crise sob uma perspectiva de autoria buscará analisar, de modo mais profundo, a posição do autor/criador a partir de diferentes reflexões que, de uma forma ou de outra, colocam em xeque a sua própria pertinência em meio aos direitos de propriedade intelectual. Esse debate, igualmente, não é novo, tendo sido, contudo, oxigenado pelos efeitos da rede e da digitalização. O ponto central desse tópico é apresentar a posição do autor/criador como

destinatário de tutela, não somente do ponto de vista legal, mas, mais importante, de uma perspectiva sociológica/filosófica que reflete sobre o seu caráter central nos direitos de propriedade intelectual.

A noção do autor/criador, apesar de soar como uma questão até certo ponto inquestionável na propriedade intelectual, sempre passou por períodos “probatórios”. Esses períodos, em realidade, representaram momentos em que, com graus de intensidade diferentes, o conceito de autor/criador foi colocado em xeque como condição de possibilidade para a própria existência dos direitos de propriedade intelectual, ou seja, como um grau zero conceitual que, de certo modo, sustenta a estrutura dessa matéria. Recai, essa noção, na existência da figura que cria algo a partir de seu espírito (autor) ou do inventor que, a partir de seu gênio próprio, modifica o estado da natureza com o fim de criar algo inovador. Ambos conferem um corte individualista da criação. Mas outras são as leituras possíveis.

O corte aqui proposto está, em grande medida, relacionado com a seção anterior em que analisamos o estado de crise da propriedade intelectual de um ponto de vista tecnológico. O principal fator a esse respeito está intimamente ligado à fluidez informacional e comunicativa, proporcionada pela tecnologia (e também controlada por ela). Nesse sentido, partindo dos cortes comunicacionais (até certo ponto ingênuos) entre oralidade – prensa – eletrônica, tem-se que a tecnologia atua como fator decisivo, tanto entre a capacidade de controle e estabilização da informação, como ocorreu na fase do paradigma da oralidade para o da prensa, como do paradigma da prensa para o da eletrônica. Apesar da insuficiência desses cortes, já que usualmente são apresentados de forma simplista, eles, em princípio, se mostram úteis para fins didáticos, ou ao menos para trazer à luz alguns pontos para a reflexão. Contudo, nessa parte, o nosso foco não será mais a tecnologia, mas, entre outras coisas, o efeito que ela gera na percepção daquilo que se pode considerar como o conceito da autoria.

Até o presente momento, mostra-se como sendo tarefa simples compreender que essa noção, ao longo da história, possui conotações diferentes, (às vezes, mais fortes, outras vezes mais fracas); sempre sensível à fluidez comunicacional/informacional. Portanto, se no paradigma da oralidade as informações fluíam num contexto em que a construção de unidade

se mostrava como sendo uma tarefa mais complexa, haja vista o ambiente comunicativo dinâmico, após a prensa, e já tratamos disso à exaustão no trabalho, há uma espécie de estabilização do conhecimento, seja do ponto de vista do emissor da informação (autor), ou mesmo, do lado do receptor. Não é por acaso que a noção forte de autoria, a sua fase áurea, se consolida e se dissemina justamente nessa fase (na modernidade).

Em meio a esses movimentos, o objetivo desta parte do trabalho, no contexto amplo de compreender a propriedade intelectual, a partir de algumas de suas crises possíveis, é de problematizar as questões que giram em torno de problemáticas que, no fundo, questionam a própria existência do autor, sobretudo, a noção mais forte, constructo da modernidade. No limite, talvez a questão que se busque responder, ou ao menos oferecer elementos para que uma resposta adequada seja localizada, é se esse autor ainda existe. A partir das duas direções possíveis em relação à resposta, de um lado, se ele não mais existe nos termos propostos na modernidade, qual seria a influência desse fato na propriedade intelectual? De outro, se ele ainda existe, seria ele o *mesmo* autor de outrora ou uma adaptação para a era da eletrônica em que as grandes corporações dominam o âmbito criativo?

A natureza da crise sob um olhar de autoria pesa sobremaneira na propriedade intelectual em razão de esse ser um conceito chave na fundamentação da matéria. Em teoria, ela depende da noção de autoria, seja esta considerada no seu espectro mais restrito (ainda baseado em uma noção mais “clássica”), ou mesmo, a partir de uma classificação que se mostre mais larga (como, por exemplo, ao se levar em consideração a grande corporação moderna como criadora/autora). Não se vislumbram, a não ser que se escamoteie por completo esse núcleo do fundamento da matéria, o que não seria de toda uma surpresa, tais direitos que não “sobreviveriam” sem o princípio básico de que alguém criou algo, seja no âmbito do direito autoral ou da propriedade industrial.

Essa problemática mostra-se ainda mais intensa, no cenário tecnológico, explorado na secção anterior, motivo pelo qual, inclusive, decidiu-se começar por ele. Mas também não é nova. A premissa inicial, nesse contexto, é de que o ato da criação, ao fim e ao cabo, não se realiza(ria) no vácuo. Em outras palavras, ela, a criação, se desenvolve a partir do estoque de

conhecimento disponível ao campo epistemológico do “autor” que, não obstante contribuir com esse repertório mais amplo, não poderia “quebrar” esse elo, ao se considerar um determinado conjunto de conhecimento, como sendo de sua exclusiva propriedade, ainda que de forma temporária. Essa característica (temporária), aliás, lida justamente com isso, de um ponto de vista jurídico, embora sofra diversas críticas, sobretudo pela sua extensão no caso dos direitos autorais.

Mas o ponto central a ser analisado é a tensão entre as teorias em enfatizam ideias como coletividades pensantes (De Massi), Inteligência Coletiva (Pierre Levy), nova oralidade (McLuhan), ou mesmo, mais recentemente, o do software livre (Richard Stallman), e as denominações clássica (“aura do autor”) ou moderna (“criação empresarial”) de autoria. Ambas as direções tendem a caminhar em sentido diametralmente opostos, fato que, com a ascensão das visões relativas à produção coletiva de conhecimento no século XX, invariavelmente acabar por gerar crises nos fundamentos da propriedade intelectual.

Um primeiro aspecto a ser pontuado, assim, diz respeito à forma de como determinadas sociedades lidam com o intercâmbio de informações e conhecimento. Marshall McLuhan, um dos pais da teoria da comunicação, ressalta alguns pontos interessantes que serão aprofundados nesse tópico. Por ora, de forma introdutória, vale ressaltar que o autor traçou algumas ideias, no mínimo, interessantes sobre o impacto da prensa em relação a esse aspecto, estabelecendo um cenário em que não somente a percepção sobre ambos passa de um sentido (fala e audição) para outro (visão), mas também, do recrudescimento da própria “figura” do autor.

Resumidamente, o autor delinea a seguinte conjuntura: enquanto que antes da prensa o imperativo referente ao compartilhamento de conhecimento se dava por meio da oralidade, após a sua difusão, passa-se à ênfase da escrita e do enclausuramento informacional (por exemplo, em um livro). Mas o autor não parou por aí. Ao escrever no momento do aparecimento da televisão, ele cunhou os termos “aldeia global” e o “meio é a mensagem”, passando a perquirir se, com a televisão e com a ascensão dos meios de comunicação em

geral, não estaríamos, no fim das contas, retornando a uma nova fase da oralidade, fase essa em que a posição do autor, hipnoticamente, seria enfraquecida.

O autor, considerado por muitos como o precursor da noção teórica da *internet*, passou, assim, a refletir sobre uma espécie de nova oralidade em nível global, em que a informação (e, portanto, as criações) circularia de forma flexível e dinâmica, com baixa capacidade de enclausuramento, como visto com a ascensão dos livros por meio da prensa. Essa reflexão, ao ser materializada, nos dias de hoje, não apenas demonstra uma prospecção do futuro bastante precisa por parte do autor, como também pode ser avaliada de forma bastante potencializa, sobretudo em meio à alta capacidade tecnológica de compartilhamento e comunicação instantânea de informação (e por extrapolação, de bens culturais).

Em sendo essa hipótese aceitável, e voltaremos a ela com mais detalhes, mais à frente, a consequência lógica seria de questionamento em relação aos próprios fundamentos acerca da existência da figura do autor/criador, em especial, se não seriam, eles, apenas sustentados por meio de uma ficção jurídica baseada em movimentos de pressão exercidos por determinados grupos de interesse. A pertinência desse tópico ganhou novo fôlego principalmente na primeira metade da primeira década dos anos 2000, mas as reflexões dessa natureza, a nosso ver, em sua grande maioria, tiveram um viés de “ativismo digital”, o que prejudicou um debate genuíno sobre o tema. Ao se recorrer a um autor da lavra de Marshall McLuhan, entre outros que também serão explorados, pretendemos retomar essas questões referentes à autoria com maior reforço teórico, de modo a estabelecer um parâmetro mínimo que nos possibilite melhor problematizar essa crise.

Essa reflexão explorada pelo autor, no fundo, se relaciona com as estruturas comunicacionais vigentes em determinadas épocas, tendo relação direta com o estado de crise da autoria. De forma introdutória, ressaltamos, basicamente, estruturas comunicacionais que se desenvolvem de forma vertical, ou seja, a partir de uma estrutura em que a emanção de informação se dá de uma forma centralizada e vertical, em que o movimento comunicacional se desenvolve de forma unidirecional.

Outro aspecto que pretendemos analisar no contexto de crise da propriedade intelectual, sob uma perspectiva de autoria, diz respeito ao suposto esfacelamento da “aura” do autor. Essa discussão, num primeiro olhar, soa como sendo um tanto quanto *démodé*. Entretanto, em meio a uma tensão e outra, sobre a matéria, o argumento que se baseia na necessidade da consideração e do caráter protetivo do autor aparece como carta coringa que surge com força para eliminar qualquer discussão, uma vez que este é colocado, invariavelmente, numa posição de vulnerabilidade.

Além disso, outro ponto a ser abordado diz respeito ao papel do “autor tradicional” inserido na criação corporativa. Nesse sentido, a reflexão gira em torno da autonomia do autor em relação aos direcionamentos comerciais que regem a grande empresa. Buscar-se-á, na realidade, estabelecer uma conexão entre o grau de autonomia do autor em oposição às pressões empresariais que acabam, não raras vezes, delimitando os limites da criação. Assim, a pergunta que se buscará fazer, dentro do viés da crise, sob uma perspectiva de autoria, é a seguinte: solapar a autonomia do autor em uma criação artística, diminuiria a sua condição de autor?

A pergunta, cujos fundamentos pretendemos problematizar nesse tópico, é: ainda existe a figura do autor/criador, da forma como aprendemos a concebê-la? E, independentemente da resposta, qual é o impacto daquilo que a própria questão pode gerar? De duas, uma: ou o autor, de fato, seja pelo apoderamento da produção de bens culturais pela indústria (Ascensão), ou mesmo, pela nova conjuntura tecnológica, perdeu a sua importância como em tempos passados, deixando de girar sobre ele as questões relativas a essa produção; ou ele, na realidade, é apenas um agente sufocado por interesses outros que minaram os seus interesses e importância, servindo, quando muito, apenas como ferramenta de argumento retórico atinente à necessidade de proteção desses direitos de propriedade intelectual, sobretudo os direitos autorais. Ou seja, ou existe, realmente, um diagnóstico posto que rebaixou a “aura” do autor como fonte de emanção de criações do espírito em favor de uma simples engrenagem da produção capitalista de bens culturais, ou ele, na verdade, ainda continua como uma peça fundamental na cadeia, contudo, sufocado pelas grandes corporações.

A pertinência dessa discussão, ou melhor, da crise que envolve a questão da autoria, mostra-se como sendo fundamental porque auxilia o estudioso da matéria a compreender uma peça fundamental desse direito, de um ponto de vista mais profundo. Isso impacta, diretamente, o próprio desenvolvimento jurídico do tema já que nos leva a determinadas perquirições sobre o próprio ato da criação da obra artística, ou mesmo, das criações inovadoras. Nessa esteira, aliás, tanto a posição do autor quanto a posição do criador, lembrando que essa divisão é apenas didática, no sentido de segmentar o autor da obra coberta pelos direitos autorais e do criador coberto pelo direito industrial (em especial patente), se assemelham nessa conjuntura.

A presente parte do trabalho, com isso, pretenderá problematizar a noção do autor, inserida dentro uma perspectiva de crise. Já há algum tempo, muito se reflete sobre a figura do autor e dos fundamentos das criações intelectuais. Com o tempo, principalmente desde a disseminação do rádio, da televisão e, mais recentemente, da *internet*, esse conceito foi e continua sendo colocado à prova por diversas razões, muitas das quais pretendemos abordar nesse momento. O enfrentamento dos dilemas relativos à autoria mostra-se como sendo essencial para compreender as controvérsias da matéria, uma vez que a delimitação semântica do termo vem passando por transformações desde momentos longínquos até a prensa, e agora com tecnologias como a rede mundial de computadores.

2.3.1 Comunicação, oralidade e escrita

No decorrer do trabalho, ali e acolá, apresentamos, ainda que superficialmente, o papel da mídia no desenvolvimento criativo em diferentes momentos históricos. Adiantamos, por exemplo, a importância das construções criativas por meio da oralidade no momento pré-prensa, circunstância cuja hipótese é a de que a noção *forte* de autoria teria importância mitigada em razão da impossibilidade de fixação dos conteúdos (e por consequência de atribuição precisa e sua origem), além do recrudescimento do conceito no período pós-prensa, em virtude da possibilidade de fixação e reprodução em massa de trabalhos criativos, especialmente livros. Também analisamos, *en passant*, o suposto retorno a tal “oralidade”, a partir do desenvolvimento das mídias de comunicação de massa, em especial, rádio, televisão

e *internet*. O objetivo do presente tópico, dessa maneira, é o de aprofundar um pouco mais essa questão, dentro de uma conjuntura proposta de crise da propriedade intelectual de uma perspectiva de autoria.

Um dos autores mais importantes em relação a essa temática, podendo ser um dos responsáveis por buscar estruturar esses cortes entre oralidade-escrita-oralidade foi o teórico das mídias Marshall McLuhan, principalmente nas obras *The Gutenberg Galaxy* e *Understanding Media*. Como ponto de partida, o autor canadense, em seus escritos, sempre fez questão de reforçar o papel da tecnologia, cujo termo é utilizado quase que como sinônimo de mídia, como uma extensão dos sentidos humanos⁵²⁹: “*A technology, any technology, any medium, for McLuhan, is something that extends one or more of our four five physical senses. The book is a form of print, is a form of writing, is a visual form of voice giving expression to ideas, which the chain of media working in pairs ends*”⁵³⁰. Esse é um ponto de partida importante para melhor compreender o aparecimento, não raro, dos termos visão, audição, fala etc. De início, então, vale partir de um dos cortes mais fundamentais do autor:

*In the oral tradition, the myth-teller speaks as many-to-many, not as person-to-person. Speech and song are addressed to all...as poet, myth-teller, carver, the Eskimo conveys anonymous tradition to all...The work of art can be seen or heard equally well from any direction [...]. In short, the history of the progress from script to print is a history of the gradual substitution of visual for auditory methods of communication and receiving ideas [...]. Not only did this oral aspect of manuscript culture deeply affect the manner of composing and writing, but it meant that writing, reading, and oratory remained inseparable until well after printing.*⁵³¹

Na tradição oral, com base no autor, a relação comunicativa se dava por meio da fórmula *muito para muitos*, ou seja, se desenvolvia em meio a uma espécie de “caldo” comunicativo em que todos os partícipes, direta ou indiretamente, contribuía de forma decisiva, compartilhando parte de seu estoque informacional, estabelecendo uma relação de

⁵²⁹ Para outros autores, além do próprio McLuhan: “*In the world before writing, memory is the social act of remembering*”. (HOBART, Michael; SCHIFFMAN, Zachary. *Information Ages: Literacy, Numaracy, and the Computer Revolution*. Baltimore: The John Hopkins University Press, 1998. p. 15).

⁵³⁰ MCLUHAN, Marshall. *The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man*. Toronto: University of Toronto Press, 2011. p. xx (prefácio).

⁵³¹ Ibid. p. 76, 100, 103.

comunicação dinâmica, flexível, fragmentada e móvel, uma espécie de “tribalismo comunicacional”. No referido “mundo falado”, de McLuhan, as reações à comunicação apresentam-se como sendo espontâneas, nelas incorporadas os tons, os gestos etc.: “*in speech we tend to react to each situation that occurs, reacting in tone and gesture even to our own act of speaking.*”⁵³² [...] *oral cultures act and react at the same time*”⁵³³. Decorre dessa linha de raciocínio, ainda de acordo com o autor, que o mundo falado, em geral, envolveria todos os sentidos⁵³⁴ e, em razão da participação ampla, os leitores e consumidores, enfim, os agentes de modo geral, não seriam apenas considerados como indivíduos passivos na relação comunicativa, senão como verdadeiros co-produtores: “*until printing the reader or consumer was literally involved as producer*”⁵³⁵.

O exercício da reflexão profunda, a partir da “escrita em silêncio”, não se apresentava como sendo o paradigma dominante, tese que, até certo ponto, pretende explicar, dentre outras, a razão pela qual o individualismo, ou o tal *men of letters*, veio a se desenvolver de modo mais incisivo apenas em momento posterior. Até esse ponto, tendo a prensa como momento de virada, como reforçamos na primeira parte do trabalho, as relações comunicacionais e (ou) de compartilhamento de conhecimento se desenvolviam em um ambiente de alto grau de variabilidade, sendo diverso por natureza. Sobre o “mundo da oralidade”, também explicam Michael Hobart e Zachary Schiffman: “*In the oral world, the face-to-face mode of communication inevitably intrudes upon its content, making it difficult to separate the two, to analyze one as distinct from the other*”⁵³⁶.

⁵³² MCLUHAN, Marshall. *Understanding Media: the extension of man*. Cambridge: The MIT Press, 1994. p. 79.

⁵³³ Ibid. p. 86.

⁵³⁴ Ibid. p. 78.

⁵³⁵ MCLUHAN, Marshall. *The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man*. Toronto: University of Toronto Press, 2011. p. 110.

⁵³⁶ E continua o autor: “*Greek oral culture must have had some means of passing on its knowledge, values, and beliefs, but these did not necessarily constitute “preserved communication”, a body of information retained in narrative form. In a purely oral culture, knowledge, values, and beliefs exist not as information but as practices whose preservation is a by-product of repeated usage [...]. As the true instrument of consensus, social memory does not embody an authorized version of the past, fixed for all time. Instead, the activity of commemoration continually reinterprets the past in the light of an ever-changing present [...]. As Fentress and Wickham observe, “social memory is not stable as information; it is stable, rather, at the level of shared meanings and remembered images”. By sharing the recollection of the same images, the community remains a community*”. (HOBART, Michael. *Information Ages: Literacy, Numeracy, and the Computer Revolution*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1998. p. 13, 22, 27).

O ponto da virada, como dito, surge com Gutenberg, que acaba criando, a partir da prensa, um novo paradigma. A nova conjuntura, assim, explora outros métodos: “*uniformity and repeatability of the Gutenberg development [...]. Civilization is built on literacy because literacy is a uniform processing of a culture by visual sense extended in a space and time by alphabet*”⁵³⁷. Essa nova realidade explora o sentido visual a partir de uma noção de precisão, ou seja, ao se estabilizar o conhecimento por meio da uniformidade, tornando possível sua reprodução (em escala), estabelece-se, por consequência, uma concepção de estrutura racional do conhecimento: “*The same Gutenberg fact of uniformity, continuous, and indefinitely repeatable bits inspired also the related concept of the infinitesimal calculus, by which it became possible to translate any kind of tricky space into the straight, the flat, the uniform, and the “rational”*”⁵³⁸.

Esse aspecto, para alguns autores (vide, por exemplo, Elizabeth Eisenstein, cuja obra foi analisada na primeira parte do trabalho), representa muito mais do que uma simples modificação da conjuntura tecnológica. Ela explica, na verdade, a moldagem de uma nova conjuntura social que serve de base, em muitos aspectos, à própria sociedade ocidental. Ainda com Marshall McLuhan, nesse sentido, o homem passa a ser treinado, de modo homogêneo, para ser indivíduo, na acepção mais moderna do termo.⁵³⁹ Essa noção de individualismo se desenvolveria em oposição, assim, ao contexto comunicacional pré-prensa, caracterizado também pelo historiador Johan Huizinga: “*Huizing finds it easy to give us the pre-Gutenberg world in terms of diversity, passionate group life, and communal rituals*”⁵⁴⁰. O mundo da oralidade e do “audível” é deslocado para o segundo plano. Alguns autores vão além, ao argumentarem que essa conjectura é responsável por criar a própria noção de “informação”: “*By giving mental objects a sustained existence apart from the flux of the oral world – apart*

⁵³⁷ MCLUHAN, Marshall. *The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man*. Toronto: University of Toronto Press, 2011. p. 86.

⁵³⁸ Ibid. p. 116.

⁵³⁹ Ibid. p. 177.

⁵⁴⁰ Tais aspectos são exaustivamente explorados por McLuhan: “*In this passage, he not only notes the integraining of lineal, sequential habits, but, even more important, points out the visual homogenizing of experience in print culture, and the relegation of auditory and other sensuous complexity to the background [...]. It is a consistent series of static shots or “fixed points of view” in homogeneous relationship. Homogenization of men and materials will become the great program of the Gutenberg era, the source of wealth and power unknown to any other time or technology [...]. Print, as it were, translated the dialogue of shared discourse into packaged information, a portable commodity*”. (Ibid. p. 110, 144, 146, 186).

from evanescent speech, apart from practice, apart from ritualized communication and its maps – writing gives these objects a stability they cannot otherwise have. It creates information”⁵⁴¹.

O individualismo estabelecido pela era de Gutenberg desenvolve não somente a própria noção de direitos autorais e propriedade intelectual, como analisamos na primeira parte do trabalho, na revisão histórica do seu paradigma internacional, mas também, a concepção de “autenticidade”: “*it is a consumer oriented culture that is concerned about authors and labels of authenticity. Manuscript culture was producer-oriented, almost entirely a do-it-yourself culture*”⁵⁴². A autenticidade e a própria construção mais substancial a respeito do conceito de autoria caminham juntas. A partir do momento em que se torna viável o enclausuramento informacional, por meio da tecnologia, passa-se a supor, por consequência, que esse “pedaço” de conhecimento tem uma fonte única de inspiração (advinda do autor), sendo a autenticidade, nesse contexto, a figura responsável por garantir o liame comunicacional entre autor e público. Como afirma Jeremy Rifkin: “A impressão tornou importante a ideia de autoria. Embora autores individuais fossem reconhecidos antes, eles eram poucos. Os manuscritos muitas vezes eram anônimos e o resultado da contribuição coletiva de muitos escribas [...]. A noção de autoria elevou o indivíduo a um status singular, separando-o da voz coletiva da comunidade”⁵⁴³.

De qualquer maneira, já estudamos, na primeira parte do trabalho, o impacto mais amplo da prensa, sobretudo, na formação histórica do *copyright* e da propriedade intelectual. O que se busca enfatizar, nesse momento, é o ciclo estabelecido entre oralidade-escrituralidade, apresentado por alguns autores⁵⁴⁴. Essa relação, como já foi possível depreender,

⁵⁴¹ HOBART, Michael. *Information Ages: Literacy, Numeracy, and the Computer Revolution*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1998. p. 15. Para outros autores, além do próprio McLuhan: “*In the world before writing, memory is the social act of remembering*”.

⁵⁴² MCLUHAN, Marshall. *The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man*. Toronto: University of Toronto Press, 2011. p. 150.

⁵⁴³ RIFKIN, Jeremy. *A era do acesso: A Transição de Mercados Convencionais para Networks e o Nascimento de uma Nova Economia*. Tradução Maria Lúcia G. L. Rosa. Revisão Técnica: Equipe Makron Books de Treinamento. São Paulo: Makron Books, 2001. p. 168.

⁵⁴⁴ Entre outros, além de McLuhan: “*Poster’s claim is that the spread of information technologies, and hence of electronically mediated information, has profound consequences for our way of life and, indeed, for the ways in which we think about ourselves, because it alters our ‘network of social relations’ (Poster, 1990, p. 8).*

ingressa na crise sob uma perspectiva de autoria por uma razão muito simples: se a figura do autor se desenvolve de modo mais profundo na modernidade, com o advento da prensa, qual seria o impacto aos fundamentos do conceito se as tecnologias de comunicação de massa como rádio, televisão e, mais recentemente, a *internet*, tivessem o condão de estabelecer as mesmas condições que se fizeram presentes no momento pré-Gutenberg? Refletir acerca desse ponto é o foco nesse momento.

Apesar das críticas que podem, com razão, serem direcionadas a tais “ciclos” históricos, seja por análises que exploram um “determinismo tecnológico”⁵⁴⁵, ou mesmo, pela ênfase excessiva em aspectos de caráter eminentemente quantitativos⁵⁴⁶, o fato é que tal estudo, invariavelmente, vem à tona para explicar os fenômenos relativos à comunicação e informação, sendo, inclusive, desenvolvidas, num plano mais macro, nas reflexões sociológicas relativas ao próprio pós-modernismo⁵⁴⁷. Mas esse ponto, no momento, não interessa ao presente estudo, nada obstante retornarmos a ele, ainda nessa parte do trabalho, quando da análise sobre a inteligência coletiva.

*Elaborating this principle, he proposes a model of change based on different types of ‘symbolic exchange’ (p. 6) which has three constituents: 1 The era of oralism when interaction was face to face. Then the way of life was fixed and unchanging, the self embedded in the group, and signs corresponded to this settled way of life, with symbolic exchange a matter of articulating what was already known and accepted by the community. 2 The era of written exchange, when signs had a representational role and in which the self was conceived to be rational and individually responsible. 3 The era of electronic mediation, when signs are matters of informational simulations, with their non-representational character being critical. Here the self is ‘decentred, dispersed, and multiplied in continuous instability’ (p. 6), swirling in a ‘continuous process of multiple identity formation’ (Poster, 1994, p. 174), since the ‘flow of signifiers’ is the defining feature of the times rather than signs which indicate a given object. (grifo nosso)”. (WEBSTER, Frank. *Theories of Information Society*. 4. ed. England: Routledge, 2014. p. 328).*

⁵⁴⁵ “One can remark on features of his historical analysis. Poster’s tri-part history – oralism, writing and electronic exchange – is deeply technological determinist and subject to the familiar objection that it is historically cavalier (Calhoun, 1993)”. (Ibid. p. 335).

⁵⁴⁶ A crítica que aqui é delineada tendo em vista a Sociedade da Informação poderia muito bem se estender a conceitos como “Sociedade da Oralidade” ou “Sociedade da Escrita”: “For the moment, however, I want to raise some further difficulties with the language of the information society. The first problem concerns the quantitative versus qualitative measures to which I have already alluded. My earlier concern was chiefly that quantitative approaches failed to distinguish more strategically significant information activity from that which was routine and low level and that this homogenisation was misleading. It seems absurd to conflate, for example, the office administrator and the chief executive. Just as it is to equate pulp fiction and research monographs. Here I want to raise the quality–quantity issue again in so far as it bears upon the question of whether the information society marks a break with previous sorts of society. Most definitions of the information society offer a quantitative measure (numbers of white-collar workers, percentage of GNP devoted to information, etc.) and assume that, at some unspecified point, we enter an information society when this begins to predominate”. (Ibid. p. 24).

⁵⁴⁷ Ibid. p. 320 e ss.

Os estudos de Marshall McLuhan, na verdade, são importantes menos por explicar o impacto da prensa de Gutenberg, em si, e mais por justamente refletir acerca desestruturação de suas bases com o advento de mídias como a televisão. Em outras palavras, ao que tudo indica, a sua preocupação maior diz respeito às reflexões que levam à superação da sociedade forjada pela prensa, em direção a uma era (da eletrônica) em que muitas das condições existentes, na época pré-prensa, retornam com força, moldando uma nova conjuntura comunicacional em que a noção de autor, por consequência, tende a ser tensionada de modo decisivo.

Segundo o autor, a tecnologia “elétrica”, que proporcionou uma série de outras tecnologias (telefone, rádio, televisão etc.) possuiria, de antemão, um caráter orgânico⁵⁴⁸. Isso porque, ao servir de base para a “Era da Informação e da Comunicação”, ela cria um conjunto de condições que proporciona relações de interação orgânica entre os agentes: “*We live today in the Age of Information and of Communication because electric media instantly and constantly create a total field of interacting events in which all men participate*”⁵⁴⁹. Esse fato gerou uma força de tensão na estruturação dividida e especializada⁵⁵⁰, viabilizada pela prensa, já que, ao revés, ela comprimiu e unificou o âmbito comunicativo, propiciando, inclusive em razão do redimensionamento espacial, um contexto inclusivo aos moldes das organizações orais⁵⁵¹.

Esses fenômenos, a propósito, foram apresentados por Marshall McLuhan a partir das célebres classificações de mídias “frias” e “quentes”. Nesse sentido, a “temperatura” de uma mídia poderia ser definida tanto pelo nível de interação dos usuários, ainda que em nível “psíquico”, ou mesmo, pela sua “intensidade intrínseca”:

⁵⁴⁸ MCLUHAN, Marshall. *The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man*. Toronto: University of Toronto Press, 2011. p. 248.

⁵⁴⁹ Ibid.

⁵⁵⁰ Esse ímpeto classificatório teria surgido, em parte, justamente pela “eficiência” proporcionada pela possibilidade de armazenamento em uma mídia externa a memória: “*writing frees the mind from the mnemonic necessities of oral culture, allowing its energies to flow naturally in the direction of heightened classification. Writing does not so much create the urge to classify as liberate it, encourage new forms of intellectual play*”. (HOBART, Michael. *Information Ages: Literacy, Numeracy, and the Computer Revolution*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1998. p. 47).

⁵⁵¹ MCLUHAN, Marshall. *The Gutenberg Galaxy*, 2011, op. cit., p. 255.

The movie is a hot, high-definition medium [...]. The fans of the cool TV medium want to see their star in role, whereas the movie fans want the real thing [...]. Print is a hot medium. It projects the author at the public as the movie did. The manuscript is a cool medium that does not project the author, so much as involve the reader. So with TV. The viewer is involved and participant [...]. A cool medium, whether the spoken word or the manuscript or TV, leaves much more for the listener or user to do than a hot medium. If the medium is of high definition, participation is low. If the medium is of low intensity, the participation is high.⁵⁵²

Segundo esse contexto, existe uma interessante associação entre o nível de participação dos agentes, em geral, e a mídia (no limite, a tecnologia). Essa divisão, com razão, pode soar como sendo confusa: afinal, tudo poderia levar a crer que seria mais intuitivo supor que uma mídia, que proporcionasse a participação ativa dos ouvintes ou telespectadores, seria “quente”, enquanto que aquela que permitiria um baixo nível de interação seria “fria”. Ou seja, uma crítica que enxergasse o “quente” a partir do estado de agitação de seus membros, justamente em virtude de seu caráter orgânico, e o “frio”, pela sua “indiferença” a esse aspecto, seria uma visão defensável. Mas esse não é um estudo de comunicação. Mas retornando ao ponto central, o fato é que, em sua classificação, quanto mais o âmbito comunicativo estiver centrado na mídia (sendo essa característica fundamental para classificar a sua “temperatura”), menor tende a ser o nível de interação. Ao contrário, quanto menor for a centralidade da mídia, em outras palavras, quanto menor for a força de seu “centro gravitacional”, maior tende a ser a participação.

Essa noção de proporcionalidade, apresentada acima, em relação à mídia, reflete, como já é possível notar, na própria noção de autoria. A mídia “quente”, como observado, destaca de forma decisiva a figura do autor, projetando-o ao público. A “fria”, por outro lado, tenderia a ser mais horizontal, pulverizando não somente a importância da mídia, mas, com ela, a do próprio autor. Esse corte se mostra importante a tal escopo porque a tese do autor era de que, justamente com o retorno das condições essenciais de organicidade e participação (que deságuam no seu famoso termo “Aldeia Global”), as características da “era da prensa” tenderiam a desaparecer. Essas análises podem (e devem) ser objeto de críticas em razão da excessiva superficialidade, sobretudo em razão da exploração das categorizações, às vezes

⁵⁵² Ibid. p. 318-319.

totalizantes, que podem não refletir a realidade (que, no fundo, conserva uma série de elementos não apreensíveis em determinadas reflexões). Analisá-las, nesse sentido, contudo, não é o objeto aqui. Busca-se, apenas, deixar registrado que essa é somente uma leitura possível da realidade e que, esse sim o nosso viés, interfere na compreensão da propriedade intelectual.

Marshall McLuhan, em razão de suas análises, como já mencionado, ingressou no senso comum como sendo o precursor da noção da internet⁵⁵³, haja vista a conexão entre a mídia e sua capacidade de participação de forma horizontal, em especial, na possibilidade de comunicação instantânea⁵⁵⁴. Essas construções desaguaram, como veremos ainda nessa parte do trabalho, em construções acadêmicas mais recentes (Pierre Levy é um bom exemplo) que rumam às análises sobre a inteligência coletiva. A relação dos trabalhos ocorre porque esta é, justamente, uma das características mais destacadas da tal cultura oral:

*Recall that an oral culture retains these stories in its collective memory by means of generalized images to which all members of the community can assent. Although these images are abstracted from the narrative action of the story, they are not themselves abstract; they preserve the generalized image, not of “a king”, but of “the king”. Generalized and stripped of local detail, the image is nonetheless specific to the story it serves to map. Writing enables one to do readily what one cannot otherwise so readily do, create a class of “kings” standing apart standing apart from the stories told about them.*⁵⁵⁵

Partindo dessa linha de raciocínio, o século XX presenciaria, por meio das características das novas tecnologias, um ambiente que reproduziria, em princípio, as mesmas condições de possibilidade existentes na cultura oral. Estruturemos, então, alguns de seus elementos fundamentais: a) Simultaneidade: as mídias modernas, como dito anteriormente, teriam a capacidade de, ao menos em potência, viabilizar relações simultâneas, em oposição à

⁵⁵³Disponível em: <https://www.independent.co.uk/life-style/gadgets-and-tech/features/marshall-mcluhan-who-internet-predict-google-doodle-media-theory-philosopher-canada-a7852276.html>. Acesso em: 19 set. 2019.

⁵⁵⁴Mostra-se como sendo defensável a tese de que as mídias estudadas por McLuhan, como Telefone, Rádio e Televisão, não se mostravam como sendo, propriamente, tecnologia que proporcionavam genuína participação, haja vista o seu caráter ainda verticalizado. Talvez essa realidade tenha sido alcançada em sua plenitude apenas com o advento da internet e da web.

⁵⁵⁵ HOBART, Michael. *Information Ages: Literacy, Numeracy, and the Computer Revolution*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1998. p. 54.

“homogeneidade” proporcionada pela era da “mecanização: *“Today we live on the frontier between five centuries of mechanism and the new electronics, between the homogeneous and the simultaneous”*⁵⁵⁶; b) Dissolução do núcleo solipsista forjado na modernidade: *“In addition to the solipsism and solitude and uniformity of print culture, there is now the immediate electric pressure for its dissolution”*⁵⁵⁷. Nesse aspecto, o caráter orgânico das comunicações impediria a fixação informacional e, por consequência, a estabilização da expressão do autor como tal; c) Espaço/tempo e causa/efeito: do ponto de vista aqui explorado, a “nova” era da oralidade, ao “eliminar” a noção de espaço-tempo, levaria consigo a possibilidade da construção dos liames entre causa-efeito: *“by eliminating the dimensions of space, the electronic forms of communication also eliminate the presumption of cause and effect”*⁵⁵⁸; d) Coletivismo e “tribalização”: as novas mídias teriam o condão de sufocar o individualismo em prol do coletivismo: *“the power of radio to retribalize mankind, its almost instant reversal of individualism into collectivism”*⁵⁵⁹.

É interessante notar, aqui, valendo-se da digressão, que o cenário acima especulado acabou desaguando no recente fenômeno da *Fake News*, que nada mais é do que informação falsa. Essa figura representa de forma clara o efeito colateral do cenário proporcionado pelas novas mídias, seguindo os cortes propostos até aqui. Ou seja, em sendo minimamente oportuno o corte epistemológico que explica a cultura do final do século XIX e decorrer do século XX, como sendo a era da nova oralidade, essa nova realidade traz consigo o esfacelamento da informação estabilizada, levada a efeito pelo ciclo da mecanização, informação essa cuja sociedade, sobretudo a ocidental, aprendeu a confiar⁵⁶⁰. Jaques Derrida,

⁵⁵⁶ E continua o autor: *“For telegraph, radio and TV do not tend towards the homogenous in the their effects of print culture and dispose us to easier awareness on non-print culture. (P. 244); the efficacy of the printed word in first visualizing the vernacular and then creating that homogeneous mode of association which permits modern industry, markets, and the visual enjoyment of national status”*. (MCLUHAN, Marshall. *The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man*. Toronto: University of Toronto Press, 2011. p. 189, 244, 253).

⁵⁵⁷ Ibid. p. 244.

⁵⁵⁸ MCLUHAN, Marshall. *Understanding Media: the extension of man*. Cambridge: The MIT Press, 1994. p. xxiii.

⁵⁵⁹ Ibid. p. 304.

⁵⁶⁰ No plano sociológico, a natureza de tais reflexões leva diretamente ao pós-modernismo: “Desacreditadas as utopias que investem no futuro, e com o passado transformando em matéria fragmentada para bricolagem, o presente absorve todo o interesse real e se reduz à instantaneidade”. (KONDER, Leandro. *A questão da ideologia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 183).

filósofo francês, também tangenciou esse tema. Ao tratar sobre o impacto da mídia eletrônica, argumentou o autor:

Motivada pela perda sempre iminente dos membros-fantasma de papel, em que aprendemos a confiar, ela também é justificada perante os poderes de concentração e de manipulação, de expropriação informática (malha eletrônica à disposição quase instantânea de todas as polícias internacionais – segurança, banco, saúde -, fichamento infinitamente mais rápido e incontrolável, espionagem, interceptação, parasitismo, roubo, falsificação, simulacro e simulação).⁵⁶¹

Mostra-se importante ressaltar, contudo, que as análises que enfatizam, de modo mais categorial, a teoria dos ciclos, ou das “eras”, devem ser levadas em consideração com muitos temperamentos, sobretudo em razão de alguns pontos que já foram explorados, principalmente na parte anterior que tratou da questão da tecnologia, quais sejam, para citar dois: visões que reduzem a realidade a análises meramente quantitativas, ou hipóteses que interpretam tais contextos a partir de rupturas mais drásticas. Nada obstante se reconhecer que os fenômenos que decorreram da mídia, de fato, exerceram (e exercem) força de pressão sob diversos contextos, soa como sendo um tanto quanto excessivo supor que elementos forjados na modernidade, como individualismo, informação estabilizada e, ao nosso escopo, a própria noção de autoria, expliquem a totalidade das circunstâncias presentes.

De qualquer maneira, os pontos de vista explorados neste tópico acabam por gerar um estado de tensão sobre algumas das bases mais sólidas da propriedade intelectual. Os elementos que buscam explicar a pós-modernidade, que convergem para um estado de fluidez geral⁵⁶², ao pressionarem as bases da modernidade, acabam levando consigo, no contexto micro, as bases filosóficas da propriedade intelectual: “*Is Anything Truly Original? Drawing upon postmodern literary theory, some scholars question the very concept of originality as a romantic myth*”⁵⁶³. Ela acaba sendo refém dessa noção de que a legitimação do discurso, que

⁵⁶¹ DERRIDA, Jaques. *Papel-Máquina*. Tradução Evandro Nascimento. São Paulo: Estação Liberdade, 2004. p. 235.

⁵⁶² “O si mesmo é pouco, mas não está isolado; é tomado numa textura de relações mais complexa e mais móvel do que nunca [...] não somente a legitimação não tem sempre o mesmo sentido, mas o próprio relato aparece já como insuficiente para dar sobre ela uma versão completa”. (LYOTARD, Jean François. *A Condição Pós-Moderna*. Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. 16. ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 2015. p. 28, 56).

⁵⁶³ LEMLEY, Mark; MERGES, Robert; MENELL, Peter. *Intellectual Property in the new technological age*. 6. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2012. p. 18; BOYLE, James. *Shamans, Software and Spleens: Law and the construction of Information Society*. Cambridge: Harvard University Press, 1996; JASZI, Peter,

no caso dos direitos autorais, por exemplo, é levada a cabo por meio da instrumentalização do autor, tenderia a uma dissolução fatalista em virtude do avanço das mídias. No fundo, tudo isso decorre das insuficiências da análise eminentemente dual: moderno/pós-moderno; autor/coletividade; uniforme/diverso; simétrico/assimétrico; original/falso etc. Logo, que alguns dos elementos estudados pesam sobre a compreensão da propriedade intelectual, isso não há dúvida. O caráter excessivo da análise surge no momento em que se estendem os seus efeitos como se eles, sim, tivessem o condão de explicar a realidade.

2.3.2 Autoria, autonomia e coletividades criativas

Seguindo com o estudo, buscar-se-á focar, nesse momento, na relação da autoria com as coletividades criativas. O estado de coisas explorado até aqui leva, e não é de hoje, ao questionamento acerca da concepção forte de autoria. Esta, para que fique claro, representa a ascensão da posição do autor, sobretudo no contexto europeu, como núcleo fundamental de onde emanam as criações intelectuais mais profundas. Desse modo, seria, sobre ele, o autor, que gravitariam os pensamentos artísticos, científicos, culturais etc., aptos a serem materializados e apresentados ao deleite do público. Essa condição privilegiada do autor, em especial nos últimos séculos, instrumentalizou-se, como analisamos na primeira parte do trabalho, a partir de bases filosóficas, históricas, jurídicas, sociológicas etc., tornando-o elemento fundamental da “alta cultura” continental.

Uma conjunção de fatores, alguns já explorados, outros ainda pendentes de reflexão mais detalhada, levou, contudo, à desestruturação dessa posição. Em suma, pode-se destacar: a explosão comunicacional e informacional; os avanços tecnológicos; a comoditização da informação e do conhecimento, decorrente, em grande parte, do avanço do sistema de propriedade intelectual anglo-saxão (utilitarista por natureza); a abertura do espectro criativo (o que para muitos banalizou a cultura); os fundamentos macro da pós-

Toward a Theory of Copyright: The Metamorphoses of “Authorship,” 41 *DUKE L.J.* 455, 1991; LANGE, David. At Play in the Fields of the Word: Copyright and the Construction of Authorship in the Post-Literate Millennium, 55 *LAW & CONTEMP. PROBLEMS* 139, 1992.

modernidade; a horizontalidade comunicacional; a dominação empresarial sobre a criação; entre outros.

Existem duas maneiras de enxergar essa questão: a) de um lado, pode-se acreditar que, durante um determinado período histórico, existiu, de fato, uma posição singular do autor, inquestionável, cujo paradigma passou a se desestruturar apenas na ocasião da conjuntura apresentada no parágrafo anterior; b) de outro, também se mostra defensável partir da premissa de que a figura do autor, como posta, não passou de uma mera construção ideológica de natureza burguês-individualista, estabelecida na modernidade⁵⁶⁴, sendo a criação, desde sempre, uma elaboração necessariamente coletiva, no sentido de absorção, por parte do autor, da herança cultural e histórica do indivíduo pensante. Exploremos melhor tais direções.

Na primeira direção, assim, tem-se como ponto de partida a ideia de que a criação intelectual possuía um caráter “dependente” dos esforços “autônomos” do autor, no sentido de que, somente ele, dentro do seu espectro “transcendental” fenomenológico, poderia dar vasilha aquilo que se denominou de cultura. Walter Benjamin, no seu famoso ensaio *A obra de arte na época de sua reprodutibilidade técnica*, deixou importantes reflexões a respeito dessa questão. Registra-se, de antemão, que o autor alemão acreditava numa “aura” que teria o condão de acompanhar o autor e, por consequência, suas criações. Ao questionar o que significaria o termo aura, disse o autor: “O que é propriamente aura? Um estranho tecido fino de espaço e tempo: aparição única de uma distância, por mais próxima que esteja. Em uma tarde de verão, repousando, seguir os contornos de uma cordilheira no horizonte [...] isso significa respirar a aura dessas montanhas”⁵⁶⁵. Esse raciocínio representa, diretamente, o aspecto fenomenológico transcendental citado acima, ou seja, o conjunto de condições contextuais que, ao se incorporarem ao círculo subjetivo do autor, confere existência à criação (como se fosse, ao fim

⁵⁶⁴ “Foucault desnaturaliza a concepção do autor e da obra, como funções complexas e procedimentos de controle, que se modificam ao longo da história: o autor alguma vezes desaparece do discurso; noutras, exerce diferentes papéis, que nem sempre o reenviam para o indivíduo real. O autor nem sempre existiu na história ou teve o mesmo papel moderno. Essa é a grande questão. Ao tornar inseguro o papel do autor, que adquire sua concepção moderna há trezentos anos de construção jurídica, o estrago, “aparentemente”, já está feito”. (PONTES, Leonardo Machado. *Creative Commons: problemas jurídicos e estruturais*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 134).

⁵⁶⁵ BENJAMIN, Walter. *A obra de arte na época de sua reprodutibilidade técnica*. Porto Alegre, RS, Zouk, 2012. p. 27-28.

e ao cabo, uma espécie de ritual: “As obras de arte mais antigas, como sabemos, surgiram a serviço de um ritual, primeiramente mágico, depois religioso”⁵⁶⁶.

Essa aura, assim, estaria intimamente relacionada com o aqui e o agora⁵⁶⁷, ou seja, dentro do ambiente onde o exercício criativo se manifesta. É somente a partir desse contexto, segundo o autor, que o conceito de autenticidade pode ser considerado: “O aqui e agora do original constitui o conceito de sua autenticidade e sobre o fundamento desta encontra-se a representação de uma tradição que conduziu esse objeto até os dias de hoje como sendo o mesmo e idêntico objeto”⁵⁶⁸. Essa conjuntura, seguindo pela linha de raciocínio explorada pelo autor⁵⁶⁹, eliminaria não somente a “aura” da obra de arte⁵⁷⁰, mas, consigo, a própria condição superior da noção de autoria. A sua *ocorrência única*⁵⁷¹, em razão do caráter instrumental da reprodutibilidade técnica, subsumida, cada vez mais, aos imperativos econômicos, transmutou-se, sob essa ótica, em uma *ocorrência de massa*⁵⁷².

⁵⁶⁶ Sobre a sua condição de ritual, segue o autor: “O alce que o homem paleolítico copia nas paredes de sua caverna é um instrumento de magia, que somente de modo casual ele apresenta aos outros homens [...] com a emancipação das práticas artísticas individuais do seio do ritual, crescem as oportunidades de exposição de seu produto”. (Ibid. p. 31, 37).

⁵⁶⁷ Ibid. p. 17.

⁵⁶⁸ Ibid. p. 19.

⁵⁶⁹ Jean Baudrillard, sumariando as ideias de Benjamin, assim expôs: “*It is necessary to revisit what Walter Benjamin said of the works of art in the age of its mechanical reproducibility. What is lost in the work that is serially reproduced, is its aura, its singular quality of the here and now, its aesthetic form (it had already lost its ritual form, in its aesthetic quality), and, according to Benjamin, it takes on, in its ineluctable destiny of reproduction, a political form. What is lost is the original, which only a history itself nostalgic and retrospective can reconstitute as “authentic”. The most advanced, the most modern form of this development, which Benjamin described in cinema, photography, and contemporary mass media, is one in which the original no longer even exists, since things are conceived from the beginning as a function of their unlimited reproduction*”. (BAUDRILLARD, Jean. *Simulacra and Simulation*. Michigan: Ann Arbor The University of Michigan Press, 1994. p. 99).

⁵⁷⁰ BENJAMIN, Walter. *A obra de arte na época de sua reprodutibilidade técnica*. Porto Alegre, RS, Zouk, 2012. p. 23.

⁵⁷¹ Ibid.

⁵⁷² Ibid. Segundo o autor, aliás, a obra de arte sempre possuiu a pretensão de ser apreciada por um público reduzido: “Um quadro sempre teve a peculiar pretensão de ser contemplado por um ou por poucos. A contemplação simultânea de quadros por um grande público, o que passou a ocorrer no século XIX, é um primeiro sintoma da crise da pintura. Crise que, de modo algum, foi desencadeada somente pela fotografia, mas, de modo relativamente independente a dela, também por meio da pretensão da obra de arte dirigida à massa [...]. A massa é a matriz, da qual, atualmente, todo o comportamento familiar diante de obras de arte emerge de modo renovado [...] as massas procuram distração, enquanto que o amante da arte se aproximaria desta com recolhimento. Para as massas, a obra de arte seria uma oportunidade de entretenimento; para o amante da arte, ela seria um objeto de devoção. Isso deve ser examinado mais de perto. Distração e recolhimento encontram-se em uma oposição que permite a seguinte formulação: aquele que se recolhe perante uma obra de arte submerge nela, entra nesta obra, tal como, segundo narra a lenda, um pintor chinês no momento da visão de seu quadro acabado.” (p. 93 e 109). A questão relativa as “massas” evoca, não raro, críticas relativas a uma visão elitista de mundo,

Sob essa perspectiva, a identidade do autor, seu “DNA” criativo, que decorre de condições específicas pelas quais o exercício criativo é exercido em sua plenitude, tenderia a desaparecer em prol de uma visão de autoria absolutamente instrumental⁵⁷³. A sua importância, nessa premissa, se restringiria, apenas, ao caráter de “sinal” de autoria, ou seja, de conferir uma espécie de selo cuja importância, sobretudo após a comoditização generalizada da arte (nas suas mais diferentes manifestações), seria mais de atestar a origem do “produto criativo” do que, propriamente, de permitir ao leitor ou observador a captura plena das sensações que se instrumentalizam na obra e que emanam da conjuntura criativa do autor. Esse caráter de “sinal” tende a dialogar com o caráter de reproduzibilidade apontado por Walter Benjamin: “A obra de arte reproduzida torna-se cada vez mais a reprodução de uma obra de arte voltada para a reproduzibilidade”⁵⁷⁴. Esse caráter de “sinal” poderia, também, apenas servir de identificação de um “desempenho artístico” qualquer, termo usado pelo autor como substituto, no melhor dos casos, da verdadeira obra de arte⁵⁷⁵.

A questão da reproduzibilidade não é algo que surge como sendo algo inédito no tempo das reflexões de Walter Benjamin. Na verdade, e vimos isso à exaustão no trabalho, ela surge com a própria prensa, em meio a um contexto econômico que passa a enxergar a obra (no caso, o livro) como um verdadeiro produto. Frise-se, contudo, que a tal “aura” do autor se desenvolve de forma mais acentuada em momento posterior, no auge da modernidade, da *belle époque* burguesa. Ao privilegiar a posição do indivíduo, funcionando como núcleo da

característica da Escola de Frankfurt (que tinha Walter Benjamin como integrante): Por mais notável que seja a contribuição que Adorno e Horkheimer trouxeram para a análise crítica da indústria cultural, não podemos deixar de perceber certa estreiteza elitista no horizonte dos dois mestres da Escola de Frankfurt”. (KONDER, Leandro. *A questão da ideologia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 240).

⁵⁷³ Cujas “ideologia” também se mostra útil para fins econômicos: “*In fact, a striking feature of the language of romantic authorship is the way it is used to support sweeping intellectual property rights for large corporate entities. Sony, Pfizer, and Microsoft tend to lack the appeal of Byron and Alexander Fleming. Actual "authors"-writers, inventors, genetic and software engineers-often lose out under the kind of regime I describe here*”. (BOYLE, James. *Shamans, Software and Spleens: Law and the construction of Information Society*. Cambridge: Harvard University Press, 1997. Preface, p. XII).

⁵⁷⁴ O autor reforça esse argumento a partir da análise das obras cinematográficas: “A reproduzibilidade técnica de obras cinematográficas está fundada imediatamente na técnica de sua reprodução. Essa possibilidade não só a difusão em massa das obras cinematográficas de modo mais imediato, como muito mais as obriga a tal difusão. Isso porque a produção de um filme é tão cara que um indivíduo que poderia comprar um quadro não pode mais pagar um filme”. (BENJAMIN, Walter. *A obra de arte na época de sua reproduzibilidade técnica*. Porto Alegre, RS, Zouk, 2012. P. 34-35).

⁵⁷⁵ *Ibid.* p. 59.

*concepção individualista*⁵⁷⁶ de mundo, de quebra, há uma sobreposição da autonomia do indivíduo, de sua razão interior, sobre qualquer fator externo. Esse aspecto o transforma em sujeito autônomo. Essa é – a autonomia – justamente o elemento que desaparece com a reprodutibilidade técnica de Walter Benjamin: “Na medida em que a época de sua reprodutibilidade técnica destacou a arte de seu fundamento no culto, apagou-se para sempre a aparência de sua autonomia”⁵⁷⁷. Leandro Konder resume bem o ponto central explorado por Benjamin:

O século XX consumou um processo iniciado no século XIX, promovendo o ingresso da produção artística na “era da reprodutibilidade técnica”, conforme a expressão utilizada pelo filósofo no título de um ensaio famoso que escreveu em 1935. A aura que existia em torno das obras de arte originais (como manifestação de uma realidade distante, mesmo quando próxima) tende a desaparecer. No lugar dela, cresce o “valor de exposição”, ligado à possibilidade de que as criações artísticas reproduzidas em ampla escala sejam postas imediatamente ao alcance de um número enorme de pessoas. O cinema é o melhor exemplo dessa nova característica. O filme já nasce multiplicado em muitas cópias para tornar-se rentável, exibido em vários lugares [...] o capitalismo aproveita a “reprodutibilidade técnica” da produção artística para fins de lucro, impondo-lhe critérios utilitários, imediatistas, que resulta na sua banalização.⁵⁷⁸

Uma das consequências lógicas possíveis desse cenário seria a destruição das linhas demarcatórias entre a esfera do autor e do público: “Com isso a diferença entre autor e público está a ponto de perder seu caráter essencial. Ela se torna funcional, variando em cada caso. O leitor está sempre pronto para se tornar um escritor”⁵⁷⁹. Atrelado a isso, cujo aspecto decorre diretamente da supressão desse “círculo” criativo individual, seria o recrudescimento da concepção de que a criação resultaria do exercício da própria coletividade. Essa reflexão,

⁵⁷⁶ “Vem, a seguir, a concepção individualista de mundo. Ela surge no final da Idade Média, no século XVI, com Montaigne. Durante quase quatro séculos, numerosos “pensadores” formularam ou reafirmaram essa concepção, ainda que com nuances diversas. Eles não acrescentaram nada a seus traços fundamentais; o indivíduo (e não mais a hierarquia) aparece como a realidade essencial; ele possuiria em si mesmo, em seu foro interior, a razão. Entre estes dois aspectos do ser humano – o individual e o universal, isto é, a razão -, haveria uma unidade, uma harmonia espontânea; de forma semelhante, entre o interesse individual e o interesse geral (ou seja, o de todos os indivíduos), entre os direitos e deveres, entre a Natureza e o Homem [...]. Historicamente, essa concepção de mundo corresponde ao liberalismo, ao crescimento de Terceiro Estado, à burguesia da belle époque”. (LEFEBVRE, Henry. *Marxismo: uma breve introdução*. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1963. p.11).

⁵⁷⁷ BENJAMIN, Walter. *A obra de arte na época de sua reprodutibilidade técnica*. Porto Alegre, RS, Zouk, 2012. p. 53.

⁵⁷⁸ KONDER, Leandro. *A questão da ideologia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 97.

⁵⁷⁹ BENJAMIN, Walter. *A obra de arte na época de sua reprodutibilidade técnica*, 2012, op. cit., p. 79-81.

atualmente, ocupa posição de destaque a respeito das criações, em especial após os avanços tecnológicos de comunicação. Além disso, como apontado acima, também permanecem as controvérsias relativas à autonomia do autor em meio aos imperativos econômicos que perpassam o desenvolvimento criativo.

A questão relativa à criação como resultado da coletividade não é nova. Ela não surge com os avanços tecnológicos, não sendo resultado da horizontalidade comunicativa (e de criação) proporcionada pela tecnologia. Segundo Álvaro Vieira Pinto, “mesmo no passado, em qualquer época, a produção sempre foi resultado do empenho social coletivo”⁵⁸⁰. A partir dessa afirmação, o autor brasileiro já conduzia as suas críticas contra a pretensão dos entusiastas das “tecno-estruturas” em sobrepor a importância da coletividade em detrimento da do gênio individual: “Mas o engano da consciência ingênua agora dominante com o nome de “tecno-estrutura” consiste em julgar ser inédita essa situação que deve levar ao apagamento da personalidade criadora, à “dispensa do gênio”, absorvido no chamado “trabalho de equipe””⁵⁸¹.

Domenico de Masi também segue pela mesma linha: “os livros que escrevo não são de minha exclusiva autoria, mas são produzidos e “editados” por mim. Talvez obra alguma possa ser inteiramente atribuída a quem assina”⁵⁸². É interessante notar, ao se contrapor as ideias do autor italiano com as de Walter Benjamin que, para aquele, a conjectura que circunda o exercício criativo é o que explica não o aspecto individual da autoria, que depois seria destruída pela reprodutibilidade técnica, mas justamente o seu caráter eminentemente coletivo e dependente de fatores externos. Em outras palavras, enquanto que para Walter Benjamin tais fatores seriam importantes por compor o exercício criativo do sujeito, algo de “fora para dentro”, para Domenico de Masi, tais fatores explicariam as influências difusas no exercício criativo (que por essa mesma razão não se pode considerar como exercício

⁵⁸⁰ PINTO, Alvaro Vieira. *O Conceito da Tecnologia*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005. p. 448.

⁵⁸¹ *Ibid.*

⁵⁸² E continua o autor: “Grande parte das invenções humanas mais surpreendentes – do alfabeto ao Estado, dos veleiros às piadas, das festas ao arado, da tesoura à Magna Carta – não possui um “alguém que as imaginou”, pois elas são fruto de progressivos ajustes e colaborações coletivas, seja nas suas criações, nas suas realizações, nos seus aperfeiçoamentos, na sua difusão, assim como nas suas aplicações”. (DE MASI, Domenico. *Criatividade e grupos criativos*. Tradução Léa Manzi e Yadir Figueiredo. Vol. 1: *Descoberta e invenção*. Rio de Janeiro: Sextante, 2005. p. 47).

meramente individual). O autor elenca alguns elementos que ele considera como sendo integrantes daquilo que ele denomina como sendo “fatores de criatividade”⁵⁸³: fatores geográficos e urbanísticos; possibilidade de intercâmbio informativo; ordem sociopolítica; língua; liberdade face as tarefas “braçais”; vida cultural vibrante; entre outras coisas. Trazendo essa questão para tempos atuais (internet, web, e-mail etc.), resume o autor:

Vint Cerf teve algumas das primeiras intuições e, juntamente com Bob Kahn, fixou regras técnicas para o envio de dados em rede; Douglas Engelbart inventou o mouse, Ray Tomlinson inventou o e-mail e foi o primeiro a usar a arroba; Steve Walzer inventou o mailing list; Kevin MacKenzie realizou a primeira emoticon; William Gibson cunhou o termo “ciberespaço”; Tim Bernes-Lee criou a World Wide Web; Phil Zimmermann inventou o software para a codificação de mensagens a assim por diante [...]. Já estamos muito distantes dos tempos em que Newton trabalhava sozinho. A internet, resultado de tantas contribuições e sínteses sublimes de ciência e estética, da subjetividade e do convívio, de business e de no profit, representa agora a metáfora mais eloquente, o próprio ícone da criatividade pós-industrial.⁵⁸⁴

Nessa linha de raciocínio, o contexto atual tende a desestruturar a noção romântica de autoria, conferindo maior ênfase às inúmeras condições de possibilidade que influenciam, direta ou indiretamente, a criatividade do autor: “a consagração de um autor não se explicaria, assim, por algum tipo de dom ou “genialidade” própria ao indivíduo, mas sim pela consideração de sua trajetória em relação a um contexto de relações socialmente postas”⁵⁸⁵. Esse olhar “desromantizado” tanto dos autores quanto das obras era explorado igualmente por Pierre Bourdieu⁵⁸⁶. Partir dessas teses não significa, na verdade, propor o desaparecimento da condição de autor da forma como se conhece hoje. O que se busca enfatizar, em realidade, é que a noção de autoria, como algo que se desenvolve no seio exclusivo do autor, vem, de há muito, sendo objeto de contrapontos importantes que, de quebra, desestrutura consigo o mesmo olhar romântico que, às vezes, se confere aos direitos autorais, sobretudo na matriz europeia (mas não só). O “ataque”, dessa forma, surge a partir de dois flancos diferentes: de

⁵⁸³ Ibid. p. 148-149.

⁵⁸⁴ Ibid. p. 352.

⁵⁸⁵ BARRETO, Rodrigo Ribeiro; SOUZA, Maria Carmen Jacob de. (org.). *Bourdieu e os estudos de mídia: campo, trajetória e autoria*. Salvador: Edufba, 2014. p. 160.

⁵⁸⁶ “Assim como Pierre Bourdieu propunha um olhar “desromantizado” sobre os autores e as obras, considerando-os em relação a uma dinâmica complexa entre diferentes planos da realidade social, é preciso olhar para a obra do sociólogo francês segundo a mesma postura, evitando a devoção pelo gênio ou mesmo a compreensão de sua proposta como uma teoria “universal” que permitiria dar conta de todos os problemas relacionados à análise do social”. (Ibid. p. 161).

um lado, busca-se se opor a qualquer concepção de autor que confira demasiada importância à sua figura, isso em qualquer tempo, ou seja, sendo algo “desde sempre” passível de críticas (como exposto acima por Álvaro Vieira Pinto); de outro, considera-se como origem da crise a reprodutibilidade técnica e a comoditização das obras, no mercado de consumo e entretenimento, potencializada pelos recentes avanços tecnológicos.

Parece prematuro negar que a figura do autor permaneça substancialmente viva. Ainda pesa sobre a sociedade atual a personificação da criação em uma determinada pessoa, seja no âmbito da criação artística ou no da industrial. Basta lembrar a associação dos nomes Bill Gates e Steve Jobs à Microsoft e Apple, respectivamente. Ela sofre, contudo, e cada vez mais, em razão dos últimos avanços tecnológicos, pressões sobre o seu conceito advindas da força das criações coletivas. Esse fato estabelece, em certa medida, uma crise de identidade em relação a determinadas premissas filosóficas que sustentam parte dos direitos de propriedade intelectual, já que a concepção de autoria, até certo ponto, auxilia diretamente na justificação desses direitos, em especial no sistema europeu. Pensar um direito de propriedade intelectual sem a noção “forte” de autoria representa, em teoria, uma anomalia aos fundamentos de tais direitos. Por outro lado, como vimos na primeira parte do trabalho, a formação do paradigma internacional da propriedade intelectual acompanha uma série de anomalias e contradições internas sendo essa mais uma das questões a serem consideradas, porém, essencial, uma vez que se trata de um alicerce histórico de tais direitos.

Antes de se finalizar o presente tópico, vale explorar, rapidamente, outra faceta de crise em relação ao conceito de autoria que é a questão da autonomia no ato da criação, conforme já adiantado acima. O olhar romântico que acompanha o autor no ápice da modernidade representa, em outros termos, a sua capacidade de criar na condição de sujeito autônomo. Isso significa dizer que o seu exercício criativo ocorre na medida do desenvolvimento das faculdades intrínsecas do sujeito, por meio de suas reflexões internas. Assim, a sua autonomia caminha em sentido diretamente proporcional à liberdade de exploração de tal condição. A controvérsia surge, a bem dizer, no momento em que essa liberdade é tolhida pelos mais diversos fatores externos, sobretudo aqueles de ordem econômica. Como dizia, nesse sentido, Umberto Eco: “A melhor prova de que a estória em

quadrinhos é produto industrial de puro consumo é que, embora uma personagem seja inventada por um autor genial, dentro em pouco, esse autor é substituído por uma equipe, sua genialidade se torna fungível, e sua invenção, produto de oficina”⁵⁸⁷.

Autonomia artística e compensação econômica mostram-se, assim, como sendo duas forças conflitantes nesse contexto: “os agentes sempre buscam uma maior autonomia artística ou uma maior compensação econômica, sendo que estes dois objetivos caracterizam boa parte das disputas e das posições disponíveis no campo”⁵⁸⁸. Ou seja, quanto maior for o peso do imperativo econômico sobre a criação, menos será, em princípio, o grau de autonomia do autor/criador em explorar, de modo autônomo, suas faculdades criativas (em especial quando forem substancialmente opostas as direções que atendem aos fins meramente econômicos). O dilema entre arte e mercado, cuja problemática não atinge, obviamente, somente o direito autoral, senão apenas no que diz respeito à questão da autoria, permanece intenso:

É comum também que [Lars] von Trier compare suas obras a de diretores de outros países consagrados no cenário de um cinema mais autoral e de pretensões artísticas, em especial Fassbinder, Tarkowski, Bergman e Herzog. Aos dois últimos (talvez não por acaso, na época, os únicos vivos e atuantes), ele acusa com frequência de terem se rendido ao mercado e perdido o veio criativo.⁵⁸⁹

Tal citação tende a dialogar com a visão de “cultura superior”, apresentada por Walter Benjamin. O exercício criativo, nesse sentido, não poderia se subsumir às pressões do mercado, sob pena de subtração da própria legitimidade do ato criativo. Essa é uma questão complexa que perpassa a problemática acerca do próprio conceito de cultura. De qualquer maneira, lembrando que a reflexão profunda sobre essa questão ultrapassa os presentes limites, do ponto de vista estrito da autoria, há pertinência em se questionar a posição do autor, quando

⁵⁸⁷ ECO, Umberto. *Apocalípticos e Integrados*. Tradução Pérola de Carvalho. São Paulo: SP Perspectiva, 2006. p. 285.

⁵⁸⁸ BARRETO, Rodrigo Ribeiro; SOUZA, Maria Carmen Jacob de. (org.). *Bourdieu e os estudos de mídia: campo, trajetória e autoria*. Salvador: Edufba, 2014. p. 82.

⁵⁸⁹ “Assim como Pierre Bourdieu propunha um olhar “desromantizado” sobre os autores e as obras, considerando-os em relação a uma dinâmica complexa entre diferentes planos da realidade social, é preciso olhar para a obra do sociólogo francês segundo a mesma postura, evitando a devoção pelo gênio ou mesmo a compreensão de sua proposta como uma teoria “universal” que permitiria dar conta de todos os problemas relacionados à análise do social”. (Ibid. p. 161).

este, apenas, leva em consideração apenas fatores externos, sobretudo econômicos. Mas isso também não deixaria de representar uma certa ortodoxia em relação ao conceito de criação. Afinal, as mediações e adaptações, acerca de diferentes ideias e movimentos externos, também indicam um notório exercício criativo (de espectro amplo).

O enfraquecimento da posição do autor e da concepção de autoria gera, assim, uma crise de identidade em relação à propriedade intelectual, em especial nos direitos autorais e *copyright*⁵⁹⁰. Isso acontece no plano filosófico que serve de base, em parte, para a justificação do próprio sistema. Esse diagnóstico, aliás, foi substancialmente potencializado pelos recentes avanços tecnológicos que fizeram desaparecer as linhas demarcatórias entre autor e público, além, é claro, da continuação do avanço do processo de comoditização dos bens intelectuais, que, já de há muito, possui influência direta na configuração de tais direitos. A análise relativa à autoria, especialmente em um contexto de crise, reforça o movimento que trata desses direitos, de um modo geral, mais como direitos empresariais, *per se*, do que propriamente direitos dos sujeitos criadores.

2.3.3 Autoria e lições sobre a Teoria da Informação

No tópico anterior exploramos, ainda que *un passant*, a questão que denominamos como “sinal de autoria”, ou seja, a autoria mais como fator que auxilia na identificação da origem (para fins mercadológicos) da obra do que, propriamente, de externalização do âmbito criativo do autor. Esse termo, na verdade, segue uma linha, que não é nova, inclusive em território nacional, que trata os bens tutelados pela propriedade intelectual como informação, *per se*.⁵⁹¹ Ao se buscar uma conexão da autoria e, no limite, da propriedade intelectual como um todo, com algumas das lições da Teoria da Informação, passa-se a considerar atos da

⁵⁹⁰ Há que defenda, a propósito, que a “desromantização” já aconteceu há muito tempo, haja vista a incapacidade do conceito de autoria em servir de base para a promoção de mudanças em relação ao *copyright*: “*romantic authorship neither explains many of the most important changes in copyright law over the past two hundred years nor prescribes a way to improve the ways copyright law works [...]. The creation of corporate copyright in 1909 was the real "death of the author." Authorship could not be considered mystical or romantic after 1909. It was simply a construct of convenience, malleable by contract*”. (VAIDHYANATHAN, SIVA. *Copyright and copywrongs: the rise of intellectual property and how it threatens creativity*. New York: University Press, 2001. p. 10, 102).

⁵⁹¹ BARBOSA, Claudio R. *Propriedade intelectual: introdução à propriedade intelectual como informação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

criação e do oferecimento ao público a partir de valores meramente instrumentais, *apenas pelos seus valores estatísticos*.⁵⁹² Com isso, questões como autoria, público e reprodução não autorizada, passam a ser avaliadas a partir de termos afetos a essa teoria como, por exemplo, emissão, recepção e ruídos comunicacionais.

Novamente com Kittler, autor alemão estudioso das mídias, cujas algumas das reflexões foram exploradas na parte que tratou da crise de uma perspectiva tecnológica, buscaremos alinhar melhor a tensão existente entre as mídias e as artes, no escopo da autoria. Segundo ele, no contexto das técnicas de informação, as mídias tendem a substituir as artes, justamente porque, nesse contexto, o intercâmbio informacional, ao se transformar numa espécie de fim em si mesmo, faz desaparecer os traços que identificam o conteúdo e, por consequência, o contexto pelo qual o autor/criador desenvolveu a obra:

[...] sob condições modernas, isto é, da técnica de informação, que ridicularizam qualquer fenomenologia, as mídias têm substituído as artes. Um “novo analfabetismo”, identificado e celebrado por Friedlander muitos antes de McLuhan ou de Ong, encerra a “era Gutenberg”, ergue em cidades e cérebros suas “torres antibabilônicas” (as “antenas”) e a atualiza assim o louco anônimo de 1831 [...] Eletrônica de entretenimento significa simplesmente criar um circuito de retroalimentação entre todos os espaços operacionais do processamento analógico e digital de sinais, de um lado, e os ouvidos e olhos, de outro: como truque, jogo, efeito especial.⁵⁹³

A mencionada “condição moderna” da técnica de informação representa, na verdade, o próprio desenvolvimento da cibernética, como tivemos a oportunidade de analisar quando se tratou da parte tecnológica. O que se enfatiza, nesse momento, é o obscurecimento do sujeito autor em meio ao processo informacional-comunicativo-computadorizado. Benjamin Loveluck, citando o professor Jean Pierre Dupuy, ratifica essa conjuntura: “*a cibernética nos fornece os recursos formais de pensar a categoria de processo sem*

⁵⁹² “As técnicas de Informação dos dois últimos séculos possibilitaram o desenvolvimento de uma teoria matemática da informação (como Shannon a chamou). El ignora o fato de que “muitas vezes as mensagens possuem sentido, tendo como referência um sistema com determinadas entidades físicas ou conceituais”. Visto, porém, que os sistemas de comunicação transmissores de uma única mensagem [...] se tornam supérfluos e podem ser substituídos por dois distintos geradores de funções, a teoria da informação não se interessa pelas mensagens, apenas por seus valores estatísticos”. (KITTLER, Friedrich. *A verdade do mundo técnico: ensaios sobre a genealogia da atualidade*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016. p. 279-280).

⁵⁹³ KITTLER, Friedrich. *A verdade do mundo técnico: ensaios sobre a genealogia da atualidade*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016. p. 292-293.

sujeito”⁵⁹⁴. Trata-se, em outros termos, de uma espécie de “despersonalização” da informação/conhecimento no que tange ao seu conteúdo, em si, e de quebra do sujeito-autor, em prol da circulação em si da informação, inseridos nos processos informáticos. O autor igualmente destaca que essa ideia de “processo sem sujeito” também pode ser extraída da própria noção da “mão-invisível”, atribuída a Adam Smith, ou mesmo, da “ordem espontânea” de Hayek: “a noção de processo sem sujeito se materializa igualmente na figura da “mão invisível” de Adam Smith e da “ordem espontânea” de Friedrich Hayek; este último dialoga com a cibernética sem deixar de servir-se, antes de mais nada, dos recursos da tradição liberal”⁵⁹⁵.

A questão do “processo sem sujeito”, que nasce com os estudos da cibernética, passa pela Teoria da Informação, atingindo seu ápice com a internet, implica em uma espécie de movimento de desumanização: “*cybernetics constituted a decisive step in the rise of antihumanism*”⁵⁹⁶. Tal análise, no fundo, não deixa de representar uma continuação do movimento identificado por Walter Benjamin, analisado no tópico anterior. As técnicas de informação, nesse contexto, não deixam de representar, acredita-se, uma espécie de “evolução” da reprodutibilidade técnica explorada pelo autor alemão. Em outros termos, a cibernética, a computação e, depois, a internet, atuam como sendo, apenas, o aparado digital e não mais mecânico do processo. Busca-se dizer, com isso, que os mesmos elementos explorados por Walter Benjamin para demonstrar a desestrutura da noção forte da autoria, por meio de processos mecânicos, seriam absolutamente válidas no cenário tecnológico atual, já que a base da crítica, qual seja, a ênfase ao processo tecnológico, em si, permanece inalterada.

A questão que envolve a Teoria da Informação, no presente contexto, trata, assim, a mensagem apenas como elemento de um processo macro de intercâmbio informacional. A partir dessa dinâmica o funcionamento e desenvolvimento do processo passa a ser identificado

⁵⁹⁴ E assim segue: “Com efeito, para Dupuy, a cibernética é anunciadora, por um lado, do “nietzscheanismo-heideggerianismo” que dominou as ciências sociais no período pós-guerra; principalmente na França, com o estruturalismo, o pós-estruturalismo e a “desconstrução da concepção metafísica do sujeito””. (LOVELUCK, Benjamin. *Redes, Liberdades e Controle: uma genealogia política da internet*. Petrópolis: RJ: Vozes, 2018. p. 34-35).

⁵⁹⁵ Ibid.

⁵⁹⁶ DUPUY, Jean Pierre. *On the Origins of Cognitive Science: the mechanization of the mind*. USA: Mit Press, 2009. p. X.

por meio de nomenclaturas próprias a ramos que, usualmente, não conferem a devida atenção a questões de ordem humanísticas, filosóficas, etc. Nota-se esse fato, por exemplo, em John R. Pierce, ao explicar algumas das características da Teoria da Comunicação: “*In communication theory we consider a message source, such as a writer or speaker, which may produce on a given occasion any one of many possible messages. The amount of information conveyed by the message increases as the amount of uncertainty as to what message actually will be produced becomes greater*”⁵⁹⁷. A análise da Informação, por meio de tal corte, preocupa-se muito mais com as formas e desenvolvimento de seu processamento do que, propriamente, da conjuntura fenomenológica que ocasiona a sua própria origem. Nesse sentido, James Stone, ao explicar o que é informação:

*The universe is conventionally described in terms of physical quantities such as mass and velocity, but a quantity at least as important as these is information. Wheter we consider computers, evolution, physics, artificial intelligence, quantum computation, or the brain, we are driven inexorably to the conclusion that their behaviours are largely determined by the way they process information.*⁵⁹⁸

Ao comentar acerca da Teoria da Comunicação de Claude Shannon, Theodore Roszak, acadêmico americano crítico da supervalorização dos processos informáticos e tecnológicos das últimas décadas, é bastante enfático sobre as insuficiências atinentes ao conceito de informação explorado por esta e outras teorias afetas: “*information is no longer connected with the semantic content of statements. Rather, information comes to be a purely quantitative measure of communicative exchanges, especially as these take place through some mechanical channel which requires the message to be encoded and then decoded*”⁵⁹⁹. Para o autor americano um dos principais fatores que explicam essa conjuntura é a valorização do aparato tecnológico, que enxerga na informação o seu principal combustível, em detrimento do próprio conteúdo: “*the main concern of those who use information theory is with apparatus, not content*”⁶⁰⁰.

⁵⁹⁷ PIERCE, John R. *An introduction to information theory: Symbols, Signals and Noise*. New York: Dover Publications, Inc., 1980. p. 23.

⁵⁹⁸ STONE, James. *Information Theory: A Tutorial Introduction*. New York: Sebtel Press, 2015. p. 1.

⁵⁹⁹ ROSZAK, Theodore. *The cult of information: A neo-luddite treatise on high-tech, artificial intelligence and the true art of thinking*. California: University of California Press, 1994. p. 11.

⁶⁰⁰ Ibid. p. 16.

Como dito, essa conjuntura pesa sobre o autor, ao menos sobre a sua visão mais romantizada, da mesma forma que a reprodutibilidade técnica de Benjamin. A partir do momento em que se enfatiza os processos, em detrimento do conteúdo, há um obscurecimento do autor, como constructo da modernidade. Essas questões exercem uma força de pressão, sobretudo, em relação ao sistema do Direito Autoral europeu, cuja base histórica é calcada na figura do autor. Mas não só. Mesmo no sistema anglo-saxão a figura do autor, melhor, do inventor, também exerce papel importante, em especial na Inglaterra e nos Estados Unidos. Ocorre, contudo, que essa “posição privilegiada”, muito mais do que decorrer da importância que os próprios sistemas direcionam a essas figuras, acoplam-se a questões de ordem econômica, este sim o imperativo superior que guia os direitos de propriedade intelectual.

As questões analisadas que derivam, de forma concomitante, das Teorias da Informação, da Comunicação, da Cibernética, da Computação, da Digitalização, entre outros, funcionam, a nosso ver, como uma espécie de “extensão tecnológica” em relação às reflexões realizadas por Walter Benjamin exploradas no tópico anterior. Elas funcionam, assim, como elementos de potencialização da conjuntura apresentada pelo autor alemão, tendendo, com isso, a tornar ainda mais emblemática a crise da autoria. Ao fim e ao cabo, essa nova conjuntura tecnológica igualmente funciona como base da massificação dos bens protegidos pela propriedade intelectual, reproduzidos e disseminados, agora, não por meio mecânicos, mas por meio de arquivos digitais. Não deixa de ser, dessa forma, também uma espécie de reprodutibilidade técnica, nos moldes até aqui explorados, somado a elementos afetos a nova conjuntura. Nesta, a obra transforma-se em informação, que ingressa no fluxo de emissão e recepção, tendo como inimigo o ruído no meio do caminho (que poderia ser considerada, em uma analogia possível, uma espécie de reprodução não autorizada).

2.3.4 Software, Open Source e a “autoria digital”

Nesse momento, buscaremos analisar aquela que pode ser considerada a iniciativa que melhor instrumentaliza algumas das reflexões exploradas nos últimos dois tópicos: o movimento do Software Livre e o modelo de negócio do *Open Source*. Esses temas, vale salientar de antemão, podem ser analisados a partir de diferentes perspectivas. Eles podem ser

estudados como forma de reforçar o avanço tecnológico em direção à horizontalidade comunicativa; como modelo de negócio que rivaliza, nessa condição, com o software proprietário; como base da pretensa “economia do compartilhamento”; como elemento de cibersegurança; como experiência acerca do comportamento altruísta; e, sendo esse o tema foco do presente tópico, como criação de “autoria” diluída.

Esses fenômenos, dessa forma, concretizam, ao menos em parte, o movimento de pulverização da concepção de autor, cuja fonte é naturalmente centralizada em sua figura, em prol da criação que decorre da participação de inúmeros agentes, que contribuem para um fim específico compartilhando seus conhecimentos e habilidades, muitas das vezes sem que exista contrapartida financeira direta. Apesar de ambos oferecem bons elementos no que tange à análise aqui proposta sobre a autoria, é importante frisar, desde logo, que tratam-se de noções diferentes: O Software Livre é um movimento surgido nos Estados Unidos, de cunho moral, cujo fundamento era de contrapor o nascente “mercado” de software, que se baseava na impossibilidade de acesso aos códigos dos programas. O seu idealizador, o americano Richard Stallman, defendia, assim, a liberdade de qualquer terceiro em modificar o programa, atendendo as suas necessidades, julgando como sendo imoral qualquer iniciativa que bloqueasse o acesso. Esses são os já famosos pilares do movimento:

- 1) *You have the freedom to run the program, for any purpose.*
- 2) *You have the freedom to modify the program to suit your needs. (To make this freedom effective in practice, you must have access to the source code, since making changes in a program without having the source code is exceedingly difficult.)*
- 3) *You have the freedom to redistribute copies, either gratis or for a fee.*
- 4) *You have the freedom to distribute modified versions of the program, so that the community can benefit from your improvements.*⁶⁰¹

Já o *open source*, apesar de partir da mesma base conceitual do software livre, ele distancia-se deste na medida em que se posiciona mais como modelo de negócio, em si, oferecendo uma alternativa de mercado ao software proprietário, do que como movimento político. Nesse sentido, explica Yochai Benkler: “*Free software is about freedom (“free as in*

⁶⁰¹ STALLMAN, Richard. *Free Software, Free Society*. 2. ed. New York: Free software Foundation, Inc., 2010. p. 20.

*free speech, not free beer” is Stallman’s epitaph for it). “Open-source software” was chosen as a term that would not carry the political connotations. It was simply a mode of organizing software production that may be more effective than market-based production”⁶⁰². O *open source*, assim, está fundado na ideia de que a possibilidade de acesso ao código dos programas possibilita que o usuário (ou empresa) contribua ao seu desenvolvimento não somente como forma de atender suas necessidades específicas, não observadas, em princípio, por modelos mais padronizados oferecidos pelos fornecedores dos programas proprietários, mas também como forma de trazer mais segurança ao programa. Seguindo as lições de Eric Raymond, em resumo, essas seriam suas vantagens: a) confiabilidade, estabilidade e escalabilidade; b) correções por meio de revisões compartilhadas; c) controle do programa pelo usuário/empresa; d) maior robustez no sistema de comunicação; e) engenharia a partir de conhecimento comum e acessível⁶⁰³.*

O aspecto central, nesse momento, dando seguimento a linha de raciocínio explorada até aqui, é de compreender tal modalidade de desenvolvimento de software como uma ferramenta que possui uma autoria difusa ou, aos mais entusiastas da prática, como uma autoria colaborativa. Nesse contexto, passa-se a deslocar, em princípio, a concepção do autor como criador individual, detentor único das reflexões que resultam na obra, para uma noção de autoria que o considera como colaborador para um fim maior. Sob essa nova dinâmica, que se manifesta de forma mais clara no desenvolvimento do *open source*, não há que se falar no desaparecimento do autor, *per se*, mas do recrudescimento de um autor cuja importância resulta na capacidade de aprimoramento de um desenvolvimento coletivo prévio, por meio de suas habilidades específicas que contribuem para o funcionamento eficiente do todo. É nesse contexto que se instrumentaliza a relação de aproximação entre autor x público ou, mais especificadamente, de desenvolvedor x usuário, sendo este, na perspectiva do objeto de análise, considerado como co-desenvolvedor: “*Users are wonderful things to have, and not*

⁶⁰² BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks: how social production transforms markets and freedom*. London: Yale University Press, 2006. p. 66.

⁶⁰³ RAYMOND, Eric. *The Cathedral and the Bazaar: Musings on Linux and Open Source by an Accidental Revolutionary*. USA: O’Reilly Media, 1999. p.146.

just because they demonstrate that you're serving a need, that you've done something right. Properly cultivated, they can become co-developers"⁶⁰⁴.

A crise de autoria nesse contexto manifesta-se muito menos como um fenômeno radical, e mais como uma conjectura que problematiza os seus fundamentos mais tradicionais. Mesmo nesse ramo, a associação de determinadas iniciativas a figuras específicas se mantém, vide Linus Torvalds, considerado, no senso comum, como inventor-criador-idealizador do sistema operacional Linux, ainda que também sobre ele pese o fato de que o desenvolvimento do programa apenas se deu a partir de conhecimentos prévios: "*Linus Torvald, for example, didn't actually try to write Lunux from scratch. Instead, he starred by reusing code and ideas from Minix, a tiny Unix-like operating system for PC clones*"⁶⁰⁵.

Em famosa obra que trata do assunto, Eric Raymond, autor ícone do Software Livre e do Open Source, desenvolve a questão a partir da analogia entre uma catedral e um bazar. Segundo o autor, o modo de desenvolvimento baseado na noção de "Catedral" estrutura-se a partir de uma fonte centralizada de conhecimento, cujas informações são controladas por poucos: "*It takes months of scrutiny by a dedicated few to develop confidence that you've winkled them all out*"⁶⁰⁶. Já o desenvolvimento na modalidade "Bazar", a seu turno, alarga o espectro de conhecimento levado em consideração ao desenvolvimento do programa, que decorre da participação ativa e difusa de diversos usuários que monitoram o programa encontrando inconsistências, buscando melhorias, etc: "*In the bazaar view, on the other hand, you assume that bugs are generally shallow phenomena – or, at least, that they turn shallow pretty quickly when exposed to a thousand eager co-developers pounding on every single new release*"⁶⁰⁷. A lógica desse processo, no fundo, é bastante simples: quanto maior o número de pessoas trabalhando no desenvolvimento do software, mais robusta tende a ser a sua estrutura; e quanto maior o número de usuários contribuindo para o projeto, menor a dependência de que a sua eficiência fique sob supervisão de um grupo reduzido, ou mesmo, sob a responsabilidade de uma pessoa. Esse processo, contudo, não está imune a conflitos. O

⁶⁰⁴ Ibid. p. 26.

⁶⁰⁵ Ibid. p. 24.

⁶⁰⁶ Ibid. p. 31.

⁶⁰⁷ Ibid.

próprio Eric Raymond elenca quatro principais⁶⁰⁸: a) quem define as decisões vinculantes em relação ao projeto? b) Quem deve ser considerado como merecedor de crédito ou responsabilizado por eventuais equívocos? c) como reduzir a duplicação de esforços em relação ao desenvolvimento do programa? d) como definir qual é a direção correta?

Existe, nesse processo, um obscurecimento da unidade criativa em função do todo, não somente pela base “filosófica” desse tipo de iniciativa, mas também, pelo volume de informações trocadas entre suas partes (que geraria uma espécie de entropia cuja identificação exata da fonte – “autor” – se mostraria dificultosa). Tais projetos, a bem dizer, operam como verdadeiros ecossistemas abertos que procuram, ao menos esse é o ideal, estabelecer um ambiente em que o fluxo informacional tenha o menor número de barreiras possíveis. Benkler, em famoso ensaio em que realiza comparações entre o modo de produção compartilhado com os elementos tradicionais advindos da firma e do mercado, diz: *“Peer production has an advantage over firms and markets because it allows larger groups of individuals to scour larger groups of resources in search of materials, projects, collaborations, and combinations than is possible for firms or individuals who function in markets”*⁶⁰⁹. Assim como firmas e mercados, a autoria ingressa, nesse sentido, como um fator de bloqueio ao livre fluxo informacional, sendo mais um elemento apto a gerar, nos termos de Benkler, custo de transação na produção, ainda que mesmo dentro desses ecossistemas também se busque equiparar tal cenário ao da autoria tradicional. Em sua página acerca das iniciativas *open source*, a empresa americana Google assim define a questão da autoria, aproximando-se, curiosamente, da própria noção da autoria “tradicional”:

While 17 U.S.C. § 101 defines many different types of works, most important for open source projects is the distinction between a standard, monolithic work of authorship and a collective work of authorship. A collective work is a work like a periodical or anthology that consists of separate, identifiable parts. Each part can be authored by an individual, independent author. A traditional example of a collective work is an anthology of short stories written by different authors. If a work qualifies as a collective work, the

⁶⁰⁸ Ibid. p. 99.

⁶⁰⁹ BENKLER, Yochai. Coase’s Penguin, or, Linux and The Nature of the Firm. *The Yale Law Journal*, v. 4, n. 3, p. 9, Aug., 2002.

*copyright ownership of its constituent parts is held by the individual authors of those parts.*⁶¹⁰

Ao menos em ambientes tecnológicos que priorizam modelos de produção baseados em modelos *open source*, a concepção tradicional de autoria permanece em cheque. É importante lembrar, aliás, que alguns projetos que operam nessa modalidade, usando o sistema operacional GNU/Linux, são regidos por um termo denominado *Copyleft*, que busca manter livres as modificações futuras realizadas com base no sistema, com o objetivo de “dar a *todos* os usuários a liberdade de redistribuir e modificar o software GNU”⁶¹¹. Dessa forma, a modificação futura permanece passível de alteração por qualquer usuário, mantendo a integridade “filosófica” do software livre que é a de manter a possibilidade de que qualquer usuário tenha legitimidade para alterar o código, sobretudo, para fins de melhorias. O conceito de autor, apesar de sua importância, mesmo nessa área, ainda enfrenta certa resistência de compatibilização, isso no mínimo, já que também existem visões, como já explorado, que tendem a seguir a linha da completa reconfiguração dessa concepção nesse modelo de produção:

*The author is barely mentioned in copyleft, despite playing a prominent role in the system. This marked absence in free art contracts unfortunately conceals the importance of the author figure in the philosophical model of copyleft. From open source to art, a radically new view of creation has been mapped out, within which not only the location of the author, but also the location of the work and the user, have been shifted and reconfigured.*⁶¹²

A discussão sobre a crise da autoria, ao menos nos moldes mais contemporâneos relativos ao *open source*, não resulta de um esforço deliberado que busca contrapor a figura do autor, *per se*. O que acontece, na verdade, é que o modo de produção “colaborativo” não confere ênfase ao autor, senão, contrariamente, ao resultado que advém da coletividade, visando ela própria na condição de ecossistema orgânico, dinâmico, com livre fluxo informacional. Não se trata, nesse sentido, de dizer que o autor não existe. Seria, a nosso ver, um tanto quanto excessivo. Ocorre, contudo, que ele, como fonte individual de inspiração, não

⁶¹⁰ Disponível em: <https://google.github.io/opencasebook/authorship/> Acesso em: 10 out. 2019.

⁶¹¹ Disponível em: <https://www.gnu.org/licenses/copyleft.pt-br.html>. Acesso em: 12 out. 2019.

⁶¹² DUSOLLIER, Severine. Open Source and Copyleft: Authorship Reconsidered. *Columbia Journal of Law & The Arts*, v. 26, p. 288, 2003.

detém mais sua posição privilegiada de outrora, especialmente na ocasião de modelos alternativos que não são embasados na sua valorização. O que se quer dizer, em verdade, é que trata-se, apenas, de modelos cujos fundamentos destoam daqueles existentes na obra criativa tradicional, inclusive no que diz respeito a sua monetização: “*Alternative approaches such as Copyleft, the General Public License for open source software and the Creative Commons licenses challenge the utilitarian economic theory that exclusive rights are needed as an incentive to stimulate cultural production and distribution*”⁶¹³.

Os processos em análise traduzem aquilo que alguns estudiosos do assunto denominam, já há algum tempo, como “*authorship without ownership*”⁶¹⁴. Essa denominação, a bem dizer, resume muitos dos pontos que já foram apresentados nesse tópico. O seu argumento principal caminha no sentido de buscar desassociar o conceito de autoria com o de propriedade: “*The nineteenth century both demonstrates that complexity and casts doubt on any assumption that authorship and ownership must go hand in hand*”⁶¹⁵. Muitos dos pontos explorados até aqui caminham justamente nesse sentido: de compreender a produção colaborativa como uma forma que privilegia o acesso à informação, sem necessariamente desestruturar a noção de autoria, em detrimento da sua disseminação *apenas* na condição de propriedade que, com ela, traz o seu caráter de restrição e permissão de acesso.

Esse aspecto, na verdade, é essencial. Parte da visão da crise da autoria, em especial no modo de produção do *open source*, decorre justamente da dificuldade da separação entre a autoria e a propriedade, como se ambos apenas tivessem sua existência na conexão direta com o outro, sobretudo a autoria em relação à propriedade. Em outras palavras, a autoria, em princípio, apenas teria razão de ser se a criação dela advinda fosse considerada como propriedade, o que permitiria a sua monetização e restrição de acesso. Modelos como o *open source*, ao fim e ao cabo, buscam enfatizar não a falta de importância do autor, em si, até porque o conhecimento que contribui para a formação do todo não surge no vácuo, mas um

⁶¹³ GUIBAULT, Lucie; ANGELOPOULOS, Christina. *Open Content Licensing: From Theory to Practice*. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2011. p. 19.

⁶¹⁴ ZIMMERMAN, Diane Leenheer. Authorship without ownership: reconsidering incentives in a digital age. *DePaul Law Review*, v. 52, p. 11-21, 2003.

⁶¹⁵ *Ibid.* p. 6.

modelo alternativo de monetização que confere menos importância à configuração rígida de propriedade, enxergando sua atratividade econômica justamente no acesso por terceiros.

Eventuais críticas ou construções teóricas que têm como alvo a autoria, na verdade, encontram-se presos, muitas vezes, a essa conexão estanque entre autoria e propriedade. É bem verdade que tais iniciativas não realçam a posição do autor, o que não significa que ela deixe de existir. Mesmo existindo, não se pode negar, contudo, que ela ainda sofra por não localizar uma posição privilegiada, ao menos, porque não é mais sobre ela que o sistema de produção colaborativa se estrutura. A autoria sustentada na apropriação e na proliferação por meio de cópias, pouco importando se de natureza física ou digital, tende a sair de cena em tais iniciativas, em prol de uma autoria remodelada e adaptada ao paradigma colaborativo: *“The author as depicted by Kant steps aside in favor of a deconstructionist vision of the work and authorship that justifies appropriation, copying, and proliferation [...] The legal model of copyleft is not about the death of either the author [...] the freedom to modify and disseminate the work occurs only by recourse to the exclusive right of the author”*⁶¹⁶. Não se busca dizer, com isso, que a autoria passa a deter a mesma influência, apenas em outro paradigma. Ela só não “morre”, mas mantém-se “obscurecida”⁶¹⁷, até em virtude da própria natureza tecnológica e do volume informacional.

Mas existem diversos temperamentos possíveis, e pertinentes, quanto a essa questão. No fundo, com a absorção de tudo pelo mercado, no limite, acaba sendo ele, quer queira-se, quer não, o fiel da balança em relação ao rumo dessa discussão. Em outras palavras, no presente escopo, será o mercado, assim como fez, em parte, com a questão do próprio modelo *open source*, quem definirá a importância ou não (econômica) da autoria, inclusive com o recrudescimento desses modelos de produção que, diga-se de passagem, já não é tão nova. Há quem defenda, aliás, e com razão, que da mesma forma que a autoria, no seu sentido de criação do espírito individual, é romantizada, também seria a ideia da criação coletiva nos

⁶¹⁶ DUSOLLIER, Severine. Open Source and Copyleft: Authorship Reconsidered. *Columbia Journal of Law & The Arts*, v. 26, p. 294-295, 2003.

⁶¹⁷ *“Nevertheless, copyleft tarnishes Kant’s authorship model. Once the work is made available to the public, the formerly unwavering link to the author becomes blurred. The author is no longer considered “the initiator of the collective work. Furthermore, the integrity of the work – that element which reflects authorial personality and justifies and extensive moral right in Continental doctrine – no longer means much”.* (Ibid. p. 294-295).

moldes aqui explorados: “*The romantic collective author is authoritative; it mediates between text and society. In individual form, the romantic author has a unique privilege to define what counts as legitimate knowledge through a larger-than-average vision and grasp, and thus can influence, if not define, cultural norms*”⁶¹⁸.

De qualquer forma, o movimento do Software Livre e os modelos de produção *Open Source* instrumentalizam, com aporte tecnológico, a concepção da autoria coletiva. A problematização da autoria por meio desses exemplos apenas segue um caminho cujas reflexões iniciaram-se com Walter Benjamin e, com o tempo, se potencializaram com o desenvolvimento tecnológico. A crise, a partir dessa análise, decorre, entre outras coisas, de dois pontos principais: a) dificuldade de desassociação da autoria como elemento de apropriação pela propriedade; e b) problemas de identificação do autor em meio a produções baseadas em alto fluxo informacional, com grande quantidade de informação.

2.3.5 Pós-modernismo, informação e a pretensa Inteligência Coletiva

As questões que foram analisadas nessa parte do trabalho, nomeadamente, a análise da crise da propriedade intelectual sob uma perspectiva de autoria, não deixam de decorrerem, direta ou indiretamente, de influências gerais que advém de movimentos mais conjecturais da própria sociedade ocidental. O presente tópico, que busca encerrar a parte que procurou tratar da autoria, pretende, assim, apresentar breves reflexões que serão importantes em contextualizar os pontos explorados até aqui, demonstrando a forma de como tais movimentos interferem no corte aqui proposto. Muitas das questões analisadas até o momento, como comunicação, coletividades criativas, teoria da informação, *software* livre, *open source*, etc, serão aqui brevemente analisadas na condição de manifestações concretas que se interligam a planos macros. Em resumo, ainda dentro do tópico anterior, essa é a premissa:

⁶¹⁸ CHON, Margaret. The Romantic Collective Author. *14 VAND. J. ENT. & TECH. L.* 829, p. 847, 2012.

*This new landscape is not so far afield from the notions of post-structuralism and postmodern literary critique that have deconstructed the concepts “work” and “author”. The analogy between the postmodern aesthetic and the legal model of copyleft has not yet been sufficiently stressed. In fact, copyleft may be a better translation of the postmodern space of creation than copyright. The juxtaposition of notions of the author, the work and the user, concepts at the heart of both the free art model and the reflections of Foucault and Barthes, guides us in the ensuing analysis.*⁶¹⁹

Essa passagem da autora francesa Severine Dusollier é extremamente feliz e inspirada, pois atinge o âmago da conexão entre os temas aqui trabalhados com os movimentos mais amplos da sociedade. Parte do aspecto central dessa análise advém da problemática atinente à visualização do sujeito como fonte importante de sentido, que se enquadra no dualismo entre estruturalismo e pós-estruturalismo: “*While structuralism bracketed or eliminated the human subject as a source of meaning, post-structuralism reorients the issue and declares the subject not the master of meaning*”⁶²⁰. O formalismo que endossa as “estruturas”⁶²¹ poderia muito bem se encaixar naquilo que Pierry Levy, entusiasta do cibercultura, define como sendo as hierarquias burocráticas: “As hierarquias burocráticas (fundadas na escrita estática), as monarquias midiáticas (“surfando” na televisão e no sistema de mídias) e as redes internacionais da economia [...] só coordenam parcialmente a inteligência”⁶²².

O autor e a noção de autoria sofrem para se enquadrar nas teses do pós-modernismo e do pós-estruturalismo justamente porque elas não apenas eliminam a possibilidade de caracterização de uma fonte uníssona de sentido, como também, descaracterizam a legitimidade do discurso que, salvo melhor juízo, apenas consegue subsistir quando da própria justificação da existência da figura do autor, algo em princípio incompatível com a pós-modernidade: “Na Sociedade e na cultura contemporânea, sociedade pós-industrial, cultura pós-moderna, a questão da legitimação do saber coloca-se em outros termos. O grande

⁶¹⁹ DUSOLLIER, Severine. Open Source and Copyleft: Authorship Reconsidered. *Columbia Journal of Law & The Arts*, v. 26, p. 288, 2003.

⁶²⁰ MICHEL, Johann. *Ricoeur and the Post-structuralists: Bourdieu, Derrida, Deleuze, Foucault, Castoriadis*. USA: Rowman & Littlefield International, 2014. Preface xii.

⁶²¹ Ibid. Preface xv.

⁶²² LEVY, Pierre. *A Inteligência Coletiva: por uma antropologia do ciberespaço*. Tradução Luiz Paulo Rouanet. 10. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015. p.15.

relato perdeu sua credibilidade”⁶²³. Não se trata, ao menos segundo Lyotard, do esfacelamento completo do sujeito, mas de seu rebaixamento a elemento que simplesmente *integra* o desenvolvimento do saber: “o verdadeiro saber é sempre um saber indireto, feito de enunciados recolhidos e incorporados ao metarrelato de um sujeito que assegura-lhe legitimidade”⁶²⁴.

Pierre Levy, em sua obra *Inteligência Coletiva*, tende a ofuscar decisivamente a figura do sujeito e, conseqüentemente, a do autor: “tornou-se impossível reservar o conhecimento, até mesmo seu movimento, a classes de especialistas. É o conjunto do coletivo humano que deve, daqui por diante, se adaptar, aprender e inventar para viver melhor o universo complexo e caótico em que passamos a viver”⁶²⁵. Seguindo por essa linha de raciocínio, o autor francês não hesita em comparar aquilo que denomina como inteligência coletiva com as sociedades empresariais anônimas⁶²⁶, compostas por inúmeros acionistas que formam o todo, mas que são, em grande parte, despersonalizados. É importante ponderar, contudo, que o autor, em determinadas ocasiões, faz questão de ressaltar que a nova realidade da inteligência coletiva traz apenas novas formas de produção de saber, sem deixar de considerar aquelas que advêm do modelo tradicional que aposta em sua origem a partir do sujeito-autor. Contudo, a nosso ver, o autor não consegue se livrar, por completo, da ideia de um movimento mais radical: “A multimídia interativa com suporte digital, por exemplo, apresenta explicitamente a questão do fim do logocentrismo, da destituição de certa supremacia do discurso sobre os outros modos de comunicação”⁶²⁷. E, diga-se de passagem, com importantes doses de determinismo tecnológico: “A inteligência coletiva em tempo real e em grande escala necessita da infraestrutura técnica adequada”⁶²⁸.

Nesse cenário, tudo parece se transformar em informação e signos, em um ambiente de fluxo dinâmico e não estável: “todo o real é passado para o lado do signo. Os

⁶²³ LYOTARD, Jean François. *A Condição Pós-Moderna*. Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. 16. ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 2015. p. 69.

⁶²⁴ Ibid.

⁶²⁵ LEVY, Pierre. *A Inteligência Coletiva*, 2015, op. cit., p. 25.

⁶²⁶ Ibid. p. 96.

⁶²⁷ Ibid. p. 107.

⁶²⁸ Ibid. p. 59.

fatos, as pessoas, as obras são signos”⁶²⁹. Em tal contexto, o autor e a sua obra passam a ser fontes não mais de conhecimento, como elemento formador de cultura, mas de informação, na condição de substância “líquida” que, não obstante comporem o todo, nele também se perde. O efeito colateral dessa conjuntura, potencializada por aquilo que o sociólogo francês Jean Baudrillard classificava como “Ecstasy da Comunicação”⁶³⁰, é nada menos do que aquilo que já se reconhece no senso comum como sendo as famosas *Fake News*. Em outras palavras, com a explosão comunicacional, estruturada em um fluxo informacional em constante movimento, como seria possível identificar núcleos ou sujeitos formadores de sentido? André Lemos, professor da Universidade Federal da Bahia, em conjunto com Pierre Levy, apesar de reconhecer essa questão⁶³¹, ou seja, o caos informacional que advém dessa realidade, aposta em uma espécie de alternativa calcada em um processo de “nova mediação”, sem que se possa entender muito bem onde se enquadraria o sujeito-autor: “O que conservadores “críticos” não veem é que não se trata de subtração ou substituição de uma mediação pela outra, mas de um processo de adicionar complexidade e oferecer formas novas de colaboração, comunicação e conhecimento”⁶³².

O que seria a *Fake News*, e nesse contexto parece oportuna a analogia, senão informação *pirata*? Ou seja, informação cuja falsidade se instrumentaliza tanto na dissimulação da autoria quanto na fabricação não autêntica do conteúdo? Esse fenômeno, dessa maneira, representa o ápice das reflexões exploradas até aqui, porque tende a estabelecer um cenário, na sua interpretação mais radical, de manifesta simulação. Jean Baudrillard, também famoso por cunhar esse termo, ao explicar o fenômeno da implosão, dizia: “*implosion – an absorption of the radiating mode of causality, of the differential mode of determination, with its positive and negative charge – an implosion of meaning. That is where simulation*

⁶²⁹ Ibid. p. 147.

⁶³⁰ “*The discourse of truth is quite simply impossible. It eludes itself. Everything eludes itself, everything scoffs at its own truth, seduction renders everything elusive [...] The present system of dissuasion and simulation succeeds in neutralizing all finalities, all referentials, all meanings, but it fails to neutralize appearances*”. (BAUDRILLARD, Jean. *The Ecstasy of Communication*. USA: Semiotext(e), 2012. p. 62).

⁶³¹ “No meio de uma imensa quantidade de informação disponível, cuja maior parte é de qualidade duvidosa, como se reconhecer? A situação não seria pior que antigamente? E ela não beneficiaria os privilegiados da sorte e da educação que saberão sempre se encontrar nesse caos, enquanto a maioria das pessoas estará fadada a errar em enormes zonas da mediocridade e da demagogia?”. (LE MOS, André; LEVY, Pierre. *O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia*. São Paulo: Paulus, 2010. p. 91. (Coleção Comunicação)).

⁶³² Ibid. p. 92.

begins”⁶³³. Essa implosão de sentido, de um modo geral, faz desaparecer a referencialidade, e com ela, a identificação do sujeito-autor, que se perde na entropia (“*degree zero of meaning, triumph of entrop*”⁶³⁴).

Voltando para Levy, a instabilidade do fluxo dentro da perspectiva da inteligência coletiva (“O mundo de um intelectual coletivo não tem nada de estável e objetivo”⁶³⁵) leva a crer, como consequência lógica, que ela atinge em cheio o autor. Dito de outra forma, a partir do momento em que “nada é estável”, disso não escaparia a figura do autor, ou seja, por meio dessa tese, é como se ele, o autor, não pudesse se corporificar, senão, quando muito, na condição de signo informativo (visual). A concepção de autor, acredita-se, pode se confundir com as próprias perquirições atinentes ao que é o real. Não que se parta do pressuposto que seja possível, ao autor, cobrir a totalidade da realidade. Na verdade, o real, em princípio, representaria a mediação epistemológica que só poderia ser realizada pelo autor. Guy Debord, citando Fauerbach, lembra, nessa linha: “E sem dúvida o nosso tempo... prefere a imagem à coisa, a cópia ao original, a representação à realidade, a aparência ao ser... Ele considera que a ilusão é sagrada, e a verdade é profana”⁶³⁶. Assim, a “imagem”, a “cópia”, a “representação” e a “ilusão”, nesse contexto, representam, igualmente, a queda do autor.

De qualquer maneira, frise-se uma vez mais, soaria um tanto quanto radical cravar que o autor não existe mais, ou que perdeu a sua função por completo. O que se questiona, e daí surge parte da controvérsia relativa a sua crise, sobretudo dentro do universo da propriedade intelectual, é a pulverização da sua concepção mais rigorosa, baseada em sua “aura”, assim como o seu descolamento, segundo algumas correntes, como aquelas que analisamos brevemente nesse tópico, que descolam o autor de sua posição central como formador de sentido⁶³⁷, para agente que se perde na entropia informacional e de sentido.

⁶³³ BAUDRILLARD, Jean. *Simulacra and Simulation*. Michigan: Ann Arbor The University of Michigan Press, 1994. p. 31.

⁶³⁴ *Ibid.* p. 87.

⁶³⁵ LEVY, Pierre. *A Inteligência Coletiva: por uma antropologia do ciberespaço*. Tradução Luiz Paulo Rouanet. 10. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015. p. 25.

⁶³⁶ DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo: comentários sobre a sociedade do espetáculo*. Tradução Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016. p. 13.

⁶³⁷ “*The idea of source unity is shattered by post-structuralism and the postmodern aesthetic. For Barthes, the author is dead. For Foucault, the function of the author must be re-evaluated. Both Barthes and Foucault*

2.4 A crise sob a perspectiva econômica

Ingressa-se, nesse momento, em um dos pontos mais importantes do trabalho que é a crise de uma perspectiva econômica. A propriedade intelectual, e tangenciou-se esse ponto já em diversas oportunidades até aqui, ingressou de forma decisiva no capitalismo de mercado, transformando-se, sobretudo no decorrer do século XX, em elemento fundamental do sistema capitalista contemporâneo, em especial, com a ascensão de estruturas de negócio que distanciam-se dos modelos tradicionais fundados em bens duráveis e gerenciados, outrora, sob a plataforma daquilo que se convencionou denominar de capitalismo industrial. É essa a virada, aliás, que ajuda a explicar, ao menos de ponto de vista econômico, mas sempre interferindo decisivamente na modelagem da sua estrutura jurídica, a internalização da propriedade intelectual.

A formação da propriedade intelectual, na condição de produto socio-cultural (cujo desenvolvimento passa pelas crises aqui exploradas), confunde-se especialmente com o próprio desenvolvimento do capitalismo, sendo seguro dizer que, em grande parte, se traduz como seu resultado direto e almejado. Ao se analisar o capitalismo por meio de um olhar histórico, sobretudo dentro de um quadro de análise que privilegia a “onda larga”, ou seja, de desenvolvimento lento e complexo, é possível localizar elementos essenciais em sua estrutura nos sistemas mercantil, industriário e financeiro. Explica-se. Tomando como corte a ascensão da prensa como fato importante do ponto de vista econômico, ela acompanharia, *pari passu*, as próprias experiências da fase inicial do capitalismo, tendo o editor e (ou) impressor, por exemplo, como mais um dos mercadores cujos produtos eram os livros.

A Revolução Industrial, para os efeitos ora analisados, é importante, a nosso ver, menos porque incorporou as noções de propriedade intelectual em seu sistema, uma vez que já

*mandate re-examination of the centrality of the author as the sole source of textual meaning. The shockwave has reverberated through the arts, resulting in certain theories of copyright that contest authorship as a criterion for protection of the work. Such theories alternatively denounce the fiction of the author as the sole source of originality, justify artistic practices of appropriation, or stress current modes of collective creation and free exchange of work”. (DUSOLLIER, Severine. Open Source and Copyleft: Authorship Reconsidered. *Columbia Journal of Law & The Arts*, v. 26, p. 292, 2003).*

havia sido fundidos com a própria prensa (com seu pilar de reprodução em massa)⁶³⁸, e mais porque desenvolve, com o tempo, a noção da grande empresa transnacional. Esta, que dentro do sistema, passa a instrumentalizar o ímpeto pela comoditização, ou seja, a inclinação dramática em transformar tudo em substância apta a oxigenar o mercado, em busca de lucro, também se desenvolve em um processo de acoplamento com as noções da propriedade intelectual, sobretudo, no que diz respeito ao desenvolvimento dos departamentos de pesquisa e desenvolvimento, cujas primeiras teorizações surgem na virada do século XIX para o século XX, e, em momento posterior, com o processo de internalização pela grande empresa do processo de comoditização da informação. Este aspecto, aliás, é fundamental no século XX.

Já em sua segunda metade, alguns autores como Fritz Machlup (*The Production and Distribution of Knowledge in the United States*) e Kenneth Arrow (*The economics of information*), contribuem de forma decisiva para incorporar esse movimento de comoditização da informação-conhecimento no campo teórico, lembrando que, por ora, esses termos serão utilizados de modo intercambiável. Basicamente, eles teorizam e problematizam essa questão a partir do corte eminentemente econômico, auxiliando no estabelecimento de sua estrutura econômica que, futuramente, e naturalmente, acoplou as noções de propriedade intelectual (vide mais recentemente, por exemplo, Richard Posner no seu *The Economic Structure of Intellectual Property*). Esses autores, assim, embasam e, de alguma forma, formalizam um movimento que, aos poucos, foi surgindo naturalmente no mercado se descolando, aos poucos, da materialização, em si.

Esse contexto, em resumo, consolida os direitos de propriedade intelectual como parte de um ecossistema meramente econômico, advindo, intuitivamente, do sistema de propriedade intelectual anglo-saxão. Em outras palavras, os direitos de propriedade intelectual, assim, passam a ter como razão de ser, ao menos em grande medida, as justificativas econômicas, sendo o direito, nesse contexto, o campo em que os conflitos (econômicos)

⁶³⁸ O que se busca dizer, com essa afirmação, é que se considerarmos a prensa, como o faz, por exemplo, Elizabeth Eisenstein, como uma espécie de presságio da própria Revolução Industrial, quase que como uma “primeira experiência”, é seguro afirmar que a propriedade intelectual vem antes da revolução, não apenas do ponto de vista cronológico, mas do ponto de vista *industrial*. Ela estava em meio, em outras palavras, a condições que reproduziram elementos importantes que viriam a ser potencializados pela revolução, nas dela própria.

tendem a ser mediados, conflitos esses compostos por agentes econômicos, sobretudo as empresas. De quebra, aliás, esse movimento sufoca algumas das premissas que fundamentam o sistema europeu, cujo núcleo é o autor, e que independe, como premissa filosófica, das reverberações no espectro econômico (ainda que haja certa aproximação entre ambos, a alavanca, cada vez mais, parte do mercado).

Diante desse cenário, assim, o dinamismo do mercado, que passou, no século XX, a andar de mãos dadas com o progresso tecnológico, gera um estado de constante transformação, algumas mais abruptas do que outras, tornando dificultosa qualquer estabilização das premissas, inclusive jurídicas, que estruturam a propriedade intelectual. A crise de uma perspectiva econômica, com isso, decorre justamente dessa instabilidade do mercado, que, potencializada por algumas “disrupções” tecnológicas e (ou) desenvolvimento de novos modelos de negócio, inviabilizam qualquer tipo de harmonização definitiva, ou ao menos duradoura, dos conflitos econômicos que advém dessa conjectura. Basta analisar, por exemplo, as reverberações econômicas de tecnologias como a fotografia, o rádio, a televisão, o cinema, a internet, etc.

Soma-se a isso o decisivo movimento de comoditização da informação e do conhecimento. Esse processo, que pode ser explicado pela sua dramática inserção no mercado, como bem apto a ser monetizado em suas mais diferentes formas, exerce uma força de pressão substancial em relação à apropriação sobre tudo aquilo que, de alguma forma, tenha valor no mercado e, por conseguinte, demande alocações de investimentos, sobretudo, por parte das empresas. Essa circunstância estabelece uma pressão para que “bens” que não se enquadrem no dito “mundo físico”, ou seja, que não se encaixem, em um primeiro momento, nas regras de propriedade “tradicionais”, sejam, quase que por exclusão, inseridos dentro do universo da propriedade intelectual. E essa pressão, em grande medida, decorre justamente da comoditização e do poder do mercado de moldar a lei para a legitimação de seus interesses.

A força da comoditização sobre “bens” como informação e conhecimento, talvez represente, hoje, a grande tensão existente na relação da propriedade intelectual sob a ótica econômica. Isso ocorre porque a esfera sobre a qual o movimento da comoditização busca

deitar raízes é algo que, mesmo do ponto de vista econômico, é difícil de dimensionar no que tange ao que seria ou não passível de apropriação. Dentro desse contexto, insere-se a complexa análise relativa ao termo *commons*, que ocupará parte importante da análise em razão da sua contribuição na mudança de direção em relação às discussões no âmbito econômico. Esse exame é necessário, em primeiro lugar, para sedimentar o “local de fala” desse termo que, diga-se de passagem, não surge com o advento da digitalização e internet, que apenas reacendem a discussão. Em segundo lugar, ele é importante por demonstrar as posições favoráveis e contrárias à sua consideração como verdadeiro produto do mercado, partindo a controvérsia da sua invariável categorização como bem público.

Superada a discussão dos *commons*, o exame passará a explorar outras conjunturas econômicas que também influenciam o estado de crise atual da propriedade intelectual. De um lado, examinaremos o papel do “acesso” ao conhecimento como formato de consumo atual de entretenimento, em oposição à disseminação de tais produtos por meio da reprodução de cópias de seus respectivos suportes físicos, problematizando a conjuntura econômica que faz com que alguns autores inovem ao proclamar a modificação substancial do *copyright* em direção a um *accessight*. Associado a isso, também ingressando na esfera industrial, explorar-se-á o progresso tecnológico atual que anuncia a sociedade da abundância em razão da redução dramática dos custos marginais de produção, e a interferência dessa conjuntura na propriedade intelectual. Nesse contexto, como forma de trazer robustez à análise, serão também examinados modelos de diferentes naturezas, que passarão por aqueles de características eminentemente proprietárias, aos que adotam as modalidades de acesso livre.

Assim como fizemos nos capítulos que trataram das crises de uma perspectiva tecnológica e de autoria, aqui também examinaremos aquilo que chamamos de dicotomia do controle e acesso, mas agora da perspectiva econômica. Com isso, buscar-se-á analisar a questão do acesso e do controle, principalmente de informação e conhecimento, a partir das formas de monetização de um e de outro. Mais do que isso: analisaremos como os modelos de negócios que se baseiam nas novas formas, por exemplo, de consumo de entretenimento, geram efeitos colaterais, sob o ponto de vista econômico, que induzem movimentos parecidos

com o do Napster no início do século XXI, ou seja, de recomposição na disponibilização das obras como forma de facilitar o acesso.

2.4.1 Ponto de partida: capitalismo e comoditização

O desenvolvimento da propriedade intelectual, como reforçarmos na ocasião da análise da formação do seu paradigma internacional, decorre diretamente das conjunturas sociais, conferindo-se especial ênfase ao próprio desenvolvimento do capitalismo. O aspecto fundamental quando da análise da matéria, sobretudo dos seus primeiros passos rumo a sua estruturação moderna, confunde-se, assim, com o cenário mercantil e econômico que, nos séculos seguintes, iriam se estruturar em direção ao sistema mundial do mercado. Como vimos na primeira parte do trabalho, a prensa, ao ingressar em meio ao ambiente mercantil (ou dele decorrer), se acopla às fases iniciais do capitalismo, causando uma sinergia com resultados conhecidos. Por que o mesmo resultado não foi alcançado quando da invenção da prensa muito antes na China, por exemplo? Braudel apresenta algumas pistas, sobretudo ao eliminar qualquer visão determinística sobre o capitalismo: *“China, I would repeat, is the perfect illustration of the fact that a capitalist superstructure did not automatically emerge out of a thriving market economy with all that that implies”*⁶³⁹.

O capitalismo, que para o historiador francês representava um verdadeiro processo, apenas foi possível, segundo ele, a partir de condições econômicas e sociais que contribuíram seja para fabricar parte de seus eixos fundamentais, ou que ao menos tenham funcionado como elementos facilitadores.⁶⁴⁰ Dentre as condições decisivas, destacava o autor três principais⁶⁴¹: a) expansão vigorosa da economia de mercado, levando-se em consideração,

⁶³⁹ BRAUDEL, Fernand. *Civilization and capitalism: the wheels of commerce (15th-18th century)*. Translation from the French by Siân Reynolds. Vol. II. London: Books Club Associates London, 1979. p. 600.

⁶⁴⁰ Ibid. p. 600.

⁶⁴¹ Ibid. p. 586. Ainda no caso da China, um dos fatores que explicariam a não expansão da economia de mercado seria justamente a sua conjuntura social: *“In China, the chief obstacle was the state, with its close-knit bureaucracy -and I would add the longevity of the state, which while it might collapse at infrequent intervals was always restored to a position much the same as before: heavily centralized, highly moral, maintaining the strict tradition of Confucian morality, frequently revised but in general faithful to its guiding principles, which*

quando favoráveis, os fatores geográfico, demográfico, agrícola, industrial (e aqui tende a se encaixar a prensa) e comercial; b) uma conjuntura social específica baseada tanto na manutenção das hierarquias tradicionais, quanto no contínuo processo de acumulação de riqueza⁶⁴²; c) comércio de longa distância; d) divisão internacional do trabalho; etc.

O argumento de que alguns dos pilares da propriedade intelectual, por exemplo, o *copyright*, ingressam nesse cenário, significa, em outras palavras, que a questão da reprodutibilidade padronizada, as guildas, o comércio de livros, etc, foram moldados dentro de um universo de processos e métodos inerentes às primeiras fases do capitalismo. Nesse sentido, lembra Braudel: “*At every point in its history, it has been the sum of certain methods, instruments, practices, habits of mind, all incontestably cultural goods, which travelled and were exchanged like any other*”⁶⁴³. Dentro de certas condições que lhe servem como plataforma, ou seja, sem que haja condições extremas que simplesmente inviabilizam seu desenrolar, o capitalismo e a economia de mercado são naturalmente versáteis e dinâmicos, sendo sempre temeroso confundir a sua natureza com os modelos de negócios que os abastecem, até mesmo atualmente.

É dentro dessa versatilidade ínsita ao capitalismo que se insere o processo de comoditização e, ao nosso escopo, as explorações de esquemas negociais cuja propriedade acaba sendo legitimada e resguardada pela propriedade intelectual. A comoditização, dessa forma, representa, de um lado, a expansão espacial do mercado, do consumo e da produção; de outro, o movimento sistêmico de incorporação e categorização não somente de cada vez mais bens e serviços no âmbito da produção capitalista, como também, de inúmeras manifestações

committed culture, ideology and religion to its own service. Richard Posner, autor americano conhecido pelos seus estudos em Direito e Economia, também atribui esse fato a visão “historicista” da cultura chinesa: *The absence of copyright law in Imperial China, despite the fact that printing had begun there centuries before it began in the West, has been attributed in part to the emphasis that Chinese culture placed on continuity with the past, and to its suspicion of novelty, both of which attitudes encouraged what we would consider (depending on the precise meaning of the word, on which more later) plagiarism*”. (POSNER, Richard. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003. p. 52).

⁶⁴² BRAUDEL, Fernand. *Civilization and Capitalism*, 1979, op. cit. p. 600.

⁶⁴³ Ibid. p. 555.

da própria vida social⁶⁴⁴. Scott Prudham, professor da Universidade de Toronto, define esse processo como *Stretching & Deepening*: “*The first of these is the development of relations of exchange spanning across greater distances of space and time (market expansion) or stretching. The second is the systemic provisioning of more and more types of things (goods and services) in the commodity-form, or deepening*”⁶⁴⁵. Karl Polanyi, nesse sentido e de forma concisa, entendia que:

*It is with the help of the commodity concept that the mechanism of the market is geared to the various elements of industrial life. Commodities are here empirically defined as objects produced for sale on the market; markets, again, are empirically defined as actual contacts between buyers and sellers. Accordingly, every element of industry is regarded as having been produced for sale, as then and then only will it be subject to the supply-and-demand mechanism interacting with price. In practice, this means that there must be markets for every element of industry.*⁶⁴⁶

Os direitos de propriedade intelectual, e analisaremos isso mais a fundo no próximo capítulo que irá tratar da crise de um ponto de vista político-jurídico, ingressam nessa engrenagem na medida em que legitimam e formalizam os direitos de propriedade⁶⁴⁷ de parte da atividade mercantil, servindo de “guarda-chuva jurídico”, com isso, de uma porção cada vez mais representativa da economia: “*Intellectual property (IP) rights—property rights created through patent, copyright, and trademark law—have become the driving force not only of the U.S. economy, but also of U.S. international relations in general*”⁶⁴⁸. Isso ocorre como resultado direto do processo de comoditização, na exata medida em que criações da esfera eminentemente intelectual deixam de possuir finalidades eminentemente estéticas ou de

⁶⁴⁴ Nesse sentido, as lições de Karl Polanyi mostram-se essenciais: “*For Polanyi the definition of a commodity is something land, labor, and money are fictitious commodities because they were not originally produced to be sold on a market. Labor is simply the activity of human beings, land is subdivided nature, and the supply of money and credit in modern societies is necessarily shaped by governmental policies*”. (POLANYI, Karl. *The Great Transformation: the political and economic origins of our time*. 2. ed. Boston: Beacon Press, 2001. p. xxv).

⁶⁴⁵ PRUDHAM, Scott. Commodification. *Journal a companion to environmental geography*, p.125, 2009.

⁶⁴⁶ POLANYI, Karl. *The Great Transformation: the political and economic origins of our time*, 2001, op. cit. p. 75.

⁶⁴⁷ “*Since the advent of the machine age the situation has changed. The methods of business have, of course, not changed fundamentally, whatever may be true of the methods of industry; for they are, as they had been, conditioned by the facts of ownership. But instead of investing in the goods as they pass between producer and consumer, as the merchant does, the business man now invests in the processes of industry*”. (VEBLEN, Thorstein. *The theory of the Business Enterprise*. New York: Dover, 1994. p. 17).

⁶⁴⁸ BROWN- KEYDER, Virginia. *Intellectual Property: Commodification and Its Discontents*. In: *Reading Karl Polanyi for the Twentieth-First Century*. New York: Palgrave Macmillan, 2007. p. 155.

busca do “bem comum”, para se transformarem em “bens” com valor de troca no mercado: *“During the course of their still solidifying commodification, the evaluation of works and inventions became more and more detached from arguments of traditional aesthetics and public benefits. In the end, the only relevant value remaining was the market-conception of value”*⁶⁴⁹.

É importante observar que o processo de comoditização, sobretudo em relação à propriedade intelectual, atingiu níveis mais generalizados apenas na segunda metade do século XX, não obstante refletir um movimento já de alguns séculos. Essa conclusão não deixa de ser lógica, na medida em que afirmamos que os caminhos de desenvolvimento do capitalismo e da propriedade intelectual se entrelaçam. O cenário de outrora, contudo, reflete um peso da propriedade intelectual como legitimador de propriedade especialmente sobre bens, em um contexto em que a sua materialidade ainda se apresentava como elemento importante de seu universo. Esse fato se explica, em primeiro lugar, em razão do ambiente de dinamismo limitado do capitalismo, que, sobretudo na sua fase industrial, tinha como base não seus modelos, em si, mas a expansão do mercado por meio de produtos padronizados; em segundo, pela dificuldade de acesso aos meios de reprodução por agentes que não fossem os próprios industriários.

Na segunda metade do século XX, entretanto, há uma modificação importante desse cenário. Com o avanço da produção industrial, da cibernética, da computação e da digitalização, sem contar das técnicas de marketing, o ambiente econômico passa a se beneficiar de uma plataforma tecnológica global que possibilita maior difusão e acesso não somente de bens das mais variadas naturezas, mas também de serviços. A inserção da internet em meados da década de 90 contribui de modo decisivo a esse movimento por permitir, como vimos, a convergência das mídias. Nesse contexto, há um aumento considerável das condições que oxigenam o mercado, tornando-o substancialmente mais dinâmico e mutável, alargando seu espectro de comoditização, em especial, para áreas como sinais de transmissão de vídeo, *softwares*, circuitos integrados, base de dados, compartilhamento digital, inteligência artificial,

⁶⁴⁹ PEUKERT, Alexander. Fictitious Commodities: A Theory of Intellectual Property Inspired by Karl Polanyi’s “Great Transformation”. *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, 1151, p. 1165, 2019.

*streaming, etc.*⁶⁵⁰ Esse fato forma aquilo que se convencionou chamar de “*knowledge-based economy: knowledge has become an economic good which, under changed conditions, can circulate as such; in Winter’s words (1987), it has become a “strategic asset”. The question then arises of the conditions under which economic agents can control and appropriate knowledge, and turn it into a revenue source*”⁶⁵¹.

A conjuntura econômica, mais do que nunca, representa um pilar fundamental em relação à estrutura moderna da propriedade intelectual e, com isso, de suas crises. O dinamismo do cenário econômico, acompanhado da consolidação do processo de comoditização sobre a chamada “economia do conhecimento” pode tranquilamente figurar como a maior fonte de crise da propriedade intelectual na atualidade. Essa hipótese surge em virtude da elaboração de modelos de negócios, que se desenvolvem a partir de premissas de cunho econômico, muitas das vezes conflitantes e que se desenvolvem, não raras vezes, na margem da lei. No próximo tópico buscar-se-á aprofundar melhor os aspectos mais importantes dessa “nova” economia, já que ela representa grande parte das discussões sobre o tema.

⁶⁵⁰ “*The history of IP from the 19th to the 21st century is replete with examples of this Polanyian logic of commodification: musical compositions attained the status of objects of property only after the mass production of sheet music created the impression that music is more akin to written texts than to ephemeral performances on stage. The thingification of paintings, sculptures, and other works of fine art took even longer. It was not until industrial remakes of three- and two-dimensional products flooded the market in the late 19th century that these artefacts were also idealized as abstract industrial designs or works of (applied) art and allocated to their first producers. In Germany, this was also the time when large research laboratories, for example, in the chemical industry, were established, giving rise to claims for efficient patent protection for the inventions ensuing from these organizations. Technologies of fixing and reproducing sounds and (moving) images triggered several 20th century copyrights and related rights in audio performances, phonograms, photographs, films, and broadcasting signals, all of which cost money to produce but are easily reproduced without payment. Computerization and digitization generalized and amplified this phenomenon, leading to extended exclusive rights in all existing copyright subject matter and to new subject matter such as computer programs, databases, and press publications*”. (PEUKERT, Alexander. Fictitious Commodities: A Theory of Intellectual Property Inspired by Karl Polanyi’s “Great Transformation”. *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, 1151, p.1166, 2019).

⁶⁵¹ CORIAT, Benjamin; WEINSTEIN, Olivier. Intellectual Property Rights Regimes, Firms and the Commodification of Knowledge. *CLPE Research Paper*, n. 17, p. 1, 2009.

2.4.1.1 O significado econômico da informação e do conhecimento

O estudo da crise da propriedade intelectual sob uma perspectiva econômica, sobretudo a partir de cortes mais recentes, exige uma compreensão minimamente satisfatória acerca do que de fato significa incorporar a informação e (ou) conhecimento dentro de seu universo. Em primeiro lugar, é preciso, sempre quando possível, evitar sincretismos que tratem informação, dado, conhecimento, etc, como sinônimos, sob pena de gerar uma contradição ínsita com o sistema de tais direitos que, até o momento, ainda tende a enxergar o direito de propriedade como legitimação da forma de expressão da ideia, no caso do *copyright* ou dos direitos autorais, ou como inovação original, no caso da propriedade industrial. Faz-se necessário, nesse sentido, identificar os limites da propriedade intelectual em face daquilo que, do ponto de vista econômico, pode ser considerado como passível de valor no âmbito econômico: *“For if we call “useful” any knowledge that gives some knowers some pleasure to learn or to have, then almost all knowledge is useful”*⁶⁵².

Fritz Machlup, autor americano pioneiro em problematizar a relação do conhecimento com os aspectos econômicos, tendia, em princípio, a flexibilizar a relação entre “conhecimento e informação”, nada obstante identificar concepções que as consideram em esferas distintas. Se por um lado ele compreendia a consideração da informação como algo mais desestruturado, enquanto que conhecimento seria mais sistematizado (*By “information”, for example, some mean to refer to disconnected events or facts and by “knowledge”, they allude to an interrelated system (though others want to confer upon systematic or ordered knowledge the nobler title “science”*⁶⁵³); Por outro, ele também trabalhava com a hipótese de ambos serem considerados conteúdos, embora concordasse com a diferenciação baseada menos no grau de sistematização e mais na questão de um significar processo (informação) e a

⁶⁵²O autor americano, pioneiro na análise da questão econômica associada ao conhecimento, destaca a questão da utilidade no sistema americano, fato esse importante no que diz respeito a diferenciação do sistema americano e europeu: *“When Benjamin Franklin in 1743 founded the American Philosophical Society “for the promotion of “useful” knowledge. He wrote in his “proposal” that the “hints” and “observations” received from “men of speculation” might, “if well-examined”, pursued and improved,...produce discoveries to the Advantage of some or all of the British Plantations, or to the Benefit of Mankind in general”.* (MACHLUP, Fritz. Knowledge: Its creation, distribution and Economic Significance. Vol. I: *Knowledge and Knowledge production*. Princeton University Press, 1980. p. 10)

⁶⁵³ MACHLUP, Fritz. *Knowledge: Its Cration, Distribution and Economic Significance*. Vol. 1. Princeton Legacy Library, 2016.

outra mensagem (conhecimento): *“I shall try to avoid the redundant phrase “knowledge and information” when both are meant to signify contents. On the other hand, I shall no mind saying “knowledge and information” when the first refers to the contents and the second to the process”*⁶⁵⁴.

Segundo o autor, havia diferentes tipos de conhecimento (ou classes), cuja diferenciação se mostra importante em relação à discussão atinente à propriedade intelectual, em especial para que se possa, eventualmente, identificar aquilo que pode ou não ser por ela legitimado na condição de propriedade, sobretudo inserido no processo de comoditização que tende, em princípio, a deixar de lado diferenciações dessa natureza, sendo a ele importante, somente, a possibilidade de monetização e valor de troca no mercado. De qualquer maneira, segundo o Machlup, existiam cinco classes de conhecimento⁶⁵⁵:

- a) Conhecimento prático, ou seja, aquele voltado ao mundo do trabalho, sendo ele importante para orientar suas decisões e ações. Tal conhecimento poderia contar com seis subdivisões: a.1) conhecimento profissional; a.2) conhecimento de negócio; a.3) conhecimento do trabalhador; a.4) conhecimento político; a.5) conhecimento familiar; a.6) outros tipos de conhecimento prático.
- b) Conhecimento intelectual, fundado na busca de satisfação pela curiosidade intelectual, *“regarded as part of liberal education, humanistic and scientific learning, general culture”*⁶⁵⁶. Esse conhecimento, em princípio, distancia-se daquele apresentado acima pelo fato de estar mais centrado no sujeito, em si, do que no resultado prático que dele advém.
- c) Conhecimento para o entretenimento: ao contrário dos outros dois apresentados até aqui, o conhecimento baseado no entretenimento não possui objetivos práticos voltados ao trabalho, nem mesmo representa algo que tenha pretensões “culturais” elevadas. Esse conhecimento, segundo o autor, visa à satisfação pessoal em um sentido não fundamentalmente intelectual, que objetiva a busca por mero entretenimento que tenha o condão de gerar

⁶⁵⁴ Em outra oportunidade o autor reforça essa tese, mas, ainda de forma desconfiada: *“Information is the activity or process of information and getting informed; knowledge is the state of knowing. The act or process of informing may create (produce) a state of knowing. This connection, however, is not true by definition. A process of information is neither necessary nor sufficient to produce a state of knowing. It is not necessary, since it is possible for a state of knowing to emerge from creative thinking, observing, experimenting, intuiting, speculating, theorizing, inventing, discovering, etc. No is it sufficient, since it is possible for information to be abortive in several respects; for example, it may not penetrate the recipient’s mind or consciousness, it may not be understood, it may not be retained for even the shortest time span, etc”*. (Ibid. p. 9, 57).

⁶⁵⁵Ibid. p. 108.

⁶⁵⁶Ibid.

estímulos emocionais desenvolvidos de maneira passiva, ou seja, a sem a exigência de exercícios reflexivos substanciais.

d) Conhecimento espiritual: espécie de conhecimento relativo à esfera religiosa ou áreas afetas: “*related to his religious knowledge of God and of the ways to the salvation of the soul*”⁶⁵⁷.

e) Conhecimento involuntário: conhecimento adquirido de forma acidental, que inicialmente se apresenta como estando fora dos interesses principais do agente.

Essa divisão, apesar de sua insuficiência teórica natural, haja vista a dificuldade ínsita em se categorizar um processo cognitivo diretamente dependentemente de questões fenomenológicas, tem certa relevância por permitir, ao menos, o exercício de raciocínio que possibilita a problematização da relação entre o conhecimento e as suas formas de monetização. Em primeiro lugar, é importante lembrar, a partir do corte epistemológico aqui explorado, que qualquer tipo de informação pode ter valor de troca, independentemente de sua natureza de acordo com as classificações acima. Frise-se, porém que essa discussão não visa de modo algum associar a proteção pela propriedade intelectual aos atributos qualitativos da expressão da ideia, do nível de utilidade, ou mesmo, do invento. Como é sabido, tais direitos não se preocupam com essa questão (ou em princípio não deveriam). O que se busca analisar, na verdade, é o processo de comoditização em si, e como ele abarca o contexto da informação e do conhecimento, à luz das limitações do sistema, especialmente daquilo que não é passível de proteção (como as ideias).

Como dito, assim, qualquer tipo de informação pode ser monetizada, que seja uma mera confidência. Esse exemplo é explorado na obra de Machlup: “*assume that Tom and Dick whisper to each other something they know about Harry; I am curious, but they do not divulge their little secret [...] It may be Worth a few dollars to me to have my curiosity satisfied*”⁶⁵⁸. Essa informação, em princípio, não seria protegida pela propriedade intelectual, uma vez que seria considerada como informação esparsa, sem utilidade (para o mercado), ou deficiente do ponto de vista da existência de forma de expressão: “não apenas as ideias, mas os factos, as informações, as instruções para a acção e outras figuras ainda são igualmente

⁶⁵⁷Ibid. p. 108.

⁶⁵⁸Ibid. p. 208-209.

excluídas da proteção pelo direito de autor”⁶⁵⁹. Contudo, a sua racionalidade econômica é conhecida pelo sistema, por exemplo, no âmbito do segredo industrial. O que delimita a sua proteção, ou não, é o fato de estar inserida no âmbito do mercado, somado à capacidade de dizer algo substancial sobre determinado negócio. Isso tende a transformá-la em uma *commodity* qualquer: “*thus, information is merely a good that is desired and acquired but is to some extent a commodity like others whose markets we study*”⁶⁶⁰.

Nesse contexto, assim, o valor da informação e do conhecimento está diretamente associado à inclinação a se pagar por eles: “*the output is valued in terms of someone’s willingness to pay for it*”⁶⁶¹. Dessa maneira, seria em princípio inviável conectar essa discussão dentro da esfera de valor de produção na hipótese em que os *inputs* são gratuitos, ou mesmo, se o *output* não despertar interesse de ninguém.⁶⁶² Em contrapartida, é possível localizar determinadas atividades, sobretudo realizadas por “amadores”, em que a monetização é flexibilizada, senão a zero, ao menos próximo disso: “*amateurs – speakers, actors, dancers, painters, sculptors, or musicians – receive no pay for their activities; even if their audiences enjoy the knowledge (verbal, visual, musical) which they receive, they enjoy it “for free”*”⁶⁶³. Esta questão, contudo, não tem o condão de explicar nem o fenômeno de caráter mais macro da “economia do conhecimento”, muito menos as controvérsias que se relacionam com a propriedade intelectual advindas do campo econômico.

Essa associação à *commodity*, contudo, possui alguns limites dentro da própria visão econômica, tema esse que traz sérias controvérsias em relação as questões que envolvem a propriedade intelectual. Kenneth Arrow, autor americano também considerado pioneiro na estruturação do estudo das qualidades econômicas da informação, apresenta duas questões chaves nesse sentido, ou seja, que previnem, ou ao menos dificultam, a identificação completa da propriedade como *commodity*: “(1) *it is, by definition, indivisible in its use; and (2) it is*

⁶⁵⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.). *Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor*. Vol. X. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 131.

⁶⁶⁰ARROW, Kenneth. *The Economics of Information*. Cambridge: Belknap press of Harvard University Press, 1984. p. 142.

⁶⁶¹MACHLUP, Fritz. *Knowledge: Its creation, distribution and Economic Significance*. Vol. II: *The Branches of Learning*. Princeton University Press, 1980. p. 193.

⁶⁶²Ibid. p. 193.

⁶⁶³Ibid. p. 201.

very difficult to appropriate”⁶⁶⁴. Isso acontece porque a transmissão da informação ou do conhecimento, ao contrário do que acontece com os bens físicos, não exclui a sua posse pelo transmissor. Em outras palavras, a informação e o conhecimento, ao menos em potência, possuem a capacidade de serem disseminados livremente sem que isso diminua o estoque disponível.

A problemática também decorre pelo fato de ser, a informação, dispendiosa em termos de sua produção, mas barata em relação a transmissão⁶⁶⁵, sobretudo na atualidade (e vale lembrar, como já mencionado à exaustão, que essa é uma característica fundamental do próprio paradigma da propriedade intelectual). Apesar de esse ser um dos pressupostos chave das críticas direcionadas à propriedade intelectual nas últimas décadas, o tema não é tão simples quanto às vezes se supõe: “*according to well-known principles of welfare economics, the inappropriability of a commodity means that its production will be far from optimal. It may be below optimal; it may also induce costly protective measures outside the usual property system*”⁶⁶⁶. Além da questão da ineficiência em relação à produção, é preciso ter em mente que a questão da sua característica de bem “não escasso”, seguindo a lógica acima, não é tão simples quanto às vezes parece ao olhar mais desavisado: “*the costs of information, in the general sense of utilization of scarce resources, (1) are in some sense increasing for the individual because he is himself a scarce input, (2) involve a large irreversible capital element, and (3) vary in different directions*”⁶⁶⁷.

A criatividade, dessa maneira, tende a ser um bem escasso (*per se*), não importando, para essa afirmação, o fato de a transmissão ser ou não custosa. O fruto de sua criação, independentemente da sua qualidade e (ou) do volume de estoque de conhecimento utilizado como base, não se apresenta como algo disponível *a priori*. O exercício da criação,

⁶⁶⁴ARROW, Kenneth. *The Economics of Information*. Cambridge: Belknap press of Harvard University Press, 1984. p. 142.

⁶⁶⁵COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Tradução Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 132.

⁶⁶⁶ARROW, Kenneth. *The Economics of Information*. Cambridge: Belknap press of Harvard University Press, 1984. p. 142.

⁶⁶⁷Ainda nesse sentido: “*Air is indispensable for our survival, but one single cubic inch of air, with all the air around us, makes no difference to our well-being. Relative scarcity, or marginal utility, has proved to be the determining factor in explaining the value of a small unit of the object, no matter how much or how little the total the total availability may mean to any individual or to society as a whole*”. (Ibid. p. 142, 207).

para aspectos que tendem a ser mais originais, ou mesmo, os atos de mediação, que revelam a intermediação de conhecimentos (cujo fundamento não elimina o caráter de originalidade), não existem senão pela iniciativa decisiva do sujeito-criador, ou mesmo, de qualquer coletividade que atue em coordenação para a busca de um determinado resultado. Parte da crise surge justamente em razão da dificuldade em se diferenciar, com exatidão, aquilo que representa tanto a criação quanto a mediação nos termos propostos acima. José de Oliveira Ascensão, nesse sentido:

A cultura das pessoas depende também da acessibilidade aos elementos de informação de que necessitam. Por isso a informação sempre foi considerada um bem livre. Devo respeitar o direito de autor sobre o livro que leio; não posso plagiá-lo, nem comerciá-lo sem autorização. Mas a informação que dele retirei está completamente disponível e posso utilizá-la como bem entender, nomeadamente para fins comerciais. Porém, tal como se assiste ao assalto ao uso privado, também se assiste ao assalto da liberdade da informação. Por várias vias a informação está afinal a ficar apropriada nesta sociedade da informação.⁶⁶⁸

Ocorre, contudo, que o movimento da comoditização explorado acima tende a exercer uma tensão essencial cada vez mais em direção da informação, em si, do que propriamente em relação às criações tradicionais baseadas no mínimo exercício intelectual. O sincretismo em relação a determinadas definições do conceito de propriedade intelectual apenas torna cada vez mais problemática qualquer convergência: “By “*intellectual property*” we mean ideas, inventions, discoveries, symbols, images, expressive works (verbal, visual, musical, theatrical), or in short any potentially valueble human product)”⁶⁶⁹. E isso também decorre, em grande medida, do igualmente temerário sincretismo advindo da diferenciação entre conhecimento, informação, ideias, informação, etc: “*Knowledge in this book refers to all intelligible ideas, information, and data in whatever form in which it is expressed or obtained*”⁶⁷⁰. Essa circunstância, aliás, faz com que José de Oliveira Ascensão passe a refletir

⁶⁶⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.). *Direito da Sociedade da Informação*. Vol. VII. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 46.

⁶⁶⁹ POSNER, Richard. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003. p. 1.

⁶⁷⁰ OSTROM, Elinor; HESS, Charlotte. *Understanding Knowledge as a Commons*. Massachusetts: Massachusetts Institute of Technology, 2007. p. 7.

sobre o Direito de Autor como “*puro direito sobre a informação*”⁶⁷¹. Nesses termos, a questão central, do ponto de vista econômico, passa a ser, de um lado, o controle sobre a informação e o conhecimento, de outro, a capacidade de sua apropriação (seja do ponto de vista tecnológico, seja a partir do próprio direito): “*The question then arises of the conditions under which economic agents can control and appropriate knowledge, and turn it into a revenue source [...] And intellectual property systems lie at the centre of this framework*”⁶⁷².

A informação e o conhecimento, nesse contexto, tendem a se transformar, assim, em um dos fatores de produção mais importantes, principalmente numa conjuntura industrial em que o custo marginal de produção, ou seja, o custo da produção da unidade adicional reduz drasticamente com o avanço da tecnologia. Dito de outra forma, a abundância em relação aos bens e serviços, resultado da mencionada redução do custo marginal, aumenta a importância mercantil sobre a informação e o conhecimento: “*In a post-industrial economy 4.0, however, where computerization, digital networks, 3D printing, robotics, and biotechnology herald a (near)-zero-marginal-cost society of abundant goods and services, information/knowledge advances to become the single most important production factor*”⁶⁷³. Esse processo, do ponto de vista econômico e da legitimação dos direitos de propriedade intelectual, tende a fundir as classes de conhecimentos apresentados por Fritz Machlup, deixando sua determinação a cargo dos fins eminentemente econômicos.

A questão do significado da economia da informação foi responsável por gerar um choque na teoria da propriedade intelectual. Se de um lado, tais direitos se apresentaram como local de abrigo às novas modalidades negociais, nem sempre com recepção intuitiva, de outro, o avanço da comoditização, especialmente da informação, foi responsável por representar

⁶⁷¹ O autor português, vale ressaltar, não se mostra contrário a proteção, em si. Ele questiona, isso sim, o instituto utilizado para resguardar o direito relativo à recuperação do investimento: “*Os investimentos devem, pois, ser protegidos. O que é anômalo é que esta protecção se faça através do Direito Autoral [...]. Que se restrinja a comercialização de bases de dados alheias, ou do seu conteúdo, por quem se quer furtrar ao investimento que foi necessário ao produtor da base, é um objectivo de apoiar, embora pudesse ser atingido pela concorrência desleal*”. (ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.). *Direito da Sociedade da Informação*. Vol. VII. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 33, 46).

⁶⁷² CORIAT, Benjamin; WEINSTEIN, Olivier. *Intellectual Property Rights Regimes, Firms and the Commodification of Knowledge*. CLPE Research Paper, n. 17, p.1, 2009.

⁶⁷³ PEUKERT, Alexander. Fictitious Commodities: A Theory of Intellectual Property Inspired by Karl Polanyi’s “Great Transformation”. *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, 1151, p.1155, 2019.

quase que um ponto de inflexão sobre esses direitos, apresentando como substancia algo que o sistema, até então, se mostrava como refratário. Esse movimento gerou uma das crises mais substanciais em relação à propriedade intelectual, mormente pela tensão decorrente da apropriação de “bens” que, até então, estavam fora dessa conjuntura. Os próximos tópicos terão a incumbência de aprofundar melhor a discussão relativa à concepção dos denominados *commons*, cuja espinha dorsal passa justamente por essa tensão que envolve a apropriabilidade de algo que, em princípio, pertenceria ao estoque comum de conhecimento, ou seja, que se encontraria à disposição de todos.

2.4.2 A noção dos *Commons*

Essa parte do trabalho tem como objetivo a análise da concepção daquilo que se convencionou denominar como *commons*, como forma de aprofundar e problematizar a questão relativa à comoditização da informação e do conhecimento apresentada no tópico anterior. A pertinência desse tema decorre do fato de que o movimento explorado acima, apesar de se apresentar como sendo intuitivo da perspectiva econômica, não se encaixa de forma tão natural nos estudos que acompanham, já há algumas décadas, a linha de pesquisa que se preocupa dos *commons*. O pressuposto fundamental dessa problemática surge, sucintamente, das posições que argumentam serem a informação e o conhecimento recursos de bem comum, disponíveis ao público por assim dizer, e que, por essa mesma razão, não seriam passíveis de apropriação.

Essa temática veio à tona em relação às discussões sobre a propriedade intelectual principalmente nas últimas duas décadas, em virtude da conjuntura tecnológica e do peso da inserção da informação e do conhecimento no mercado. É bom lembrar que não obstante essa circunstância pesar sobre os fundamentos da propriedade intelectual de um modo geral, ela evidentemente exerceu tensão maior nos ramos do *copyright* e do Direito de Autor. Ressalta-se, porém, que ela também tensiona questões como patentes, marcas, etc, haja vista sua relação próxima com o universo da informação (processos, codificações, sinais distintivos, desenho industrial, etc). O fato de essa já não ser uma interseção tão inédita, o exame pormenorizado dessa questão se mostra fundamental porque o horizonte visível não

providencia mostras que essa matéria deixará de representar pilar importante das discussões que virão, em especial diante do contínuo impulso tecnológico.

O termo *commons*, como já indicado, significa, em suma, recursos indistintamente acessíveis a um grupo determinado de pessoas, sejam eles considerados como recursos naturais, em si, como terra, água, ar, etc, ou mesmo, sendo esse o tema da presente problemática, aqueles que figuram como sendo integrantes dos tais “recursos culturais”: “*In their contribution to this bookm Ostrom and Hess emphasize that commons typically involve the sharing of resources by multiple users. Often, the word commons implies that everyone within some relatively broad Community (even the whole globe) has the right to share the resource*”⁶⁷⁴. Em ambos os casos, seja em relação aos recursos naturais, seja na questão relativa à informação e ao conhecimento, a figura da propriedade privada, como direito de exclusão, tende a ser, no mínimo, substancialmente flexibilizada.

As reflexões sobre essa linha de estudo ganharam corpo entre as décadas de 60 e 70, seja a partir do famoso artigo de Garret Hardin de 1968 (*The Tragedy of the Commons*) que, em resumo, argumentava acerca da inevitável degradação do meio ambiente na hipótese de uso livre do solo (bem escasso) por diversos agentes e, de maneira mais ampla, na obra do economista americano Mancur Olson (*A Lógica da Ação Coletiva*), estudo pioneiro acerca das condições que contribuem para que a ação dos agentes individuais de um determinado grupo aja de forma a beneficiar a coletividade. Algumas décadas depois, ainda substancialmente dentro do universo dos recursos naturais, Elinor Ostrom, no início da década de 1990, publica o seu *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, cuja pesquisa é estruturada em, justamente, confrontar as premissas do trabalho de Hardin, de modo a demonstrar, com aporte em pesquisas empíricas, a possibilidade de uso coletivo de determinados bens naturais, não apoiados na figura da propriedade privada, ou mesmo do controle rígido do Estado, mas na governança pela coletividade.

⁶⁷⁴ OSTROM, Elinor; HESS, Charlotte. *Understanding Knowledge as a Commons*. Massachusetts: Massachusetts Institute of Technology, 2007. p. 249.

Com o advento da nova conjuntura tecnológica proporcionada pela computação, digitalização e com a *web*, muitas das discussões que até então se limitavam à gestão dos recursos naturais, passam a ser inseridas no contexto da disseminação de conhecimento e informação pela rede: “*people started to notice behaviors and conditions on the web – congestion, free riding, conflict, overuse, and “pollution” – that had long been identified with other types of commons. They began to notice that this new conduit of distributing information was neither a private nor strictly a public resource*”⁶⁷⁵. Essa interseção decorre de forma direta da disseminação de bens até então proprietários pela *internet*, como músicas e filmes, por exemplo, e da conseqüente adaptação e criação de modelos de negócios que se estruturam com foco na rede, estabelecendo o paradigma da distribuição global de informação”⁶⁷⁶.

Ao vir à tona a associação dos *commons* ao até então novo paradigma tecnológico, uma diferença fundamental passou a apresentar-se como ponto focal da sua relação com a informação e o conhecimento: a questão da escassez. O problema central dos *commons*, como mencionado rapidamente, diz respeito ao gerenciamento de bens acessíveis a todos (ou a um determinado grupo), de modo que se desenvolva de forma a preservar sua estrutura em razão de ser considerado escasso (esse argumento, aliás, perpassa os próprios fundamentos da economia). Em outras palavras, no caso de uma comunidade de pescadores, por exemplo, se a pesca não for regulada, seja pela propriedade privada, pelo controle do Estado ou pela governança da comunidade, a hipótese é de que ela seja realizada de modo indeterminado por agentes que buscam atender seus interesses individuais, ameaçando, assim, o fluxo e a disponibilidade de peixes. Ou seja, nessa situação, o bem escasso (peixes) seria exaurido por excesso de pesca.

Essa mesma discussão foi transposta, como vimos, para a questão da distribuição de informação e conhecimento pela rede. Ao se argumentar sobre a sua natureza de *commons*, a linha de argumentação contrária logo tratou de reforçar o seu caráter de propriedade

⁶⁷⁵ Ibid. p. 4.

⁶⁷⁶ “*Commons became a buzzword for digital information, which was being enclosed, commodified, and overpatented. Whether labeled the “digital”, “eletronic”, “information”, “virtual”, “communication”, “intellectual”, “internet”, or “technological” commons, all these concepts address the new shared territory of global distributed information*”. (Ibid.).

(intelectual), cuja estrutura deveria ser preservada não apenas por sua legitimação pelo direito, mas pela necessidade de garantia de retorno financeiro apto a recuperar o volume de investimentos alocado para a sua criação. Os defensores dos *commons*, por sua vez, reforçaram a tese baseada justamente no aspecto da escassez: a informação e o conhecimento não seriam, como os recursos naturais, escassos, ou seja, o seu uso por um agente, desde que haja infraestrutura mínima de *hardware*, não excluiria terceiros (por isso eles são classificados, no ramo econômico, como bens não rivais). Esses serão os pontos explorados nos próximos tópicos, como elementos fundamentais de compreensão da crise da propriedade intelectual a partir da visão econômica.

2.4.2.1 Os Commons antes da internet

O corte que divide os *commons* em antes e depois da *internet* tem por objetivo, em primeiro lugar, demonstrar que essa discussão não surge com o advento da rede. Nos últimos vinte anos esse termo foi bastante utilizado como verdadeiro símbolo de ativismo virtual⁶⁷⁷, instrumentalizando modos de pensar em prol do livre fluxo de informação e conhecimento, além de igualmente representar uma espécie de movimento contra o *neo establishment* corporativo. Esse termo, como já adiantado, advém de muito antes, tendo como foco as discussões relativas à influência do Estado, dos direitos de propriedade e da governança sobre o gerenciamento eficiente de bens escassos, fato que torna esse tema substancialmente próximo às questões de natureza econômica. Nas palavras do próprio Hardin: “*In an approximate way, the logic of the commons has been understood for a long time, perhaps since the discovery of agriculture or the invention of private property in real estate*”⁶⁷⁸.

⁶⁷⁷ “O paradigma econômico dominante exige a ampliação dos mecanismos de apropriação de recursos que, normalmente ou legalmente, pertencem a todos nós, através de medidas tecnológicas (DRM, OGM), econômicas (acumulação de territórios) e meios legais (tratados de livre comércio, tratados de proteção de investimentos, a OMC, TRIPS, as leis de propriedade intelectual). [...]. Os commons são, ao mesmo tempo, uma estrutura conceitual / referencial para análises e uma prática social baseada nos princípios do commoning. Destoando claramente do duopólio Estado-mercado. [...]. A esperança para o futuro reside na capacidade das pessoas de criar suas próprias formas de compartilhamento (commoning) em todo o mundo”. (TARIN, Bruno; BELISÁRIO, Adriano. *Copyfight*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2012. p. 46-47).

⁶⁷⁸ HARDIN. Garret. The Tragedy of the Commons. *Science, New Series*, v. 162, n. 3859, Dec. 13, 1968. p. 1245.

2.4.2.1.1 Tragédia dos Commons e a governança: a questão da escassez e da escala

A compreensão da problemática que envolve o gerenciamento de bens de natureza digital na rede igualmente envolve o entendimento dos *commons* quando da discussão do gerenciamento dos recursos naturais. A escassez, como apontado, apresenta-se como sendo o ponto nodal dessa questão, seja no que diz respeito aos recursos naturais, seja em relação aos bens digitais. A escassez, nesse sentido, diga-se de passagem, apenas torna-se algo importante quando o consumo do bem que carrega essa condição é realizado de modo a gerar ameaça no que tange a sua própria existência, ou seja, ao risco de seu exaurimento, ou ainda, pela possibilidade de que o seu uso dê origem a externalidades negativa prejudicando, assim, terceiros. Essa estrutura se relaciona a ambos os contextos.

Garret Hardin, ao popularizar a questão da tragédia dos comuns, argumenta, em resumo, que o acesso não devidamente regulado a bens de caráter finito invariavelmente deságua em sua extinção por superexposição. Esse cenário apresentou-se particularmente importante para o autor americano no contexto de aumento populacional e a pressão desse aspecto sobre os recursos naturais. Segundo o autor, no seu famoso exemplo dos pastos:

The tragedy of the commons develops in this way. Picture a pasture open to all. It is to be expected that each herdsman will try to keep as many cattle as possible on the commons. Such an arrangement may work reasonably satisfactorily for centuries because tribal wars, poaching, and disease keep the numbers of both man and beast well below the carrying capacity of the land. Finally, however, comes the day of reckoning, that is, the day when the long-desired goal of social stability becomes a reality. At this point, the inherent logic of the commons remorselessly generates tragedy.⁶⁷⁹

Partindo da premissa da racionalidade do agente econômico, argumentava Hardin que cada pastor invariavelmente buscaria, consciente ou inconscientemente, a maximização de seus ganhos individuais, partindo somente da análise de quanto valeria, a ele, inserir mais animais no rebanho, sem que houvesse o exame dos efeitos colaterais em relação ao pasto, em si, na condição de bem escasso, ou mesmo, a terceiros. Para o autor americano, esse pressuposto, que é elementar em seu ensaio, geraria dois efeitos, um positivo e outro negativo:

⁶⁷⁹ Ibid. p. 1244.

(1) Em relação ao primeiro caso, o efeito decorreria do simples valor adicional relativo à inclusão de um ou mais animais no rebanho: “*The positive component is a function of the increment of one animal. Since the herdsman receives all the proceeds from the sale of the additional animal, the positive utility is nearly + 1*”⁶⁸⁰; (2) Já em relação ao efeito negativo, a inclusão de um ou mais animais no rebanho representaria, ainda que, em princípio, de forma inconsciente ao pastor, um fator de exploração adicional do pasto na condição de bem comum, gerando compartilhamento dos custos com terceiros: “*The negative component is a function of the additional overgrazing created by one more animal. Since, however, the effects of overgrazing are shared by all the herdsmen, the negative utility for any particular decisionmaking herdsman is only a fraction of -1*”⁶⁸¹.

O autor, nessas passagens, basicamente reforça, em primeiro lugar, o ímpeto individualista pela busca de apropriação máxima dos benefícios⁶⁸², nesse caso, advindos do pasto e, em segundo lugar, a tendência de não colaboração entre os agentes, o que, invariavelmente, ocasiona a tragédia em relação ao uso do recurso. Essa é, aliás, duas das principais críticas direcionadas aos *commons*: “*The traditional objections to the commons are primarily twofold. First, no one will invest in a project if they cannot appropriate its benefits. That is, motivation will lack. Second, no one has the power to organize collaboration in the use of the resource. That is, organization will lack and collaboration will fail*”⁶⁸³. Hardin, assim, indicava que a única forma de circunscrever os problemas decorrentes da super exploração seria apostar, além da regulação pela propriedade privada, leis coercitivas, regulação estatal, taxaço, etc.⁶⁸⁴, cravando que: “*Freedom in a commons brings ruin to all*”⁶⁸⁵.

⁶⁸⁰ Ibid.

⁶⁸¹ Ibid.

⁶⁸² Essa era a mesma conclusão do também americano Mancur Olson: “os indivíduos racionais e centrados nos próprios interesses não agirão para promover seus interesses comuns ou grupais. Em outras palavras, mesmo que todos os indivíduos de um grupo grande sejam racionais e centrados nos próprios interesses, e que saiam ganhando se, como grupo, agirem para atingir seus objetivos comuns, ainda assim eles agirão voluntariamente para promover esses interesses comuns ou grupais”. (OLSON, Mancur. *A lógica da ação coletiva: os benefícios públicos e uma teoria dos grupos sociais*. Tradução Fábio Fernandez. São Paulo: EDUSP, 2015. p. 14).

⁶⁸³ BENKLER, Yochai. Coase’s Penguin, or, Linux and The Nature of the Firm. *The Yale Law Journal*, v. 4, n. 3, Aug., 2002. p. 8.

⁶⁸⁴ “*The tragedy of the commons as a food basket is averted by private property, or something formally like it. But the air and waters surrounding us cannot readily be fenced, and so the tragedy of the commons as a cesspool must be prevented by different means, by coercive laws or taxing devices that make it cheaper for the polluter to*

Hardin não deixava de reconhecer a justificação dos *commons*, embora o fizesse somente levando em consideração determinadas condições, sendo a mais importante a baixa densidade populacional: “*Perhaps the simplest summary of this analysis of man's population problems is this: the commons, if justifiable at all, is justifiable only under conditions of low-population density. As the human population has increased, the commons has had to be abandoned in one aspect after another*”⁶⁸⁶. A conclusão não deixa de ser óbvia: a partir da fórmula disponibilidade de recursos naturais Vs nível de exploração por um determinado grupo, se o primeiro for consideravelmente mais alto do que o segundo, o problema de exaurimento do recurso simplesmente não aparece. Se, ao contrário, o nível de exploração superar o total disponível dos recursos, ele tende ao desaparecimento. Mancur Olson, enxergando essa questão menos do ponto de vista da exploração dos recursos naturais, e mais da perspectiva da ação coletiva, dizia: “certos grupos pequenos podem prover-se de benefícios coletivos [...] porque [...] cada um de seus membros, ou ao menos um deles, achará seu ganho. [...] Portanto, quanto maior o grupo, mais longe ele ficará de atingir o ponto ótimo de provimento do benefício coletivo”⁶⁸⁷.

De toda forma, no início da década de 1990, Elinor Ostrom, que depois seria agraciada com o Prêmio Nobel de Economia por suas contribuições aos estudos dos *commons*, revisitou as reflexões apresentadas por Hardin. Na sua obra *Governing the Commons*, Ostrom buscou dar um passo além no sentido de trazer maior profundidade a essa discussão, buscando (1) contrapor as políticas relativas ao gerenciamento dos recursos naturais; (2) apresentar exemplos empíricos, bem e mal sucedidos, a respeito do gerenciamento e governança de tais recursos e (3) compreender melhor as possibilidades e limitações das instituições autor-

treat his pollutants than to discharge them untreated. [...] An alternative to the commons need not be perfectly just to be preferable. With real estate and other material goods, the alternative we have chosen is the institution of private property coupled with legal inheritance [...]. We must admit that our legal system of private property plus inheritance is unjust-but we put up with it because we are not convinced, at the moment, that anyone has invented a better system”. (HARDIN. Garret. *The Tragedy of the Commons*. *Science, New Series*, v. 162, n. 3859, Dec. 13, 1968. p. 1245, 1247).

⁶⁸⁵ BENKLER, Yokhai. *Coase's Penguin*, 2002, op. cit., p. 8.

⁶⁸⁶ HARDIN. Garret. *The Tragedy of the Commons*. *Science, New Series*, v. 162, n. 3859, Dec. 13, 1968. p. 1248.

⁶⁸⁷ OLSON, Mancur. *A lógica da ação coletiva: os benefícios públicos e uma teoria dos grupos sociais*. Tradução Fábio Fernandez. São Paulo: EDUSP, 2015. p. 46-47.

reguladas.⁶⁸⁸ De forma geral, seu estudo representa menos uma defesa de visões contrapostas ao agir individual egoístico, base dos estudos tanto de Hardin quanto de Olson, e mais uma problematização mais profunda das condições de possibilidade que determinam o sucesso ou não da exploração ótima dos recursos naturais, independentemente de sua natureza (se por meio de governança, propriedade privada, participação estatal, etc)⁶⁸⁹.

Para Ostrom, em resumo, alguns fatores têm o condão de contribuir de modo direto no sucesso ou não daquilo que ela denomina como *CPR – Common Pool Resources*. Um primeiro aspecto a ser considerado, cujo preceito se assemelha muito aos princípios que governam o modelo *open-source* de produção de *software*, diz respeito às insuficiências da autoridade central: “*Without valid and reliable information a central agency could make several errors, including setting the carrying capacity or the fine too high or too low, sanctioning herders who cooperate, or not sanctioning defectors*”⁶⁹⁰. Essa premissa é fundamental. Em suas pesquisas empíricas a autora americana identificou que determinadas comunidades que adotaram, de forma bem-sucedida, o modelo de *CPR*, o fizeram sob uma plataforma de direitos claros e bem definidos, estabelecidos pela comunidade e observados por meio de mecanismos de governança: “*Although this is not a private-property system, rights to use fishings sites and duties to respect these rights are well defined*”⁶⁹¹.

Ainda que o foco tenha sido em comunidades de pequena escala⁶⁹², a autora identificou uma série de elementos aptos a estruturar tais modelos. Como apontado, a informação, em especial, a sua simetria, mostra-se como sendo fator determinante, uma vez que proporciona o conhecimento necessário não somente sobre a disponibilidade dos recursos, mas de suas limitações e usos que podem ser considerados como “ótimos”, de modo a contribuir para a sua perpetuação: “*certainty are internal to the CPR and the appropriators*

⁶⁸⁸OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*. Cambridge: Cambridge University Press. 1990. p. 2.

⁶⁸⁹“*The central question in this study is how a group of principals who are in an interdependent situation can organize and govern themselves to obtain continuing joint benefits when all face temptations to free-ride, shirk, or othecwise act opportunistically*”. (Ibid. p. 29).

⁶⁹⁰Ibid. p. 10.

⁶⁹¹Ibid. p. 20.

⁶⁹²OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*. Cambridge: Cambridge University Press. 1990. p. 26.

using the CPR. A major source of uncertainty IS Lack of knowledge. The exact structure of the resource system itself - its boundary and internal characteristics - must be established”⁶⁹³.

Quanto maior, assim, for a simetria de informação, tanto maior será a capacidade de compreensão da estrutura interna do *CPR*, possibilitando, assim, a identificação do tamanho, dos limites fronteiros e da quantidade de indivíduos que compõem a comunidade (e sua taxa de crescimento). Isso tudo se apresenta como sendo essencial para a capacidade de previsibilidade da comunidade e de seus recursos.

Em resumo, o trabalho de Ostrom busca problematizar qualquer conclusão, digamos, fatalista, a respeito do uso de recursos naturais escassos, sobretudo baseado no ímpeto egoístico dos agentes⁶⁹⁴. Segundo ela, na observância de determinadas condições, mostra-se como sendo plenamente possível de atingir formas de governança que flexibilizam tanto a propriedade privada, quanto o controle estatal, sem necessariamente recorrer a argumentos de cunho moral, na expectativa de que os agentes ajam de forma altruística. Dentre essas condições, que atuam, dessa maneira, na esfera eminentemente econômica, vale citar: abundância dos recursos; densidade populacional; assimetria de informação; coerção gradativa e estabelecida pela própria comunidade; relações de confiança; identificação de ganhos compartilhados; taxa de renovação dos recursos; capacidade de previsibilidade; governança mútua e horizontal etc.

2.4.2.2 Os Commons depois da internet

Logo após os estudos de Ostrom, a discussão sobre os *commons* ganhou nova e fundamental guinada, inclusive com a sua participação. Com a expansão da computação e a generalização da *World Wide Web*, em especial da sua abertura e apropriação pelo mercado, o fluxo de informação e conhecimento passa a representar um novo foco de controvérsias do

⁶⁹³Ibid. p. 33.

⁶⁹⁴ “Hardin’s vivid narrative contains a number of contentions that commons scholars have repeatedly found to be mistaken: (1) he was actually discussing open access rather than managed commons; (2) he assumed little or no communication; (3) he postulated that people act only in their immediate self-interest (rather than assuming that some individuals take joint benefits into account, at least to some extent); (4) he offered only two solutions to correct the tragedy – privatization or government intervention”. (OSTROM, Elinor; HESS, Charlotte. *Understanding Knowledge as a Commons*. Massachusetts: Massachusetts Institute of Technology, 2007. p. 11).

capitalismo contemporâneo. O impacto às noções da propriedade intelectual, como é sabido, foi profundo. Ao presente escopo, a questão a ser destacada diz respeito à materialização das obras intelectuais. Com a migração das obras do suporte físico ao digital, no contexto da já analisada convergência tecnológica, alguns autores passaram a classificar o conhecimento, na sua potencialidade de distribuição no formato digital, como bem público: *“knowledge, in its intangible form, fell into the category of a public good since it was difficult to exclude people from knowledge once someone had made a discovery”*⁶⁹⁵. Esse fato acabou por gerar uma tensão entre o capital, instrumentalizado por algumas corporações de grande porte, e a sociedade, representada principalmente por acadêmicos e a nova figura do “ativismo digital”: *“Corporations have supported increased patents and copyright terms, while many scientists, scholars, and practitioners take actions to ensure free access to information. Universities find themselves on both sides of the commons fence”*⁶⁹⁶.

A “desmaterialização”⁶⁹⁷ da obra, assim, levou à ideia de que o conhecimento nela exteriorizado não deveria ter mais barreiras em relação ao seu acesso público. Logo passou-se a associar tal questão às discussões relativas aos *commons*. Como analisado nos últimos tópicos, o problema fundamental responsável, em grande medida, pela própria existência dessa linha de estudo, diz respeito à escassez. Se ela não existisse, *per se*, ou mesmo se a abundância do recurso fosse tamanha que não gerasse conflitos, a discussão perderia, em parte, sua razão de ser. A linha de argumentação baseada na necessidade do livre fluxo informacional, com a respectiva liberdade de acesso, em muito sustentou-se, assim, na suposta inexistência da escassez. Em outros termos, ao alegarem que os bens informacionais são “não rivais”, buscaram enfatizar a falta de sentido (não somente moral, mas também econômico) de seu “enclausuramento” nos mesmos moldes da reprodução por suportes físicos: *“When economists speak of information, they usually say that it is “nonrival”. We consider a good to be nonrival when its consumption by one person does not make it any less available for consumption by*

⁶⁹⁵ Ibid. p. 9.

⁶⁹⁶ Ibid. p. 10.

⁶⁹⁷ A “desmaterialização”, é sempre bom lembrar, nunca é total. Há sempre a dependência, ao menos no presente momento, que exista uma interface qualquer para que o conteúdo seja internalizado (ou “consumido”).

another. Once such a good is produced, no more social resources need be invested in creating more of it to satisfy the next consumer”⁶⁹⁸.

2.4.2.2.1 Informação e conhecimento como commons e a tragédia dos Anticommons

A análise da informação e do conhecimento na condição de *commons* recebeu grande atenção nos últimos vinte anos, gerando intensos debates. É possível argumentar que se tratou de uma das crises da propriedade intelectual mais agudas, em especial porque as novas condições relativas ao fluxo informacional e de comunicação atingiram pilares fundamentais da matéria. Apesar de guardar certa proximidade com argumentos de cunho moral⁶⁹⁹, assim como ocorreu, por exemplo, com o início do movimento do *software livre*, grande parte de suas teorizações foi desenvolvida a partir do universo econômico, por isso esse tema foi inserido na crise da propriedade intelectual de uma perspectiva econômica. Uma delas foi justamente o exame da informação e do conhecimento na condição de *commons*.

O ponto de partida fundamental relativo à consideração desses bens na condição de *commons* diz respeito a sua diferenciação em relação às reflexões de Garret Hardin observadas acima. Enquanto que o problema central de Hardin girava em torno do acesso livre a um bem de natureza rival, ou seja, escasso por natureza, logo identificou-se que os bens baseados na informação e no conhecimento, especialmente “desmaterializados”, não reuniriam as mesmas condições que levariam à “tragédia” explorada por Hardin: *“Before the digital era, types of knowledge commons were limited to libraries and archives. Only when vast amounts of knowledge began to be digitally distributed (after the development of the World Wide Web in 1992) did it take on more and more characteristics of commons and commons dilemmas*”⁷⁰⁰. Isso significa dizer, em outras palavras, que o acesso livre a bens digitais não

⁶⁹⁸ BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks: how social production transforms markets and freedom*. London: Yale University Press, 2006. p. 36.

⁶⁹⁹ *“With the Internet nurturing the sharing spirit inherent in people, „commons” has taken on a new meaning. Free software proved spectacularly that the commons is a viable alternative to commodification. The term „Digital Commons” is widely used but only loosely defined. Still, it has an obvious evocative power, and the potential to reconceptualize our knowledge environment and to unite those fighting for its freedom”*. (Disponível em: <http://wizards-of-os.org/index.php?id=1551>. Acesso em: 28 out. 2019).

⁷⁰⁰ OSTROM, Elinor; HESS, Charlotte. *Understanding Knowledge as a Commons*. Massachusetts: Massachusetts Institute of Technology, 2007. p. 46.

geraria o seu exaurimento, ou seja, a possibilidade de sua distribuição, exploração, duplicação ou consumo, poderia ser feita, em princípio, por um número ilimitado de usuários. Isso se equivaleria, nos termos da discussão dos *commons* no universo dos recursos naturais rivais, como verdadeira abundância de recursos.

O estudo dos *commons* sobre o conhecimento, em vários aspectos, segue muitas das premissas que analisamos na ocasião do exame das crises de uma perspectiva tecnológica e de autoria, sobretudo, relativa a questões como “democratização” dos meios de produção, no primeiro caso, ou em relação ao *open source* (autoria digital), no segundo. Tais estudos, com frequência, iniciam-se como “movimentos”, nesse caso muito se valendo da fase, digamos, mais romântica da *internet*, para depois vir a ser analisada com critérios mais econômicos (já aceitando-se determinados imperativos do mercado, ainda que se busque apresentá-los como inéditos ou contrários ao sistema⁷⁰¹ – por isso a comparação entre o movimento do “Software Livre” e o modelos de negócio do *open source* mostram-se como sendo elucidativos nesse sentido): “*emerging notion of the knowledge commons, which offers a new model for stimulating innovation, fostering creativity, and building a movement that envisions information as a shared resource*”⁷⁰².

Ao menos nessa fase, houve certa aversão no tocante à apreciação da informação e do conhecimento como combustível de parte das relações negociais globais no âmbito da rede.

⁷⁰¹ Benkler, como vimos, é um dos autores que primeiro trouxe essa questão a público, buscando defender a tese de que as experiências advindas do software livre eram substanciais ao ponto de server como modelo robusto que confrontava as próprias noções de mercado e da teoria das organizações tradicional: “*The emergence of free software as a substantial force in the software-development world poses a puzzle for this organization theory. Free software projects do not rely either on markets or on managerial hierarchies to organize production. Programmers do not generally participate in a project because someone who is their boss instructed them, though some do. They do not generally participate in a project because someone offers them a price, though some participants do focus on long-term appropriation through money-oriented activities, like consulting or service contracts*”. (BENKLER, Yochai. Coase’s Penguin, or, Linux and The Nature of the Firm. *The Yale Law Journal*, v. 4, n. 3, Aug., 2002. p. 3).

⁷⁰² OSTROM, Elinor; HESS, Charlotte. *Understanding Knowledge as a Commons*. Massachusetts: Massachusetts Institute of Technology, 2007. p. 85). Ao mencionarmos essa fase romântica da *internet*, referimos-nos ao estágio em que acreditou-se que a *web* seria palco de troca de conhecimento genuíno, projetos compartilhados, ciberdemocracia mundial, etc. Até mesmo Benkler, em princípio, em estudo sobre as eleições americanas de 2016 e a disseminação das *fake news*, parece ter acusado o golpe: “*Our research suggests that our present epistemic crisis has an inescapably partisan shape. The patterns of mistrust in media and lack of ability to tell truth from fiction are not symmetric across the partisan divide. And the fundamental explanation for these differences cannot be laid at the feet of Facebook, Russia, or new technology*”. (BENKLER, Yochai. *Network Propaganda: manipulation, disinformation and radicalization in American Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 20-21).

Esses dois componentes foram, no contexto dos *commons*, analisados como instrumentos de uma nova era cujos pilares, em princípio, seriam incompatíveis aos fundamentos da chamada “economia tradicional” (local onde se enquadraria a propriedade intelectual). Dentre eles, vale citar⁷⁰³: a) acesso livre ao conhecimento, sobretudo de natureza científica; b) possibilidade de consumo e produção em nível global; c) promoção de interoperabilidade em relação a meios tecnológicos; d) cooperação e reciprocidade social; e) controle de qualidade (nos moldes do modelo de *open source*, cujo fundamento, como vimos, é o de que o fato de ser aberto facilita a identificação e correção de erros por terceiros integrantes da comunidade); f) facilidade de comunicação; g) preservação da informação e de seu acesso; h) produção informacional qualificada.

Todos esses componentes são invariavelmente utilizados como resultados positivos que podem advir do *knowledge commons*, a partir do fundamento de sua capacidade de abundância decorrente de sua *potencialidade*⁷⁰⁴ como bem não escasso (sendo as tecnologias de controle sobre a informação quase que integrantes de um movimento “antinatural”⁷⁰⁵). Parte essencial da problemática, sendo esse fato de suma importância para a compreensão da crise da propriedade intelectual nesses termos, é a reflexão acerca de serem os elementos apresentados acima como integrantes de uma espécie de forma de produção à margem do mercado, ou se são contrapostos a ele, no sentido de incompatibilidade. Dito de outra forma, não se mostra como sendo evidente se os pressupostos que sustentam tais *commons* são de fato incompatíveis com o mercado, ou se apenas adicionam elementos originais a ele. Essa perquirição se mostra importante porque em sendo essa segunda hipótese, e de novo o *modelo de negócio*⁷⁰⁶ do *open source* é elucidativo, não há que se falar em

⁷⁰³OSTROM, Elinor; HESS, Charlotte. *Understanding Knowledge as a Commons*, 2007, op. cit. p. 61.

⁷⁰⁴“*In the age of networked computers, many artifacts that were rivalrous can be digitalized, posted online, and thereby turned into public goods*”. (Ibid. p. 250).

⁷⁰⁵“*New Technologies can introduce the likelihood of overharvesting, congestion, rivalry, and possibly even depletion – all severe commons dilemmas*”. Em certo aspecto, vale reforçar, a discussão não se mostra tão diferente do que aquela que se apresenta em relação aos recursos naturais, haja vista que, como analisou-se brevemente no trabalho de Ostrom, tais recursos também possuem a *potencialidade* da não escassez. (Ibid. p. 47).

⁷⁰⁶“Distribuir programas de software é uma estratégia particularmente efetiva para as empresas de tecnologia de informação porque, quanto mais as pessoas estiverem ligadas por meio de programas de uma empresa, maiores os benefícios para cada participante e maior o valor dos serviços potenciais da empresa. Na indústria, esse fenômeno é conhecido como o “efeito de rede””. (RIFKIN, Jeremy. *A era do acesso: A Transição de Mercados Convencionais para Networks e o Nascimento de uma Nova Economia*. Tradução Maria Lúcia G. L. Rosa. Revisão Técnica: Equipe Makron Books de Treinamento. São Paulo: Makron Books, 2001. p. 78).

superação das noções do mercado, muito menos em eliminação da propriedade intelectual como instrumento importante, ainda que os questionamentos sejam pertinentes, em relação à comoditização da informação e do conhecimento.

Ainda nesse contexto, o estudo dessa temática sob a perspectiva dos *commons*, apesar da pertinência teórica, enfrentou certa falta de solidez em relação ao seu propósito, sobretudo, em relação às hipóteses exploradas acima. Noutros termos, ao que tudo indica, ele iniciou-se como movimento de cunho mais político, ainda que com base em elementos econômicos, buscando enfatizar certa falta de pertinência em relação ao processo de comoditização da informação, para depois mover-se para o âmbito dos modelos de negócio em si. Ambos os cenários geram crises de diferentes naturezas em relação à propriedade intelectual. Em relação ao estudo com viés mais político, o tema serviu, até certo ponto, como substância a uma espécie de ativismo digital⁷⁰⁷, dando a entender, em princípio, que seria justificável o compartilhamento de bens digitais das obras produzidas por grandes corporações (filmes, músicas, software, etc). Já no que diz respeito aos *commons* analisados na condição de modelos de negócio, em si, a contraposição baseia-se na simples crença de que tais modelos, do ponto de vista econômico, seriam mais bem-sucedidos nessa seara do que os modelos tradicionais. A crise da propriedade intelectual, nesse sentido, seria apenas resultado de uma tensão entre um modelo que se estrutura tendo tais direitos como elemento central, em contraste com outro que, por ser aberto⁷⁰⁸, tende a flexibilizá-los⁷⁰⁹ (vide, por exemplo, as obras distribuídas por meio das licenças *Creative Commons*).

⁷⁰⁷“*Instead of fulfilling the promises of the information age, large portions of online content have come under government-imposed restrictions or corporate controls like technological protection measures, licensing, and other digital-rights management techniques, all of which impede access to information and limit its use [...]. Understanding knowledge as a commons offers a way not only of countering the challenges of access posed by enclosure, but of building a fundamental institution for twenty-first century democracy [...] The internet was born as a libertarian commons, but today it badly needs organized defenders. The free distribution of ideas online is threatened by political constraints*”. (OSTROM, Elinor; HESS, Charlotte. *Understanding Knowledge as a Commons*. Massachusetts: Massachusetts Institute of Technology, 2007. p. 86, 93 e 252).

⁷⁰⁸É bom lembrar, por oportuno, que tais modelos não representam, necessariamente, a figura do domínio público: “*commons is not the same as the public domain; successful commons are frequently characterized by a variety of restraints – even if these are informal or collective, rather than coming from the regime of private ownership*”. (Ibid. p. 138).

⁷⁰⁹Ou até mesmo apresenta-os como incompatíveis: “*is would be foolish to ignore the third possibility – that intellectual property is completely irrelevant for the building of the commons*”. (Ibid. p. 209).

Em alusão à tragédia dos comuns, Michael Heller popularizou em 1998 o termo “tragédia dos anticomuns”, como forma de contrapor a visão de Hardin, enfatizando que a proliferação dos direitos de exclusão poderia gerar a subutilização dos recursos: “*In an anticommons, by my definition, multiple owners are each endowed with the right to exclude others from a scarce resource, and no one has an effective privilege of use.*” *When there are too many owners holding rights of exclusion, the resource is prone to underuse - a tragedy of the anticommon*”⁷¹⁰. Apesar de não se centrar, em seu estudo, das questões relativas aos bens informacionais, Heller não deixou de analisar alguns aspectos atinentes à propriedade intelectual, sobretudo em relação às patentes na área biomédica: “*In this setting, privatization takes the form of intellectual property claims to the sorts of research results that, in an earlier era, would have been made freely available in the public domain*”⁷¹¹. Embora o autor reconheça os incentivos da Propriedade Intelectual em relação à tomada de riscos para determinados projetos, ele argumenta que na existência de vários proprietários sobre descobertas anteriores, a inovação tende a ser prejudicada no que tange a pesquisas futuras⁷¹².

O caminho intermediário proposto do ponto de vista econômico, já que a tarefa de medir, com precisão, o nível ótimo de inovação em relação aos direitos de propriedade intelectual, é a atividade do *open innovation*: “*The Open Innovation paradigm treats R&D as an open system. Open Innovation suggests that valuable ideas can come from inside or outside the company and can go to market from inside or outside the company as well*”⁷¹³. Esse caminho, na verdade, ao reconhecer as insuficiências da busca pela inovação unicamente nos departamentos de pesquisa e desenvolvimento das empresas, explora os benefícios

⁷¹⁰HELLER, Michael. The Tragedy of the Anticommons: property in transition from Max to Markets. *Harvard Law Review*, v. 111, n. 3, p. 624, jan., 1998.

⁷¹¹HELLER, Michael. Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research. *Science*, v. 280, n. 5364, p. 698, May, 1998.

⁷¹²“*Patents and other forms of intellectual property protection for upstream discoveries may fortify incentives to undertake risky research projects and could result in a more equitable distribution of profits across all stages of R&D. But privatization can go astray when too many owners hold rights in previous discoveries that constitute obstacles to future research*”. (Ibid.)

⁷¹³CHESBROUGH, Henry. *Open Innovation: Researching a New Paradigm*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 1.

econômicos mútuos quando do compartilhamento de licenças proprietárias entre as empresas⁷¹⁴.

A discussão dos *commons* é importante do ponto de vista da propriedade intelectual porque ela interfere de modo decisivo em aspectos bastante elementares da matéria. Mostra-se como sendo particularmente importante, excluindo-se a questão de cunho político, os modelos de negócio que exploram a potencialidade da não rivalidade dos bens de natureza digital. Busca-se salientar, com isso, que o estado de crise da propriedade intelectual, nesse contexto, surge na exata medida em que a sua espinha dorsal sustentada no direito de exclusão passa a ser questionado como modelo mais adequado seja para ao desenvolvimento de obras criativas, ou mesmo, para a sua comercialização e distribuição.

2.4.2.2.2 A “propertização” do conhecimento e a “tragédia dos Commons Digitais”

Ao utilizar-se o termo “potencialidade” no tópico anterior em relação aos *commons*, buscou-se excluir, de plano, qualquer pensamento determinista em relação aos bens digitais como bens comuns, *per se*. Essa visão “determinística”, em grande medida, contribuiu para o estado de crise da propriedade intelectual em relação a essa temática, uma vez que estabeleceu uma conexão quase que direta entre o bem digital e a necessidade, quase que implícita, da sua exploração na condição de bem comum. É bem verdade que essa visão tenderia a ser mais intuitiva no caso da informação, usada na sua acepção mais básica, ou seja, como elemento isolado e desestruturado do conhecimento (cuja apropriação seria incabível), mas daí surge o problema, também já devidamente explorado, do completo sincretismo em que os termos informação – dado – ideia – fato – conhecimento etc., são usados nesse

⁷¹⁴Um dos exemplos de prática de *open-innovation*, ou de *cross-licensing agreements*, vem do segmento automotivo: “While Ford was not a member, it offered its patents at zero royalty rates to all entities that provided access to their patents on a reciprocal basis. The agreement, coupled with Ford’s open licensing practices, minimized patent litigation and effectively created a common technology pool from which all competitors could draw”. (BARNETT, Jonathan M. The Anti-Commons Revisited. 29 *Harvard Journal of Law technology*, v. 127, p. 156, 2015).

campo⁷¹⁵. De qualquer maneira, qualquer entendimento determinista deve ser evitado, já que, ao assim se proceder, poucos elementos são utilizados à devida problematização da questão.

Como em todo estado de crise os opostos tendem a ser potencializados, o mesmo ocorreu com as justificativas que caminharam em direção ao reforço da propriedade intelectual como ferramenta fundamental de incentivo em relação às produções com potencial de serem distribuídas pela rede no formato digital. Na realidade, essa já é – incentivo a criação (além da recuperação do investimento) – desde há muito, utilizada como fundamento da matéria. O que houve, na verdade, foi apenas uma adaptação dos mesmos princípios não somente à nova realidade tecnológica, mas também, ao presente escopo, a nova forma de enxergar os negócios na rede. Nesse sentido, muitos dos fundamentos baseados na necessidade de controle ao acesso como forma de observar tais princípios foram reafirmados como alicerces na realidade dos conteúdos digitais, especialmente no âmbito da discussão dos *commons*.

Em muitos aspectos, a discussão acerca da questão dos *commons* referente aos recursos naturais guarda certa semelhança com os *commons* atinentes aos bens digitais: a consideração do *copyright*, por exemplo, nada mais seria do que uma forma de preservar a criação diante do comportamento *free-rider*, ou seja, dos agentes que, em princípio, se beneficiariam do recurso sem a devida contraprestação: “*This dominant way of thinking about copyright stems from Hardin’s Tragedy of the Commons and Olson’s Logic of Collective Action, which both assert that without private incentives, individuals are likely to free-ride*

⁷¹⁵Nesse ponto pode-se inclusive retornar a visão do trabalho de Locke. O que seria, nesse sentido, um bem disponível *a priori* para a comunidade, representando os *commons*? William Fisher também segue em direção a esse questionamento: “*Similar troubles arise when one tries to apply Locke’s conception of “the commons” to the field of intellectual property. What exactly are the raw materials, owned by the community as a whole, with which individual workers mix their labor in order to produce intellectual products? At least seven possibilities come to mind: (a) the universe of “facts”; (b) languages -- the vocabularies and grammars we use to communicate and from which we fashion novel intellectual products; (c) our cultural heritage -- the set of artifacts (novels, paintings, musical compositions, movies, etc.) that we “share” and that gives our culture meaning and coherence; (d) the set of ideas currently apprehended by at least one person but not owned by anyone; (e) the set of ideas currently apprehended by at least one person; (f) the set of all “reachable” ideas – that is, all ideas that lie within the grasp of people today; (g) the set of all “possible ideas” – that is, all ideas that someone might think of*”. (FISHER, William. *Theories of Intellectual Property in Stephen Munzer: New Essays in the Legal and Political Theory of Property*. Cambridge: University Press, 2001. p. 16).

rather than contribute to the maintenance or provision of public goods”⁷¹⁶. A diferença fundamental, como já apontado, diz respeito ao exame da escassez.

Como verificou-se na apresentação da problemática envolvendo os recursos naturais, é plenamente possível que um bem seja considerado não escasso, ainda que a sua natureza seja rival. Em outras palavras, mesmo que um bem natural, um pasto, por exemplo, seja abundante o suficiente de modo a suprir, com folga, as necessidades de uma determinada comunidade, ele não será considerado não rival: o uso por um agente de um pedaço de terra qualquer, assim, necessariamente inviabilizará o uso do *mesmo* pedaço por um segundo agente. No que diz respeito ao bem digital, ainda que seja não rival em sua natureza, ele poderá ser tomado como bem escasso. A escassez, neste caso, se diferencia daquela relativa ao bem natural (ou físico⁷¹⁷). No caso do bem digital, especificamente das obras criativas que se valem desse suporte, a escassez, na realidade, refere-se à própria existência da obra, amparada por duas vertentes: a) existência baseada no desenvolvimento criativo (tomando o ato criativo como bem escasso); b) existência atinente ao sustento financeiro da obra, inserida dentro da racionalidade econômica do mercado e do risco. Ambas determinam as condições de possibilidade das obras. Explica-se.

Nenhuma obra surge no vácuo. Ela depende de um ato criativo, seja ele desenvolvido por uma coletividade que atua em nome de um grupo empresarial, ou mesmo, por um autor em seu processo criativo individual. Tomemos como exemplo uma obra cinematográfica, no primeiro caso, ou uma obra de arte-plástica realizada por um autor talentoso, no segundo. No primeiro caso, a condição de possibilidade para que ela exista, ao menos observando determinado padrão de qualidade⁷¹⁸, é a alocação de grandes volumes

⁷¹⁶ SUZOR, Nicolas. Free-Riding, Cooperations, and “Peaceful Revolutions” in Copyright. *Harvard Journal of Law Technology*, p. 144, 2014.

⁷¹⁷ “A escassez não é apenas uma restrição física. É também uma mentalidade. Quanto captura nossa atenção, ela muda o modo como pensamos, seja em um nível de milésimos de segundos, horas, dias, ou semanas. Ao ocupar nossa mente, ela afeta o que notamos, o modo de como pensamos as escolhas, o modo como deliberamos e, por fim, o que decidimos e como nos comportamos”. (MULLAINATHAN, Sendhil; SHAFIR, Eldar. *Escassez: uma nova forma de pensar a falta de recursos na vida das pessoas*. Rio de Janeiro: Best Business, 2016. p. 25).

⁷¹⁸ William Landes e Richard Posner, nesse sentido, lembram que a inexistência do *copyright* teria o condão de estabelecer incentivos para a criação de trabalhos efêmeros: “*Without copyright protection, authors, publishers, and copiers would have inefficient incentives with regard to the timing of various decisions. Publishers, in order to lengthen their head start, would be reluctant to engage in prepublication advertising and even to announce*

financeiros aptos a produzi-la. No segundo, a obra de arte é dependente da inspiração individual do criador, de sua criatividade ínsita. Ambos os aspectos – investimento e ato criativo – não são “bens” que se apresentam como sendo abundantes por sua própria natureza. Busca-se dizer, com isso, que para que eles sejam desenvolvidos em “nível ótimo” é preciso que certas condições sejam observadas, sendo o efeito carona (*free riding*), instrumentalizado, por exemplo, pela distribuição e consumo não autorizado na rede, como um fato capaz de gerar uma espécie de “Tragédia dos Commons Digitais”, ou seja, uma extrapolação que geraria exaurimento tanto da capacidade de investimento (pelo aumento substancial do risco), como do estímulo à criação.

É bem verdade que nem sempre a criação visa fins econômicos, assim como também a exploração da terra. Determinadas iniciativas como o *Wikipedia* (em relação ao contexto digital) ou uma comunidade de pescadores cuja pesca apenas vise seu próprio sustento (no âmbito dos recursos naturais), são atividades que, em princípio, não tendem a gerar escassez tomando como premissa os pontos que foram examinados até aqui. Também seria o caso do artista que cria a obra ao seu próprio deleite, pouco se importando sobre sua reprodução ou uso, ou ainda, sobre o artista que cria a obra e, com fins econômicos, a distribui com o intuito de perseguir monetização *a partir* de sua disseminação/distribuição. Mas esses casos se enquadram nas hipóteses que apenas demonstram que a “tragédia” é plenamente remediável, dependendo da circunstância, tal como analisado tanto no caso do recurso natural quanto no caso do bem digital. A escassez, *per se*, não depende, somente, da natureza do bem, mas de uma série de condições de possibilidade⁷¹⁹.

A propriedade intelectual, nesse contexto, serve ao propósito de buscar evitar a escassez relativa à perpetuação do ato criativo, assim como de estabelecer a condições

publication dates in advance, and copiers would have an incentive to install excessively speedy production lines. There would be increased incentives to create ephemeral works because the gains from being first in the market for such works would be likely to exceed the siphoning of revenues to copiers. (LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The economic structure of intellectual property law*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2003. p. 57).

⁷¹⁹ “Ao estudar os prós e os contras dos três principais modelos de gestão, governamental, iniciativa privada e de bens comuns, não se pode afirmar qual deles é necessariamente melhor ou pior que o outro. O melhor modelo de gestão depende em grande parte do contexto”. (RIFKIN, Jeremy. *Sociedade com custo marginal zero: A Internet das coisas, os bens comuns colaborativos e o eclipse do capitalismo*. Tradução Monica Rosemberg. São Paulo: Books do Brasil Editora, 2016. p. 189-190).

econômicas que viabilizam a alocação de recurso para a criação. O ponto central da discussão, assim, não recai, como às vezes se faz crer, sobre a incompatibilidade da propriedade intelectual no contexto do bem digital, apenas porque ele tem a natureza de não-rivalidade, mas de buscar delimitar aquilo que seria ou não passível de apropriação e em quais discussões. Em feita essa análise, os direitos de propriedade intelectual preservam, senão a totalidade, mas parte dos anseios e objetivos de autores e inventores, sobretudo quando almejam retornos financeiros sobre suas criações:

*Authors and inventors should be permitted to earn respect, honor, admiration, and money from the public by selling or giving away copies of their works, but should not be permitted to surrender their right to prevent others from mutilating or misattributing their works [...] property rights in general -- and intellectual-property rights in particular -- can and should be shaped so as to help foster the achievement of a just and attractive culture.*⁷²⁰

O estado de crise surge, com isso, tanto da dificuldade em delimitar o que seria ou não passível de ser identificado como verdadeiros *commons* informacionais, ou seja, os conteúdos não passíveis de apropriação em razão da sua baixa carga de elaboração no que tange a criatividade humana, além, do fato de ser o bem digital de caráter não rival. Há que se incluir nesse contexto, também, os modelos de negócios que se estruturam a partir, justamente, da distribuição livre de conteúdo (o que gera abundância), em oposição à estrutura que privilegia o controle de distribuição e (ou) de acesso: “Patentes e direitos autorais prosperam em uma economia organizada em torno da escassez, mas são inúteis em uma economia organizada em torno da abundância”⁷²¹. Essas três vertentes, podendo-se incluir, ainda, as abordagens de teor mais ativista, podem ser consideradas como sendo as vertentes que contribuíram sobremaneira ao estado de crise referente, particularmente, a questão dos *commons*.

⁷²⁰ FISHER, William. *Theories of Intellectual Property in Stephen Munzer: New Essays in the Legal and Political Theory of Property*. Cambridge: University Press, 2001. p. 4.

⁷²¹ RIFKIN, Jeremy. *Sociedade com custo marginal zero: A Internet das coisas, os bens comuns colaborativos e o eclipse do capitalismo*. Tradução Monica Rosemberg. São Paulo: Books do Brasil Editora, 2016. p. 212.

2.4.3 A era do acesso ou de custo marginal zero

Os aspectos estudados nos tópicos anteriores em relação ao universo do termo *common*, direta ou indiretamente, reflete um movimento de caráter mais macro da sociedade capitalista dos últimos vinte ou trinta anos, que influencia de forma essencial no modo de como se enxerga a propriedade intelectual. O barateamento da produção industrial, associado à convergência tecnológica baseada na digitalização, explorada sob a plataforma da *internet* e da *web*, estabeleceram o que muitos autores denominam como “era do acesso” ou “sociedade de custo marginal zero”, cujo aspecto central, inicialmente, recai na abundância dos bens oferecidos no mercado, somado à suposta perda de importância da propriedade, do ato de *ter* a posse do bem como elemento essencial do consumo contemporâneo⁷²².

A abundância e a exclusão, em princípio, se apresentam como sendo parâmetros inversamente proporcionais. Isso significa dizer que quanto mais os bens tendem a ser disponíveis em abundância, menor tende a ser a necessidade do reforço do direito de propriedade, visando o exercício do direito de exclusão: “[...] em uma sociedade de abundância, a propriedade – como o direito de excluir outros – diminui em importância. Se há farto material e mais do que suficiente para distribuir e satisfazer as necessidades e desejos materiais de todos, então organizar as relações materiais à custa da exclusão dos outros faz pouco ou nenhum sentido”⁷²³. Essa conclusão já se apresenta como sendo clara, tomando como premissa aquilo que já foi analisado no trabalho, sobretudo, nos últimos tópicos. O propósito tanto nesse quanto no próximo é de buscar refletir esse fundamento nas estruturas de negócio mais recentes.

⁷²² É importante destacar, apesar de não ser esse o escopo do presente trabalho, que tais “movimentos” são muitas vezes apresentados como estruturas que se desenvolvem a partir de uma visão de superação e (ou) de oposição em relação ao mercado e ao próprio capitalismo, o que parece ser, em um primeiro momento, uma leitura precipitada do fenômeno do capitalismo, sobretudo, por meio de uma perspectiva histórica. Ao fim e ao cabo, muitas das “inovações” daquilo que se denomina, com frequência, como “nova” economia, nada mais representa do que mutações naturais e contínuas do capitalismo, valendo-se das novas formas tecnológicas e de negócios. De qualquer maneira, mesmo com essa ressalva, a sua análise se mostra importante em relação à propriedade intelectual, uma vez que, quer queira, quer não, tais narrativas se inserem no senso comum teórico que se ocupa da matéria.

⁷²³ RIFKIN, Jeremy. *A era do acesso: A Transição de Mercados Convencionais para Networks e o Nascimento de uma Nova Economia*. Tradução Maria Lúcia G. L. Rosa. Revisão Técnica: Equipe Makron Books de Treinamento. São Paulo: Makron Books, 2001. p. 196.

Seguindo por essa linha, a abundância, ao flexibilizar a noção rígida da propriedade, de quebra, interfere na concepção da reprodução, aspecto elementar em relação em relação aos fundamentos da propriedade intelectual. Reproduzir, nesses termos, significa a produção de uma cópia, que invariavelmente é (ou era) colocada no mercado. A relação mercantil entre produtor e consumidor, até a difusão dos tais “novos” modelos de negócios, estava centrada justamente nesse paradigma: o produtor (re)produzia seus produtos padronizados (“cópias”) e os oferecia no mercado. A relação entre ambos se instrumentalizava apenas no ato formal da compra. A convergência de vários dos elementos já examinados, do ponto de vista estritamente econômico, faz com que essa relação “fria” entre produtor e comprador se transforme em uma relação de cunho mais permanente, calcada não somente no oferecimento de uma cópia padronizada de um determinado produto, mas da construção de uma relação mais duradoura que alia (1) abundância, (2) contratos recorrentes e (3) personalização. Nesse sentido, destaca Jeremy Rifkin: “Na nova economia, entretanto, a meta de toda empresa é “estabelecer relações permanentes entre ela e seus clientes”⁷²⁴.

Nesse contexto, a unificação dos fatores acima desloca, ou ao menos tenciona, a propriedade como núcleo importante em relação ao oferecimento de produtos no mercado, em direção à comercialização de plataformas nas quais serviços e produtos são adicionados: “*a plataforma é meramente o recipiente ao qual esses serviços são acrescentados*”⁷²⁵. A coisa, em si, na condição de commodity, cede lugar ao tempo que cada *usuário* emprega na plataforma. Tais plataformas não são comercializadas por meio da reprodução de cópias. Elas, *per se*, são exploradas comercialmente não pela sua *unidade* a mais no mercado, mas pelo volume de *acessos* existentes, sendo seu valor medido pelo tamanho da base instalada de clientes *recorrentes*, ou seja, que pagam continuamente. O seu conteúdo, em geral, é amplo e abundante: trata-se de plataformas que oferecem uma gama quase infundável de filmes, músicas, jogos eletrônicos etc.

⁷²⁴ RIFKIN, Jeremy. *A era do acesso: A Transição de Mercados Convencionais para Networks e o Nascimento de uma Nova Economia*. Tradução Maria Lúcia G. L. Rosa. Revisão Técnica: Equipe Makron Books de Treinamento. São Paulo: Makron Books, 2001. p. 80.

Ainda com Rifkin: “Na era dos mercados, as instituições que detinham o capital físico exerciam um controle crescente sobre a troca de bens entre vendedores e compradores. Na era das redes, os fornecedores que detém capital intelectual valioso estão começando a exercer controle sobre as condições e os termos pelos quais os usuários asseguram o acesso a ideias, conhecimento e experiências críticas”. (Ibid. p. 5).

⁷²⁵ Ibid. p. 71.

A “propriedade”, dizem os analistas, continuará a ter importância no mercado, contudo, cada vez mais, o aluguel desempenhará papel decisivo nos negócios: “a propriedade continuará a existir, mas com uma probabilidade bem menor de ser trocada em mercados. Em vez disso, os fornecedores detêm a propriedade na nova economia e fazem leasing, alugam ou cobram uma taxa pela admissão, pela assinatura ou pela associação a curto prazo”⁷²⁶. É justamente o avanço dessa concepção de negócio que faz com que alguns autores⁷²⁷, e veremos isso mais a frente no trabalho, passem a refletir sobre a transição de um direito de propriedade intelectual baseado na reprodução, em si, para um verdadeiro “direito de acesso”. Retornaremos à isso no final do último capítulo.

A abundância, como já exposto, apresenta-se como sendo determinante. Com a sua caracterização, em princípio, o ímpeto oportunista (comportamento *free riding*) baseado na reprodução para uso próprio do bem diminui de importância. Isso ocorreria em razão da própria valorização da posse do bem ser mitigada na pretensa nova economia. Tome-se como exemplo o caso dos veículos automotores, pois, se parte dos prognósticos forem corretos em relação às próximas décadas, carros serão espalhados pela cidade (com a possibilidade até de que sejam guiados autonomamente), nos moldes do que já hoje acontece com as “bicicletas compartilhadas”⁷²⁸. Dessa maneira, todos os elementos, inclusive de marketing, que buscam convencer o consumidor acerca da posse do bem (baseado na satisfação própria, no poder da marca, da conectividade pessoa etc.), possivelmente migrarão para a noção de compartilhamento, mobilidade e liberdade, preceitos esses que advêm do campo da rede. E o que sustenta(ria) essa realidade, do ponto de vista industrial, é justamente a questão do baixo custo marginal: “o custo real de produzir cada unidade adicional – descontado o custo fixo – torna-se essencialmente zero, deixando o produto praticamente gratuito”⁷²⁹.

⁷²⁶ Ibid. p. 4.

⁷²⁷ EFRONI, Zohar. *Access Right: the future of digital copyright law*. Oxford: Oxford Scholarship Online, 2010.

⁷²⁸ “Alguns grandes fabricantes de automóveis estão embarcando no trem do compartilhamento de carros. A GM criou uma parceria com a RelayRides. A General Motors Ventures proporcionou suporte financeiro à rede de compartilhamento de carros entre pares e disponibilizou seu próprio sistema Onstar para que usuários possam ter acesso fácil a qualquer veículo GM do celular. O vice-presidente da GM, Stephen Girsky, diz que a companhia está se envolvendo no compartilhamento de carros porque “o objetivo é ampliar nossa base de clientes, reduzir os congestionamentos nas grandes cidades norte-americanas e solucionar problemas de mobilidade urbana””. (RIFKIN, Jeremy. *Sociedade com custo marginal zero: A Internet das coisas, os bens comuns colaborativos e o eclipse do capitalismo*. Tradução Monica Rosemberg. São Paulo: Books do Brasil Editora, 2016. p. 265).

⁷²⁹ Ibid. p. 16.

O valor, nesse contexto, desloca-se do montante pago pela aquisição da unidade por parte do consumidor, pelo tempo que ele despense na plataforma. A escassez, nesse paradigma, deixa de se relacionar, assim, com a exclusão pela rivalidade do bem, e passa a se concentrar na “escassez” proporcionada pelo acesso, ou seja, na capacidade de se inviabilizar que terceiros que não paguem pelo direito de “usufruto” da plataforma tenha acesso sobre o conteúdo que ela disponibiliza. O comportamento *free riding* permanece e é por essa razão que a propriedade intelectual se apresenta como a matéria mais intuitiva para dar conta desse novo cenário, ao menos em relação aos modelos de negócio fechados (lembrando que o acesso livre, como já explorado, nem sempre é visto como algo prejudicial do ponto de vista seja da monetização, ou mesmo, da concorrência)⁷³⁰.

No próximo tópico buscar-se-á problematizar melhor a questão dos modelos de negócio e as crises que eles ocasionam em relação à propriedade intelectual. Neste momento o objetivo foi de apresentar, ainda que de forma breve, o cenário macro proposto por alguns autores, como forma de sedimentar determinados princípios que norteiam a construção de algumas das estruturas de negócio que serão analisadas a seguir, assim como suas insuficiências, capazes de gerar o comportamento oportunista. A apresentação desse cenário como prelúdio de uma “nova” economia adiciona elementos importantes no estado de crise da propriedade intelectual sob essa perspectiva, uma vez que trabalha com a premissa do “novo” e do “velho”, sendo o tema, dessa forma, muitas vezes apresentado como estrutura jurídica de modelos não mais compatíveis com o ambiente econômico atual. Esse aspecto mostra-se

⁷³⁰ “In their book *Information Rules*, Carl Shapiro and Hal Varian use the example of CD-based telephone directories in the 1980s and the early 1990s to illustrate how competition can affect markets for information goods. In the mid 1980s, phone directories were controlled by the major phone companies and were licensed to high-value customers (such as the Federal Bureau of Investigation and the internal Revenue Service) for about \$10,000 a disk. However, as technology made it easier to digitalize and duplicate information, these high prices attracted new competitors willing to invest the money necessary to manually copy the information in the phone companies directories and make it available to the market. But once these competitors entered the market, the high-fixed-cost-and-low-marginal-cost economics of information good took over, destroying the standard business models of generating huge profit from selling exclusive information to the highest bidders. Economic theory predicts that, in a perfectly competitive market for undifferentiated products, prices will fall to marginal cost. Not surprisingly, that is what happened in the phone-directory market. As new competitors entered, prices quickly fell to a few hundred dollars, and then to less than \$20. Today, phone-directory information is, essentially, given away”. (SMITH, Michael; TELANG, Rahul. *Streaming, Sharing, Stealing: Big Data and the future of entertainment*. New York: MIT Press, 2017. p. 45).

pouco sólido e substancialmente superficial para uma análise complexa do tema, embora não raras vezes integre o senso comum teórico do assunto.

2.4.4 A propriedade intelectual face ao dinamismo dos modelos de negócios

Partindo do cenário estudado até aqui, não somente dos aspectos conjunturais relativos a “era do acesso” ou a “era do custo marginal zero”, e por extrapolação das questões do universo econômico, mas também das modificações de natureza tecnológica, focaremos, nesse momento, na construção dos modelos de negócio (ou de distribuição de conteúdo) e como eles interferem tanto na teoria quanto na aplicação dos direitos de propriedade intelectual. O objetivo é de aprofundar a relação, nem sempre harmoniosa, entre tais direitos com o dinamismo que acompanha os referidos modelos, em especial, em momentos (como os de hoje) no qual as novas tecnologias aumentam o espectro das possibilidades relativas à monetização de diversos de seus componentes (como por exemplo, no passado, fotografia, ondas de rádio e sinais de televisão e, mais recentemente, das repercussões econômicas advindas da digitalização e da *internet*).

A realidade atual traz consigo um dinamismo no que diz respeito aos modelos de negócio porque, pela primeira vez na história, estabeleceu-se uma plataforma única em que os negócios, ou muitos deles, são arquitetados. O já estudado fenômeno da convergência tecnológica explica uma parte importante desse aspecto. Seguindo por essa linha, a partir do momento em que se estabiliza a plataforma, e os meios de distribuição, se por um lado esta, *per se*, decai em importância do ponto de vista de concentração dos retornos financeiros, por outro, ela expande as possibilidades de compreensão do usuário aumentando, por consequência, o potencial de obtenção de lucros a partir da personalização:

On the basis of our research, we are optimistic about the future health of markets for creative content. Information technology makes some business models less profitable, of course; but it also makes possible new degrees of personalization, customization, variety, and convenience, and in doing so it introduces new ways to deliver value to consumers, and new ways to profit from delivering this value.⁷³¹

⁷³¹ Ibid. p. 15.

Tais plataformas, associadas a modelos contratuais de adesão que privilegiam a relação contínua (por exemplo, os modelos de assinatura), permitem com que as empresas estreitem a relação com o usuário, buscando sua fidelização. Esses modelos, em outras palavras, buscam permitir o acesso à plataforma por meio de uma mensalidade cujo valor muitas das vezes é módico. O modelo, na verdade, se baseia na premissa de que embora o pagamento mensal seja muitas vezes baixo, ele é contínuo. Muitos desses modelos podem ser encontrados nas já notoriamente conhecidas plataformas de entretenimento como Netflix e Spotify, na área de jogos eletrônicos no Xbox Live ou Playstation Network (e provavelmente em breve nos serviços de *streaming* de jogos como *Stadia* do Google e Playstation Now da Sony), ou mesmo no segmento de software com exemplos de empresas como Microsoft (Office 365) ou Adobe (Creative Cloud).

Em alguns casos o acesso se dá de forma proprietária, ou seja, com a necessidade de pagamento prévio para que haja a obtenção do acesso ao conteúdo; em outros modelos, a disponibilização se dá de forma “gratuita”, com fins de alavancar o efeito de rede⁷³², sendo sua versão paga acompanhada de determinados benefícios especiais como o que acontece com o Spotify (modelo também conhecido como *freemium*). A disponibilização de forma gratuita, vale dizer, nem sempre vem seguida de modelos pagos. Em alguns casos, a disponibilização gratuita é integral e sem diferenciação de plano, o que também visa o efeito de rede: mas nesse caso, a monetização adviria de outras fontes como shows, no caso da música (sendo o Tecnobrega um exemplo), ou mesmo, em serviços de consultoria, no caso de artigos científicos. O efeito de rede, ou seja, a disseminação a um grande público na rede, também é perseguida no caso de diversos jogos eletrônicos disponibilizados de forma gratuita, monetizados a partir publicidade. É o caso do famoso jogo *Angry Birds*. É curioso notar, neste caso, que depois que o efeito de rede atinge um certo nível, ou seja, a partir do momento em que a marca atinge alta popularidade (às vezes na casa dos bilhões de downloads), as empresas passam a explorar outras verticais como licenciamento de produtos (por exemplo brinquedos), ou ainda, o ramo do entretenimento como o cinema (vide esse exemplo). Movimento

⁷³² Esse efeito também é conhecido como “comportamento de manada”: “When consumers have little independent information about products, they often follow the crowd and choose what other people are consuming. This behavior, which social scientists refer to as “herding”, is well documented in the academic literature”. (Ibid. p. 72).

semelhante, também do ponto de vista de reprodução não autorizada, ocorre com a produção de conteúdo por meio do *YouTube*.

O fato é que os exemplos citados acima representam esse novo movimento que privilegia o acesso a uma gama ampla de conteúdo ou de serviços, negócios viabilizados por meio do ambiente digital. O argumento acerca da diminuição de importância da reprodução, em si, em prol do acesso, tem a sua razão de ser, sobretudo, do ponto de vista de negócio. A forma de consumo de entretenimento sofreu uma modificação profunda nos últimos vinte anos, em especial, pela premissa da economia de escala: “*The key majors dominance has been their ability to use economies of scale to give themselves a natural competitive advantage over smaller firms in the fight for scarce resources*”⁷³³. Mas mesmo a partir desse contexto, as tensões que ecoam nos fundamentos da propriedade intelectual permanecem, justamente porque, nesse contexto, ainda se perpetua o comportamento oportunista. Expliquemos esse ponto melhor.

Sem a pretensão de ingressar em profundos meandros econômicos, em especial de natureza econométrica, o aspecto que se busca explorar é que possivelmente exista um ponto ótimo em que o oferecimento de determinado produto no mercado (seja ele de entretenimento ou de origem industrial) tenha o condão de reduzir, senão eliminar, o comportamento oportunista (*free riding*). O atingimento desse objetivo, como vimos no decorrer do presente trabalho, depende de determinados elementos como capacidade tecnológica de controle, preço, disponibilidade, concorrência, natureza do canal de disponibilização, facilidade de consumo, dependência de outros componentes ao consumo, potencial de cópia (sem perda de qualidade), dependência do produto ou serviço, ser de natureza multiplataforma etc. Se um produto é fácil de copiar, ele será copiado. O mesmo acontece com o acesso, posto que, se o preço de um produto é acessível, o comportamento oportunista *tende* a ser menor; se existir concorrência, o preço *tende* a cair e as opções *tendem* a ser mais vastas; se existir dependência do produto/serviço, por exemplo, um *designer* que precisa de uma ferramenta como o Adobe

⁷³³ SMITH, Michael; TELANG, Rahul. *Streaming, Sharing, Stealing: Big Data and the future of entertainment*. New York: MIT Press, 2017. p. 15.

Photoshop, mas não haver capacidade financeira de sua aquisição, o nível de reprodução não autorizada invariavelmente aumenta.

No decorrer da década dos anos 2000 a reprodução não autorizada de jogos eletrônicos era consideravelmente alta. Dois elementos dos mencionados acima contribuíram para isso: facilidade de reprodução dos discos, sem considerável perda de qualidade, e capacidade de leitura do console. Com o tempo, algumas condições modificaram o cenário, até de forma consistente. Em primeiro lugar, os jogos passaram a ser tornar mais acessíveis, inclusive, no ambiente digital (os preços se tornaram mais dinâmicos). Também surgiram modelos de assinatura em que os usuários pagam um valor anual, tendo direito a descontos nos jogos e (ou) sua disponibilidade integral. Os mecanismos de proteção dos consoles também foram aprimorados, sendo a sua circunscrição mais laboriosa. Houve ainda a contribuição dos jogos *multiplayer* que, por necessitarem de conexão à internet, permitem que os produtores “corrijam” fraudes ou cópias de forma mais simples. Ao final, atualmente, excluindo-se a questão, ainda pouco representativa no segmento, do compartilhamento não autorizado de *acessos* aos serviços de assinatura.

O caso dos atuais serviços de *streaming* no segmento audiovisual também é representativo nesse contexto. Após a onda de compartilhamento de bens digitais no início da década dos anos 2000, apresentando-se, de forma pioneira, a plataforma digital como apta a distribuição de bens como jogos, músicas e filmes em grande escala na rede, tanto os produtores de conteúdo quanto novos *players* passaram a explorar esse novo canal como matriz de distribuição de seus produtos. Alguns exemplos: *Netflix*, *HBO GO*, *Fox Premium e Fox Now*, *Amazon Prime*, *Disney Plus* etc. Se por um lado os preços, a possibilidade de consumo em diferentes plataformas e o *portfolio* vasto de conteúdo auxiliaram na redução do comportamento oportunista, ou seja, estabeleceram condições favoráveis ao consumo formal de tais “serviços”, por outro, não conseguiram eliminar que outras plataformas usurpassem tais conteúdos e o disponibilizassem sem autorização. Uma das explicações econômicas para isso é: ao se disseminar o número de *players* formais que oferecem serviços de *streaming*, em especial explorando conteúdos exclusivos, o usuário, caso tenha interesse em consumir duas ou mais dessas plataformas, terá que “assiná-las” em separado, o que aumenta os custos. Em

outras palavras, a “entropia” que todos esses canais geram incentiva que terceiros, que estão alheios às negociações que envolvem licenciamento, direitos de distribuição, produção de conteúdo, etc, compilem todos os conteúdos e disponibilizem tudo ao mesmo tempo, em uma única plataforma. O consumo, com isso, tende a se tornar mais dificultoso (o que não foi o caso, nesse particular, dos consoles de jogos analisados acima, haja vista a sua tendência de consumo a partir de públicos alvos mais bem definidos). Essa questão, mais precisamente o aspecto dos conteúdos exclusivos por plataforma de *streaming* (ou mesmo o exemplo dos jogos exclusivos dos consoles), inserem-se no contexto macro da escassez, ainda que se desenvolvam em um pretense ambiente de abundância.

Veja-se, igualmente, o caso dos programas de computador. No momento em que os programas, de modo geral, eram comercializados por meio de discos, em “caixas”, a reprodução não autorizada era disseminada pelas mesmas razões verificadas no caso dos jogos eletrônicos: facilidade de reprodução, sem perda de qualidade e capacidade de leitura. Nos últimos anos, contudo, a forma de comercialização transformou-se. Não apenas em relação aos contratos de assinatura, também trazendo para o universo de software (sobretudo proprietários) a recorrência de pagamento, mas também no que diz respeito a sua disponibilização. A maioria, atualmente, é disponibilizada por meio de canais digitais. Alguns, como o Microsoft Office 365, são disponibilizados pelo *browser* (ou seja, diretamente pela internet), na modalidade conhecida por *cloud*. Neste caso, o programa é efetivamente executado no ambiente do fornecedor do serviço, sendo disponibilizado ao cliente apenas *acesso* a interface do programa. Em alguns outros casos, apesar da disponibilização digital, o programa tem ser baixado no computador do próprio usuário para que o software seja executado. No primeiro caso, da computação em nuvem, a reprodução não autorizada é absolutamente inviável, sendo possível, somente, o compartilhamento ilegal de conta. Já no segundo, já que ainda existe a “reprodução” do programa via *download*, essas chances aumentam.

Algumas modalidades novas, ainda no campo de *software*, são os *games multiplayer* e as modificações não autorizadas que beneficiam determinados usuários. Alguns jogadores, nesse contexto, alteram o código do programa de modo a criarem um ambiente

mais favorável ao seu desempenho (uma arma, por exemplo, que consiga acertar os oponentes com maior acuracidade, diferente daquilo que foi originalmente desenvolvido pelo produtor do jogo e que estrutura a participação de todos). Esse exemplo, apesar de soar como trivial, representa um novo problema de negócio bastante significativo, em um ramo que hoje auferia altas cifras. No momento em que esse comportamento oportunista se dissemina no jogo, este passa a ter sua credibilidade em cheque, o que ocasiona, por consequência, a redução do número de jogadores. A violação à propriedade intelectual, nesse caso, é acionada, na sua vertente de violação de *software*.

Apesar da variedade dos formatos de exploração comercial, alguns analistas buscam categorizar tais modificações dentro de classificações de natureza macro. É o caso, por exemplo, dos chamados negócios *blockbusters* e *long tail*. Eles refletem bem a linha de argumentação explorada até aqui. Os negócios baseados no formato *blockbuster* possuem como espinha dorsal o investimento de altas quantias direcionadas ao desenvolvimento de produtos decorrentes da avaliação de *experts* que definirão os rumos da obra (como uma espécie de curadoria). O conhecimento que é alocado à sua confecção parte, majoritariamente, da indústria, e o controle sobre a criação, geralmente, representa o método utilizado para a sua comercialização: “*the entertainment industries existing processes for capturing value from blockbusters start with a set of experts deciding which products are likely to succeed in the market*”⁷³⁴. A modalidade *long tail*, por sua vez, se vale de premissas diferentes para a captura de valor. Ao invés de apostar em um sistema que concentra esforços no produto, em si, considerado na sua dimensão singular, o modelo *long tail* estrutura-se (1) a partir da disponibilização de vasto conteúdo e (2) da personalização sobre o consumo do usuário:

Long tail business models use a very different set of processes to capture value. These processes – on display at Amazon and Netflix – rely on selection (building an integrated platform that allows consumers to access a wide variety of content) and satisfaction (using data, recommendation engines, and peer reviews to help customers sift through the wide selection to discover exactly the sort of products they want to consume when they want to consume them. They replace human curators with a set of technology-enabled processes that let consumers decide which products make it to the front of the

⁷³⁴ SMITH, Michael; TELANG, Rahul. *Streaming, Sharing, Stealing: Big Data and the future of entertainment*. New York: MIT Press., 2017. p. 75.

*line. They can do this because shelf space and promotion capacity are no longer scarce resource.*⁷³⁵

Os modelos *long tail*, apesar de, em um primeiro momento, se mostrarem como sendo incompatíveis com as formas tradicionais de se enxergar o papel da propriedade intelectual nos negócios, na verdade, pode representar a base de sua oxigenação comercial. Dentro do contexto da “máquina celestial” abordada pelo professor de Stanford Paul Goldstein, nota-se bem essa característica: “*the celestial jukebox will give copyright owners a more exact measure of consumer demand for their products than they have today, enabling them to channel their investments more precisely to meet these newly articulated patterns of preference*”⁷³⁶. Seria, nesse caso, uma adaptação precisa dos direitos de *copyright* ao movimento econômico da personalização (movimentos esse, aliás, dependendo da originalidade tecnológica envolvida, igualmente passível de proteção).

A compreensão do dinamismo dos modelos de negócio sempre foi e continua sendo fundamental para a assimilação das tensões da propriedade intelectual sob o ponto de vista econômico. Essas crises, que possuem diferentes graus, podem ser explicadas não somente pela capacidade de tais modelos de se desenvolverem de maneira, às vezes, “não intuitiva” em relação a certos fundamentos da matéria, mas também pela constante instabilidade que esse cenário gera para o tema. No decorrer do trabalho buscou-se atrelar tais instabilidades como algo peculiar na própria construção desse direito, o que o torna naturalmente multifacetado. Nesse contexto, a característica de dinamicidade dos modelos de negócio se apresenta como aspecto essencial para a compreensão da crise sob a perspectiva econômica.

⁷³⁵ Ibid.

⁷³⁶ GOLDSTEIN, Paul. *Copyright's highway: from Gutemberg to the celestial jukebox*. USA: Stanford Univertisty Press, 2003. p. 188.

2.4.5 A dicotomia entre controle e acesso de uma perspectiva econômica

A dicotomia entre o controle e acesso do ponto de vista econômico, sobretudo em face do dinamismo dos modelos de negócio como visto no tópico anterior, adicionam elementos importantes para a compreensão dos fundamentos da matéria, em especial, sob o olhar de crise. Essa dicotomia, na verdade, representa uma estrutura elementar no que tange ao estudo do tema porque lida com a premissa básica acerca do controle de bens de natureza intelectual cuja demarcação, nem sempre, é tão observável quanto em outros casos que lidam com o fenômeno da “propertização”. Os modelos de negócio associados à propriedade intelectual se relacionam, em grande parte, com as possibilidades de distribuição, viabilizados pela tecnologia (como vimos anteriormente), e com a consequente capacidade desses modelos em estabelecerem, de um lado, a potencialização de estruturas existentes, tornando-as mais eficientes, personalizáveis e atrativas financeiramente, de outro, modelos inéditos cuja criatividade do ponto de vista de atividade econômica geram uma tensão com os “modelos tradicionais”.

Portanto, se em um determinado momento a exploração se dava especialmente a partir do “enclausuramento”, sendo este elemento essencial para a exploração dos modelos negociais, com o tempo, sobretudo nas últimas décadas, a “abertura” também passou a representar não somente ato de afronta contra a estrutura, mas elemento que ingressa no âmago da própria discussão empresarial, adicionando possibilidades à exploração dos bens de natureza intelectual. Em outras palavras, se em um determinado período da história a disponibilização gratuita de bens, como livros, por exemplo, de modo algum poderia ser vista como benéfica ao negócio, hoje, ao menos, passa-se a refletir sobre novas estruturas que adotam essa característica como mecanismo de monetização.

A dicotomia do controle e acesso, de um ponto de vista meramente econômico, significa, assim, a possibilidade de monetização tanto a partir do controle do bem, de seu aspecto mais rigoroso no que tange ao seu caráter proprietário, quanto a sua monetização a partir da possibilidade de uso livre, ou próximo disso. A partir dos modelos de negócios atuais, mostra-se como sendo possível argumentar que essa dicotomia, ínsita no desenvolvimento da

matéria ao longo dos anos, flexibiliza-se, pois não recai mais sobre ela, somente, o núcleo das discussões referentes à matéria, em especial sob o olhar econômico. Em outras palavras, não é mais somente a partir das possibilidades de controle que as explorações comerciais são desenvolvidas e protegidas atualmente, não obstante algumas delas, em determinadas condições, serem supérfluas na consecução de tais objetivos.

De todo modo, como vimos, os modelos baseados no controle ainda explicam boa parte dos retornos advindos da exploração dos bens dessa natureza. O recrudescimento do acesso a conteúdo em detrimento da aquisição de cópias não desvirtua o objeto dessa questão, até porque, ao presente escopo, o “acesso” cobre ambos. Porém, o acesso aos conteúdos já se mostra como sendo o novo elemento estrutural que explica as necessidades de controle. Ou seja, são as plataformas de conteúdos analisadas no tópico anterior os novos ambientes cercados pelas barreiras tecnológicas, igualmente exploradas a partir da lógica da escassez (ainda que de forma menos “rígida”). A possibilidade de ingresso ou não nelas é que o sustenta a sua exploração comercial, como se nota no caso dos filmes, da música, dos jogos eletrônicos, até mesmo, dos jornais.

O dinamismo em relação aos modelos de negócio, não somente nos seus mais inúmeros modos de exploração, mas, sobretudo em relação aos modelos “fechados” e “abertos”, gera não somente um estado de constante necessidade de adaptação da propriedade intelectual, mas também, de tensão em relação as suas próprias premissas filosóficas. Pense-se em alguns cenários extremos. Na hipótese de completa extrapolação de modelos de negócio que privilegiam, por exemplo, os modelos abertos, muitos dos pressupostos da matéria caem por terra. Qual seria, nesse cenário, a importância da propriedade intelectual se os criadores não enxergassem óbice em relação à exploração livre da obra? Aliás, pelo contrário, se vissem, nisso, justamente o elemento que torna a obra valiosa no mercado? Imagina-se, por outro lado, uma plataforma tecnológica que inviabilize, a partir de medidas de caráter tecnológico, qualquer acesso e (ou) reprodução não autorizada. Neste caso, a estrutura da propriedade intelectual não passaria de um mecanismo jurídico apenas para consubstanciar, nos seus aspectos formais, contratos de exploração de conteúdo. Contudo, sob a perspectiva de

acesso ou de reprodução não autorizados, o problema não existiria, o que eliminaria consigo a necessidade dos mecanismos de coerção.

O estado de crise, nesse contexto, surge justamente pela falta de estabilizações mais duradouras em relação às infinitas possibilidades de exploração comercial dos bens tutelados por tais direitos. Não que se devesse, frise-se, eleger a estabilização, necessariamente, como parte dos seus objetivos. Trata-se, apenas, da apresentação de um diagnóstico que torna a matéria dos direitos de propriedade intelectual relativamente peculiar quando comparada com outros ramos do direito, exatamente pela sensibilidade de tutelar uma ampla gama de direitos que advém de experiências das mais dinâmicas e de traços consideravelmente variados.

A dicotomia entre o controle e acesso, por meio da visão econômica, ocorria, em um primeiro momento, a partir das reproduções não autorizadas. Seria o “acesso”, nesse caso, perpetuado por meio da reprodução, haja vista os modelos de negócios serem explorados, em boa parte, a partir dessa estrutura. Com o advento dos modelos mais recentes analisados no tópico anterior, o núcleo baseado na reprodução torna-se obscurecido pelas plataformas de acesso. Nesta segunda realidade, as tensões surgem em decorrência da circulação dos modelos em ambos os espectros (o do controle e do acesso). A crise, nesse sentido, surge no momento em que não se mostra como sendo claros os limites entre a relação dos aspectos comerciais e os direitos de propriedade intelectual: existe a vertente da potencialização, ou seja, o modelo de negócio que reforça as características de controle; há também as vertentes que utilizam tais modelos como prelúdio de superação desse pilar do paradigma da matéria; e, por fim, destacam-se as linhas que os consideram como meras adaptações da matéria aos formatos de exploração comerciais atuais.

2.4.6 Breves perspectivas do *Law & Economics*

O movimento americano do *Law & Economics*, apesar de simbolizar um desenvolvimento que busca analisar, com ferramentas econômicas, o fenômeno jurídico em geral, explorando seus mais diferentes ramos (contratos, propriedade, responsabilidade civil,

processo judicial, direito penal etc.), confere atenção especial aos direitos de propriedade intelectual, como bem destaca Richard Posner já na introdução de seu conceituado *The Intellectual Structure of Intellectual Property: awareness that intellectual property raises distinctive economic issue long predates the modern law and economic movement*⁷³⁷. Tal movimento ingressa no presente contexto na medida em que oferece substância de justificação econômica, sobretudo nos estados de crise sob a perspectiva econômica, com a pretensão de oferecer caminhos que se valem dos pressupostos eminentemente econômicos como base de sua linha de argumentação.

Um dos primeiros aspectos a serem destacados em relação a essa posição de privilégio da propriedade intelectual sobre o movimento *Law & Economics* diz respeito ao seu caráter peculiar de induzir relações que, em princípio, possuem baixo custo de transação em comparação, por exemplo, com as leis que regem as propriedades físicas: “*The principal difference between the law of intellectual property and the law of physical property is that transaction costs tend to be much higher in the former case*”⁷³⁸. A conclusão não deixa de ser óbvia, em especial em consideração ao que já fora estudado até aqui. Contudo, vale reforçar, novamente, o aspecto de que o baixo custo transacional em relação a tais direitos o torna mais sensível aos influxos de “propertização”, questões essas que tendem a aparecer com muito menos intensidade no caso da propriedade física.

No contexto da crise de uma perspectiva econômica, é possível reforçar dois aspectos que surgem no âmbito do *Law & Economics*. O primeiro diz respeito a sua capacidade de servir como reforço aos cenários de crise. Em outras palavras, a partir das justificações econômicas, é possível que tais análises destaquem a impertinência dos direitos de propriedade intelectual, assim como parte de suas premissas, como forma de oxigenar o mercado (o que de alguma maneira enfraquece o argumento de que tais direitos, necessariamente, servem para incentivar à produção): “*The less extensive copyright protection is, the more an author, composer, painter, or other creator can borrow from previous works*

⁷³⁷POSNER, Richard. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003. p. 1.

⁷³⁸Ibid. p. 8.

*without a license yet without thereby infringing copyright, and the lower, therefore, the costs of creating a new work*⁷³⁹. O segundo, ao contrário, pretende reforçar seus pressupostos por meio de análises meramente econométricas, que algumas vezes não dizem muito em relação à compreensão problematizada do assunto.

A questão é que nem sempre pode-se reduzir a complexidade do tema para fundamentos que se apresentam, unicamente, no contexto econômico. Posner, por meio de tais fundamentos, acredita que seja possível, por exemplo, a localização de um nível ótimo de proteção aos direitos de *copyright*: “*Optimal copyright protection depends not only on the number and cost of original works but also on the number and cost of copies of each original work*”⁷⁴⁰. A insuficiência de assim se proceder, quando, frise-se, essa questão é considerada isoladamente, deságua em uma espécie de abstração definitiva, apta a criar modelos ideais que deixam de lado toda a complexidade explorada até aqui, seja no tocante à formação do paradigma internacional do tema, ou mesmo, das suas características de crise, componentes que se desenvolvem em um ambiente dialético.

Tome-se como exemplo o caso da proteção dos programas de computador. Em um ambiente de disseminação de cópias não autorizadas, a discussão acerca do real prejuízo que tal aspecto pode gerar ao detentor do respectivo direito de propriedade intelectual, de um ponto de vista do *Law & Economics*, recai na possibilidade ou não dos usuários terem capacidade financeira de arcarem com os custos de aquisição do programa diretamente do fornecedor ou de sua cadeia de distribuição autorizada. O argumento central é o de que na impossibilidade de o usuário arcar com esses custos, os prejuízos do fornecedor, ao fim e ao cabo, seriam inexistentes, enfraquecendo os argumentos relativos às perdas de mercado, debilitando, por consequência, os argumentos que são capazes de reforçar modificações de

⁷³⁹Ibid. p. 68.

⁷⁴⁰Ibid. p. 74. E continua o autor: “*The cost of expression to authors of copyrighted works increases as copyright protection increases, because of transaction costs, acquisition costs (the license fee charged by the owner of a copyrighted work that the new producer wants to incorporate in his work), and substitution costs (finding some equivalent in the public domain to the copyrighted input that the new producer would most like to use) [...]. In other words, optimal copyright protection will tend to be greater the more responsiveness will depend on both the costs of creating new works and the costs of producing unauthorized copies. The higher the costs of new works and the lower the costs of producing unauthorized copies, the greater the optimal scope of copyright protection*”. (Ibid. p.78, 84).

cunho jurídico para lidar com essa realidade. Isso se daria, principalmente, em razão do reduzido custo marginal em se produzir uma unidade a mais do programa. Posner, nesse contexto, explica:

But actually suppose that people who copy an operating system are mainly people who could not afford to, and would not, buy the operating system from the producer-maybe they live in the third world. That means that the producer is not actually losing any sales as a result of this unauthorized copying. That is very different from the situation where someone goes into a Rolls Royce showroom and steals a Rolls Royce. The fact that he could not afford to pay for it does not mean that he is not inflicting harm on the company; he is, because the property that he is taking is unavailable to be sold to someone else. But however many people copy an operating system, that doesn't restrict the output of the producer of the operating system, except insofar as the people who do the copying actually could and would pay the producer's price if they could not copy. If only a few of the people who copied the program would have bought it, the producer actually benefits from the piracy because the more people who use the operating system the greater the market for applications programs that work with it, and he may produce such programs as well as the operating system.⁷⁴¹

A questão da análise econômica da propriedade intelectual, ao fim e ao cabo, recai sobre a importância do estabelecimento desse direito de propriedade em relação à disseminação das criações e inovações: “Sem os direitos de propriedade, o inovador poderá tentar manter a inovação em segredo para lucrar com ela [...]. Com direitos de propriedade intelectual eficazes, entretanto, o inovador não precisa ter medo de que outras pessoas venham a roubar a inovação”⁷⁴². O grande problema é que em não sendo, para se valer de um termo econômico, um ambiente em que as informações são simétricas, ou seja, em que todos os agentes interessados possuem a mesma posição no que tange ao domínio da informação (transparência), não se mostra como sendo possível, em especial diante da complexidade do

⁷⁴¹O autor, contudo, reconhece que a questão é mais complexa e depende da análise de outras variantes: “*This is not to say that rampant copying of copyrighted work cannot hurt copyright owners; of course it can. It depends on how much copying there is, who is doing the copying, how good the copies are, and so on. That is why we have this file-sharing controversy about to be argued in the Supreme Court; with very cheap, acoustically adequate, and rapid copying of popular music CDs the manufacturers of the CDs may be losing a substantial income. Infringement is something to think about, but it should not be equated to theft because of the difference between a public good and a private good*”. (POSNER, Richard. *Do we have too many Intellectual Property Rights?* Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1194&context=journal_articles. Acesso em 20 nov. 2019).

⁷⁴²COOTER, Robert; ULEN, Thomas.

Direito & Economia. Tradução Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 135.

capitalismo contemporâneo, compreender muito bem a relação do reforço da propriedade intelectual com o grau de inovação em determinada área, ou mesmo, o tamanho do prejuízo no caso de não serem eficazes (ou até mesmo a discussão a respeito do que significa, na realidade, um direito de propriedade intelectual eficaz). No fundo, o movimento do *Law & Economics* desempenha um papel importante no contexto da crise de uma perspectiva econômica, na medida em que busca oferecer argumentos com autoridade jurídica, mas baseados em fundamentos econômicos.

2.5 A crise de uma perspectiva político-jurídica

Nesse momento do trabalho, ingressamos no último pilar das perspectivas de crise que se mostram como sendo decisivas à compreensão da propriedade intelectual como um todo, nas suas mais variadas facetas. Esse direito, como vimos até aqui, possui peculiaridades em sua estrutura e desenvolvimento que o torna especial quando analisado em comparação com outros direitos do ordenamento jurídico. A instabilidade ínsita em relação as suas premissas filosóficas, que em grande parte decorre dos pilares de crise aqui explorados, contribui para a sua constante revisitação, não somente em relação a aspectos da lei, em si, mas em relação aos seus objetivos mais fundamentais que justificam a sua própria existência.

No que diz respeito ao objeto de análise da presente parte do trabalho, dois prismas buscarão ser explorados e, de plano, devem ser destacados. Em um primeiro momento, é importante ressaltar que o pressuposto que explica o direito, nos presentes termos, é aquele que advém da experiência. Ou seja, a construção do direito, sobretudo da lei, decorre de um processo complexo que reflete diversos movimentos sociais, neles se incluindo necessidades mais proeminentes dos cidadãos, em especial em relação à sua segurança e convívio harmonioso, sendo o Estado, neste particular, agente fundamental e ativo para a perseguição desses objetivos. Há também tensões sociais que se desenvolvem em um outro plano que basicamente dizem respeito às diferentes visões e interesses que emanam do mercado e das empresas que, muitas vezes, necessitam da legitimação pelo direito para operarem. Neste contexto, aliás, em segundo lugar, buscar-se-á partir da premissa de que muitos dos agentes econômicos trabalham dentro da margem da lei de modo a buscar a

legitimação de seus interesses (econômicos) na forma da lei, tendo como objetivo, principalmente, formalizar o direito de coerção, peça chave na busca de observância dessa formalização.

Esses dois aspectos surgem como sendo essenciais na compreensão da propriedade intelectual sob essa perspectiva. Em realidade, essas duas verticais são importantes para entender o fenômeno da construção do direito de modo geral, tido na condição de desenvolvimento cultural. Contudo, no caso da matéria aqui em estudo, elas se mostram particularmente fundamentais em virtude da origem multifacetada do tema. Isso porque (1) a propriedade intelectual, como vimos, no decorrer do trabalho, possui uma “experiência” complexa, sensível a diferentes fatores que surgem e desaparecem no tempo; (2) em virtude de ser um tema que se desenvolve de forma paralela aos mais diferentes interesses econômicos, a participação da iniciativa privada, seja das antigas guildas ou das modernas corporações multinacionais, exerce substancial poder de influência no modo de como esse direito é construído.

A decisão de partir desses dois pilares como forma de compreender a crise da propriedade intelectual sob a perspectiva político-jurídica tem como objetivo, de plano, evitar se valer de suposições determinísticas que invariavelmente se apresentam como aptas a explicar os fundamentos da matéria. Busca-se enfatizar, com isso, que a complexidade do tema, muitas vezes, não consegue se enquadrar nos limites de princípios como “incentivo à inovação”, “recuperação de investimento”, “incentivo à cultura”, entre outros. Não obstante eles servirem como princípios que podem ser úteis para nortear a matéria, em especial ao senso comum, eles, *per se*, não podem ser utilizados de forma isolada para a compreensão de todas as suas nuances. Tratam-se, muitas vezes, de elementos que constroem uma espécie de senso comum teórico da propriedade intelectual, muitas vezes insuficientes para entender a magnitude de seu espectro. Valoriza-se, desse modo, uma metodologia de cariz verdadeiramente dialética para a análise de suas problematizações (e contradições) possíveis.

O exame da crise a partir da visão político-jurídica será realizado por último, ou seja, ao final das quatro perspectivas escolhidas, não por acaso. É nesse ambiente que muitas

das questões estudadas acima deságuam. A lei, nesse sentido, apenas reflete vários dos aspectos e tensões que foram analisadas nas crises sob as perspectivas tecnológica, de autoria e econômica. Em outras palavras, todos os conflitos gerados pelos avanços da tecnologia, pelas discussões relativas à compreensão da autoria e, em especial, das tensões geradas pelos movimentos dinâmicos de ordem econômica, invariavelmente acabam por serem internalizados, direta ou indiretamente, pelos operadores de direito em geral para, posteriormente, dependendo de seus desenvolvimentos, serem refletidos no conteúdo da lei, seja de natureza nacional ou, especialmente, no contexto internacional. Nesse sentido, pode-se incluir, em nível introdutório, as discussões que envolvem a proteção autoral dos programas de computador; a questão da autoria sobre bens desenvolvidos por inteligência artificial; os prazos de proteção para bens protegidos por direito autoral; àquelas relativas ao *fair use*; a proteção da base de dados; a proteção do software por patente; ou mais no passado as discussões referentes às obras fotográficas; aos sinais de rádio; às emissões televisivas; etc.

Todos esses exemplos repercutem no direito a partir de inúmeras tensões que, invariavelmente, não se apresentam como sendo óbvias e (ou) apreensíveis sem a compreensão a fundo de seus elementos intrínsecos. Por que o prazo de proteção das obras protegidas por direito autoral é um e não outro? O que explica? A tradição? A proteção do autor? Ou a influência das empresas que, ao lidarem com o movimento cada vez mais crescente de comoditização da informação, procuram a proteção que mais busca atender aos seus interesses comerciais? Ou, no fundo, a influência exercida pelo conjunto desses fatores? A mesma provocação pode ser realizada sobre a tutela dos programas de computador por direito autoral, ou mesmo, sobre a sua tutela por direitos de propriedade intelectual de forma geral. O que explica a proteção por esse direito de uma base de dado? Tais questões, vale ressaltar, não possuem cunho retórico. Na verdade, elas buscam trazer à tona, simplesmente, o papel da lei e do processo legislativo, tido no seu espectro mais amplo, como elemento que ingressa no contexto de diferentes crises, essas sim, responsáveis em grande medida por responder a tais perguntas, ao menos por indicar algumas de suas origens e (ou) pressupostos dialéticos.

A crise sob uma perspectiva político-jurídica, com isso, busca problematizar o direito não somente em relação às outras crises ora analisadas, mas particularmente, em relação as suas próprias, que delas também decorre. Tratam-se, a bem da verdade, de crises que podem ser analisadas de forma isolada, como o fizemos, mas que, no limite, quando da tentativa de entender as nuances do tema, precisam ser conectadas. Essa conexão, não raras vezes, pode ser observada por meio de uma visão de ciclos: primeiro surge a tensão, depois o direito estabelece os mecanismos de “harmonização”, e assim sucessivamente. Ocorre que no caso da propriedade intelectual, por sua sensibilidade peculiar a movimentos de crise, tais ciclos não se desenvolvem de forma muito estendida, havendo sempre uma dificuldade frequente de movimentos de “harmonização”. As tensões, dito de outra maneira, tendem a ser mais frequentes nessa matéria, o que exige de sua vertente jurídica uma capacidade de absorção contínua, processo que nem sempre se apresenta como sendo pacífico (as crises, por isso, ingressam na análise como movimentos que pressionam o paradigma internacional do tema).

Quando se menciona o termo político-jurídico, nesse cenário, enquadra-se no termo tanto o processo legislativo em todas as suas vertentes, como os atores que integram o ramo jurídico (como juízes, advogados etc.). Em relação ao primeiro caso, a característica a ser destacada recai na influência dos elementos de crise no âmago do processo legislativo, ou seja, na capacidade desses elementos de serem transpostos para a lei (inclusive no que tange às manifestações que surgem no contexto da chamada *soft law*). Em relação ao segundo caso, no que diz respeito aos advogados, destaca-se o papel de construção das opiniões, a partir da *expertise* no tema, que serão utilizadas para a formação do senso comum teórico jurídico da propriedade intelectual em geral, e de um determinado estado de crise específico. Já em relação ao poder judiciário, enfatiza-se a forma de como os juízes irão internalizar a problemática da matéria no âmbito das ações judiciais.

Tome-se como exemplo, de modo a reforçar os pontos explorados, ainda que introdutoriamente, a tecnologia digital. Essa tecnologia, como se viu, gerou um profundo estado de crise na temática. No seguinte contexto, ela tanto exigiu que diversos ordenamentos jurídicos fossem adaptados para dar conta de conflitos que até então não podiam ser

compreendidos, aos menos em sua completude, nos ordenamentos vigentes, como também exigiu o desenvolvimento de massa crítica no que concerne ao impacto da tecnologia digital sobre os direitos de propriedade intelectual, atendendo-se aos mais diversos interesses: tanto no sentido de argumentar sobre a necessidade de potencializar o direito como forma de proteger, sobretudo, as empresas, quanto na linha da ênfase aos desequilíbrios proporcionados na sociedade por tais direitos em relação à exploração de informação e conhecimento, especialmente no que tange ao seu processo de “enclausuramento”. O mesmo aconteceu no âmbito das decisões judiciais, e na maneira em como os juízes lidaram com essa questão. Exigiu-se, igualmente, que parlamentos de diferentes partes do mundo sedimentassem essas tensões, formalizando na lei uma ou outra visão sobressalente.

É justamente o conjunto desses fatores, principalmente nos momentos de aguçamento das outras crises da propriedade intelectual, que explica as tensões que ocorrem no âmbito político-jurídico. Esse estado de ebulição gera um movimento de abertura dos direitos de propriedade intelectual a diversas influências que nela enxergam a possibilidade de apaziguar a tensão em atenção aos seus próprios interesses, sejam eles, como veremos, de caráter ideológico, ativista ou econômico. Trata-se de movimentos que removem o direito de propriedade intelectual de uma espécie de zona de conforto, expondo-o a modelagens das mais variadas naturezas.

2.5.1 O Direito como experiência

Os direitos de propriedade intelectual, como já é possível depreender, decorrem de uma conjugação de fatores sociais que exercem um papel fundamental na sua modelagem. Fatores de ordem histórica, somados a circunstâncias que envolvem as diferentes perspectivas de crise, têm o potencial de explicar os meandros da matéria com maior precisão do que correntes que acreditam serem esses direitos fruto de desenvolvimentos científicos capazes de refletir sobre seus fundamentos sem que eles estejam necessariamente ligados a esses elementos. O papel do direito, sob esse argumento, é de somente servir de fase final de estabilização de determinados conflitos que se apresentam nesse contexto, servindo muito mais como instrumento para a observância de determinados interesses, do que propriamente

de ambiente onde se desenvolvem reflexões acerca do “dever ser” da matéria (atendendo a uma espécie de “dogmatismo” sobre o tema, considerando-o como verdadeiro objeto ideal).

Nesse sentido, é a experiência, assim, composta tanto pelas conjunturas históricas quanto pelas crises, que delineiam a forma de como tais direitos são (e serão) positivados. A premissa da construção jurídica dessa matéria, a partir da experiência, apenas segue a linha lógica do que foi explorado até aqui, até mesmo do ponto de vista cronológico no trabalho: primeiro os fatores históricos que formam o paradigma, depois as crises e, por fim, o direito (que também se molda a partir de suas próprias crises). É importante frisar que o direito como experiência, que nada mais significa, em princípio, o direito na sua condição de fenômeno cultural, é um pressuposto de caráter macro que transcende a problemática que envolve a propriedade intelectual. Por outro lado, reforçar esse aspecto quando da tentativa de se compreender o paradigma da matéria e suas crises se mostra pertinente por duas razões específicas: a) possibilita enfatizar essa face da construção do direito em um dos ramos mais sensíveis a fatores sociais (experiência); b) evita a reflexão profunda sobre a propriedade intelectual somente a partir do conteúdo da lei, como se fosse possível unicamente apostar em seu “caráter científico”. Nesse contexto, é importante sempre lembrar a lição de José Cretella Júnior: “O direito tem, concomitantemente, substrato sociológico e forma técnico-jurídica”⁷⁴³.

Segundo as lições de Miguel Reale, existem dois opostos que devem ser evitados quando do exame do direito como experiência. De um lado, ele criticava as correntes estruturalistas que apostavam em disposições alheias aos fluxos de natureza histórica; de outro, enxergava nos neo-positivistas a insuficiência acerca da certeza aparente advinda da linguagem rigorosa do direito: “Todo diálogo que travo, de um lado, com os “estruturalistas”, - que se iludem com a possibilidade de esquemas libertos do fluxo histórico -, de outro lado, com os neo-positivistas que, no campo do Direito, se deixam encantar pela certeza aparentemente suficiente da linguagem rigorosa”⁷⁴⁴. O ponto central dessa análise, seguindo as

⁷⁴³CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Filosofia do Direito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 179.

⁷⁴⁴REALE, Miguel. *O Direito como Experiência: introdução à epistemologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. XXXIII. Além do mais, é interessante notar a relação formulada pelo autor entre o estruturalismo e a cibernética (ainda citando Marshall Macluhan): “Sem nos deixarmos seduzir pelos que se iludem com o rigor aparente de um estruturalismo, que acaba esvaziando o real de seu conteúdo vital para poder reduzi-lo a esquemas de puro intelectualismo abstrato, a via que se abre a uma ciência do concreto é a correlação funcional

linhas do autor, é de destacar a necessidade de reivindicar o “histórico” em detrimento, somente, dos aspectos formais que acompanham o âmbito jurídico.

Fazendo uma análise de caráter amplo, lembrando que não fizeram parte das reflexões do autor as questões relativas, especificamente, aos direitos de propriedade intelectual, Miguel Reale já identificada, de há muito, que a relação entre a “teoria da experiência jurídica” e a capacidade de transformação social trilharam um caminho diretamente proporcional. Em outras palavras, o Direito com experiência apenas passa a ser considerado na medida em que as transformações sociais atingem um nível de protagonismo, dinamicidade e magnitude que, praticamente, “engalfinha” o direito para o âmago de suas reverberações mais profundas, em especial, no tocante aos impactos da tecnologia nas estruturas econômicas: “Não há dúvida que as primeiras expressões da “teoria da experiência jurídica” surgiram como resultado de poderosas transformações sociais, devidas, sobretudo ao impacto da ciência e da técnica sobre os processos econômicos e as formas do viver comum”⁷⁴⁵. Essa passagem encontra-se em sintonia com os pressupostos examinados até aqui em relação à propriedade intelectual, não obstante, frise-se novamente, não se tratar de uma análise específica do autor sobre o tema.

A premissa utilizada no trabalho é a de que, especificamente em relação à propriedade intelectual, o “substrato sociológico” é substancialmente menos explorado do que a forma “técnico-jurídica”, justamente pela especial dificuldade de “juntar as pontas” de seu caráter multifacetado. O seu curso histórico, além de possuir inúmeras peculiaridades, ao que tudo indica, não tem a capacidade de se estabilizar, juridicamente, por longos períodos. Tome-se como exemplo o caso da propriedade física. Como se sabe, a Revolução Francesa e a consequente queda do *ancien régime* tiveram papel fundamental no estabelecimento da

entre as realidades intuitivas ou espontâneas e as formas e estruturas correspondentes às objetivações histórico-racionais das intencionalidades fundantes. Nem é demais ponderar que essa aspiração de plenitude e concretude, como adverte Marshall McLuhan, é uma das características de nosso tempo, uma consequência natural da tecnologia cibernética que contrapõe à técnica mecânica anterior, - fragmentária, centralizadora e superficial, - a automação tecnológica essencialmente descentralizadora e integral. Aliás, como se verá, sobretudo nos Ensaios VII e VIII deste livro, a moderna “teoria da informação” vem enriquecer a compreensão dos fenômenos sociais, infundindo ao culturalismo um sentido operacional que o põe em mais vivo contacto com a experiência”. (Ibid. p. 24).

⁷⁴⁵REALE, Miguel. *O Direito como Experiência: introdução à epistemologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. XXXIII.

propriedade privada, que serviu para solidificar os interesses da burguesia, sobretudo em relação à liberdade comercial. No século XX, o conflito relativo à propriedade girou em torno dos princípios referentes aos sistemas capitalista e socialista. Mas, desde então, ao que tudo leva a crer, parece existir uma certa estabilização desses direitos na sociedade atual. O mesmo não parece ocorrer no caso da propriedade intelectual, o que reforça a necessidade de compreensão problematizada de sua “experiência”, como forma de desvelar os desenvolvimentos de ordem jurídica. Ainda com Miguel Reale:

No fundo, “direito como experiência” ou “experiência jurídica” significa “concretude de valoração do direito”, o qual não pode ser concebido ou construído como um objeto de contemplação, ou pura sequência de esquemas lógicos através dos quais se percebe fluir, à distância, a corrente da experiência social, com todos os problemas a que tais esquemas se pretendia dar resposta: as suas normas são deontologicamente inseparáveis do solo da experiência humana.⁷⁴⁶

No caso da propriedade intelectual, em virtude da sua sensibilidade em relação às questões tecnológicas, econômicas, até das discussões relativas à própria existência do autor, essa relação com os aspectos jurídicos se mostra mais complexa, atingindo níveis substancialmente elevados principalmente na segunda metade do século XX. Tanto no Direito, em geral, quanto no caso da propriedade intelectual, em particular, não se pode reduzir a sua construção apenas em experiência. Contudo, ela é uma das etapas essenciais em relação ao desenvolvimento do direito, ainda mais no caso da matéria aqui em estudo. A experiência, no caso da propriedade intelectual, é particularmente importante, uma vez que suas particularidades históricas somadas aos estados de crises geram, elas mesmas, crises no próprio campo do direito. Trata-se de uma espécie de “zona de penumbra” onde a experiência encontra o direito que, em seguida, passa a se defrontar com as suas próprias crises.

A experiência baseada, para utilizar os termos de Miguel Reale, nas transformações advindas do impacto da técnica nos processos econômicos figuram, no caso da

⁷⁴⁶REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*: introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 31.

propriedade intelectual, como o principal impulso de modelagem jurídica do tema, em especial porque essa é uma matéria que, salvo casos específicos⁷⁴⁷, não tem o poder de suscitar, no grande público, grandes questões nos campos da justiça e da ética, até mesmo em virtude de sua complexidade. Dessa forma, as crises que servem de base a sua construção decorrem, basicamente, desse contínuo processo de transformação que opera no mercado, que atualmente acopla, valendo-se das reflexões de Gilles Lipovetsky, as práticas empresariais/industriais com a atividade criativa/estética (“a generalização da dimensão empresarial das indústrias culturais e criativas”⁷⁴⁸). Ao ponto em que a matéria não tem capilaridade o suficiente para gerar movimentações sociais de vulto, as suas crises de natureza jurídica originam-se, atualmente, quase que exclusivamente a partir dos movimentos empresariais.

Outra questão problemática diz respeito à influência da credibilidade das narrativas de caráter tecnológico sobre o direito. Ainda no contexto do direito como experiência, de Miguel Reale, a principal força motriz da construção do direito é a constante tensão dialética que emerge da experiência: “Há, pois, na experiência jurídica, uma permanente tensão dialética, que pode deixar atônitos os que dela se achegam levados por antigos ensinamentos sobre o ideal do direito como uma ordem imutável e formalmente certa”⁷⁴⁹. Ocorre, contudo, que no âmbito da propriedade intelectual, em virtude de sua relação cada vez mais próxima com o universo tecnológico, à exploração de suas relações dialéticas próprias (onde se incluem suas diferentes facetas de crise) é conferida pouca ênfase, não somente em razão dessa conjuntura macro que percorre o próprio direito, mas pela particularidade de estar a matéria em estudo subsumida à autoridade dos princípios advindos da ciência e da técnica.

⁷⁴⁷Pense-se, por exemplo, no caso da relação da propriedade intelectual com a indústria farmacêutica, no contexto de reprodução de remédios para o tratamento de doenças graves em locais menos desenvolvidos como alguns países do continente africano, ou mesmo, em determinados movimentos sociais oriundos de controle excessivo da informação na *internet*.

⁷⁴⁸LIPOVETSKY, Gilles. SERROY, Jean. *A estetização do mundo: viver na era do capitalismo artista*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 47.

⁷⁴⁹REALE, Miguel. *O Direito como Experiência: introdução à epistemologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 35. E segue o autor: “Se a realidade do direito é a de um processo histórico, parece-me que somente graças a um processo dialético será possível compreender a experiência jurídica; e, como se trata de experiência de natureza axiológica, que participa da polaridade e da co-implicação essenciais aos valores, tal dialética só pode ser, como veremos, a de complementaridade. Dessarte, não será jamais a Lógica Jurídica formal o instrumento de análise apto a responder aos problemas da Jurisprudência”. (Ibid. p. 36).

Esses princípios, somados, como visto acima, aos imperativos e processos de ordem econômica, constroem uma espécie de contexto onde suas tensões ínsitas tendem a ser obscurecidas em virtude das ideologias que são criadas em torno da noção do “progresso tecnológico” e da necessidade de que se proporcione proteção aos investimentos econômicos das empresas. Não se trata, ao se valer de tal análise, de apresentar nenhuma aversão a tais objetivos. A função desse exame, na realidade, é apenas de destacar que tais objetivos, quando da compreensão problematizada da propriedade intelectual, em especial do seu desenvolvimento jurídico, não se mostram como sendo suficientes. Isso se dá porque, em geral, eles não carregam consigo toda a relação dialética advinda da experiência, cujas tensões, mais do que eles próprios, têm o condão de realmente explicar o desenvolvimento jurídico da matéria.

O mesmo também acontece no caso da lógica jurídica formal. Assim como não se pode pretender compreender a “Sociedade da Informação” a partir, por exemplo, da leitura do Marco Civil da Internet, o mesmo também não é possível em relação à propriedade intelectual e suas diversas facetas. Ou seja, não se pode pretender compreender métodos econômicos complexos, o estado tecnológico atual, ou ainda, os elementos que formam a chamada “economia criativa” apenas sob a leitura das leis que formam o seu sistema. Essa “ordem” atingida pela lei é decorrente de um corte necessário em atenção à preservação da organização estrutural do Estado, mas está longe de explicar os motivos pelos quais as direções que lá se encontram positivadas seguiram um caminho, e não outro. É preciso, às vezes, inverter a lógica de análise, passando da lei como ponto de partida para o estudo dos fenômenos que explicam o tema, partindo destes como elementos essenciais para explicar a lei e o direito de propriedade intelectual.

A análise que não se dá a partir da experiência deixa de desvelar o real no que tange ao desenvolvimento do tema, sobretudo do conjunto de elementos que formam os estados de crise de uma perspectiva político-jurídica. Em outras palavras, qualquer perquirição ou inquietudes cujas finalidades caminhem para a tentativa de uma compreensão mais holística da propriedade intelectual não podem se munir, apenas, dos aspectos que surgem do âmbito eminentemente técnico e prático de tais direitos. As narrativas tecno-científicas,

juntamente com os fundamentos de natureza econômica, instrumentalizaram as discussões em torno da teoria do direito que acompanha o desenvolvimento da propriedade intelectual, tornando pouco explícita, por suas características intrínsecas, a realidade histórica da matéria: “não é, pois, a experiência jurídica como realidade histórica e, por conseguinte, objetivada espaço-temporalmente que interessa ao teórico do direito”⁷⁵⁰.

Feitas tais considerações acerca da construção do direito, vistas a partir da experiência, aspecto especialmente caro para a compreensão da propriedade intelectual, exploraremos, no próximo tópico, aquilo que denominaríamos como sendo uma espécie de “cartografia” do cenário global atinente ao desenvolvimento da matéria, sobretudo nas últimas décadas. Isso significa dizer que o objeto de análise, nesse contexto, caminhará para a investigação relacionada tanto aos elementos essenciais quanto os agentes que formam o cenário global de tensões que acompanham esse tema, ressaltando a sua influência e peso na formação estrutural desses direitos.

2.5.2 A propriedade intelectual no contexto da economia política global

O presente tópico tem por objetivo refletir sobre a formação da propriedade intelectual no contexto das tensões que perpassam a economia política internacional, explorando como espinha dorsal as reflexões teóricas do professor de Harvard, David Kennedy (em especial na obra *A World of Struggle: How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy*). O autor americano, seguindo a linha de raciocínio explorada até o momento, especialmente no que diz respeito aos estados de crise, oferece, a nosso ver, a conjuntura adequada para que se possa compreender com clareza não somente o cenário que, em seus termos, *shape the global economy*, mas, mais importante, a sua influência na modelagem dos direitos de propriedade intelectual. O “mundo da luta” (ou das tensões), em referência ao título de seu livro, será aqui explorado na condição do contexto amplo de crise, no qual a propriedade intelectual se apresenta como tema recorrente e singular. O objetivo, em uma palavra, é de compreender o “mundo da luta da propriedade intelectual”.

⁷⁵⁰REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*: introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 90.

David Kennedy, em resumo, analisa o papel desempenhado tanto pela *expertise* (ou opinião global qualificada) quanto pelos arranjos legais (direito) na modelagem do poder global, que é instrumentalizado, em sua visão, na legitimação pelo direito do poder da coerção. A importância dessa fórmula, segundo ele, diz respeito à capacidade de aceitação pública no que tange ao direito posto, dando especial ênfase ao caráter de coerção que, ao fim e ao cabo, se apresenta como sendo uma das poucas legitimações que a opinião pública ainda aceita como sustentáculo, sobretudo, do Estado Democrático de Direito. Essa conjuntura, em princípio, serve de base na busca de assimilação do modo de como a propriedade intelectual passou a ser moldada, em especial desde o século XVIII.

Esse contexto, a nosso ver, é absolutamente elucidativo e esclarecedor no que concerne à formação da propriedade intelectual, sobretudo no contexto de crise político-jurídica. Essa interseção é interessante porque a propriedade intelectual e seus “grupos de agentes”, basicamente formado por empresas, governos, legisladores, advogados, acadêmicos etc., integram e se desenvolvem dentro da lógica de David Kennedy há tempos: desde a invenção da prensa até as discussões que resultaram nas convenções de Berna e Paris; da invenção do rádio para a invenção da internet; das discussões sobre o seu elemento “propriedade” à inclusão de propriedade intelectual na zona comercial (OMC); da instituição de domínio público aos aumentos frequentes no termo de proteção; entre muitos outros exemplos.

Sumariamente, o autor americano destaca o desenvolvimento do jogo de interesses no cenário global, enfatizando os elementos que legitimam suas consolidações. Em outras palavras, as tensões globais, no campo da economia política internacional, são examinadas sob o contexto das necessidades econômicas de determinados grupos, tendo a opinião pública e o direito como peças-chaves que atuam como pilares que chancelam esses interesses. O direito, dessa forma, legitima tais interesses, oferecendo, de quebra, o poder de coerção, sendo essa legitimação fundamental para que a opinião pública global, de certa maneira, a aceite como parte integrante daquilo que poderia ser considerado como a “regra do jogo” das democracias ocidentais. A partir dessa direção, a coerção recebe a tintura necessária para que seja observada sem contrapontos essenciais.

Abstraindo-se possíveis generalizações da visão de David Kennedy, haja vista não ser esse o escopo, alguns dos elementos explorados em sua obra parecem oferecer subsídios de alta relevância para a compreensão das problemáticas que envolvem a propriedade intelectual no cenário global. Em primeiro lugar, destaca-se, uma vez mais, a internacionalização ínsita de tais direitos, inclusive de forma institucionalizada. Soma-se a isso, paralelamente, o recrudescimento de sua importância econômica especialmente no curso do século XX, relevância essa que abarcou tanto a vertente do *copyright* e direitos autorais, seguindo a disseminação dos bens de entretenimento, quanto a área da propriedade industrial, sobretudo com a estruturação, desde o início do século passado, dos departamentos internos de pesquisa e desenvolvimento. O dinamismo de mercado, nesse contexto, também contribui em razão da dificuldade da estabilização duradoura desses direitos, aumentando o nível dos conflitos. Entre outras coisas.

A propriedade intelectual, seguindo por essa linha, constitui, assim, uma das representações mais elucidativas do contexto explorado por David Kennedy. É nesse contexto, em princípio, que as crises político-jurídicas da matéria se originam e se desenvolvem em âmbito internacional, servindo de base para a solidificação de suas direções ao redor do globo, especialmente nas nações ocidentais. Essas crises, no presente contexto, se manifestam tanto em relação à busca pelo exercício de *enforcement* em escala ampla, passando pelo “incentivo” de que diversos países, sobretudo aqueles em desenvolvimento, observem tais designações, quanto pela constituição de novos direitos que, ao mesmo tempo que buscam internalizar novas dinâmicas tecno-econômicas (observando os interesses dos novos *players*), escamoteiam os atores até então representantes de uma modalidade negocial por ela em princípio superada. Nos próximos tópicos buscar-se-á investigar melhor os cortes trabalhados pelo autor, assim como a sua relação com o tema da propriedade intelectual.

2.5.2.1 Coerção, *expertise* global e legitimação de interesses pelo direito

Mais precisamente, de acordo com o quadro do autor, os conflitos que permeiam a economia política global, em que a visão dos *experts* é utilizada como ferramenta, poderiam ser representados na interação de duas forças: a) luta por vantagem e b) ganho de

solidificação⁷⁵¹. Neste contexto, basicamente, o ambiente político econômico global seria formado por "mundos" que se desenvolvem em uma batalha constante na busca dos dois pilares acima: “*worlds are made an unmade, organized and disrupted – and we are governed – by the outcomes of a thousand battles waged simultaneously among firms, consumers, workers, and financiers over the distribution of gains from economic activity*”⁷⁵². Nesse cenário, a experiência e a lei funcionam como ferramentas poderosas que ajudam cada um desses grupos a buscar e sedimentar seus interesses, seja usando o conhecimento para construir suposições que entram no conhecimento do senso comum ou legitimá-lo por meio da lei.

A *expertise* na linha do autor, em outras palavras, é apresentada como uma espécie de *modo de trabalho* cujo principal objetivo é legitimar o poder pelo conhecimento. Ao racionalizar, explicar, interpretar e associar práticas de conhecimento, os agentes que figuram em contextos de poder desenvolvem “*myths, ideologies, and other ideas about values and interests*”⁷⁵³, que são levadas em consideração, consciente ou inconscientemente, como forma de ratificar discursos de poder. Diferentemente da academia, por exemplo, pelo menos teoricamente, eles buscam conhecimento com propósitos específicos que não a própria compreensão, modo de percepção que intrinsecamente aceita, em certa medida, paradoxos, contradições e manipulações. Em termos mais específicos, “*expertise and the practice of experts have merged with the calculations of economic and political actors*”⁷⁵⁴. Ou seja, a argumentação de cariz econômico, com todos os seus números, gráficos, comparações, análises de custos de transação⁷⁵⁵ etc., traz consigo uma autoridade intrinsecamente argumentativa com fortes elementos de convicção, principalmente com base em sua complexidade inata (que por essa mesma razão tem o condão de gerar aceitação, ainda que, no fundo, seja sincrética e ruidosa).

⁷⁵¹ Ibid. p. 5-6.

⁷⁵² Ibid. p. 6.

⁷⁵³ Ibid. p. 8.

⁷⁵⁴ Ibid. p. 55.

⁷⁵⁵ COASE, Ronald. *The firm, the market, and the law*. Chicago: University of Chicago Press, 1990.

Enquanto que a *expertise* é a ferramenta de "convicção", a lei se apresenta como o instrumento de ratificação e legitimidade dos argumentos (e interesses). O poder, pelo uso da lei, é expresso como um direito formal (pelo chamado *hard law*⁷⁵⁶). Tal formalização, seguindo por essa linha, representa o principal objetivo a ser perseguido no campo daquilo que David Kennedy denomina como *lawfare*⁷⁵⁷. Ao legitimar o poder por meio da lei, diferentes grupos de interesse, então, possuem posição privilegiada no que diz respeito ao exercício coerção⁷⁵⁸. O autor menciona como exemplos: “[...] *rules about travel, and extradition and asylum, rules and informal expectations governing the media, in different countries, the corporate structure and regulatory environment for telecommunications, the Internet, and social media platforms*”⁷⁵⁹.

A lei, segundo o autor, possui uma característica plástica. Essa afirmação pode até ser apresentada como óbvia, já que se mostra como sendo notório que a construção do direito é fruto da experiência (social). Mas esse processo, longe de ser intuitivo e fluido (conflito social = lei = harmonia social), é um processo *tendencioso* que reflete não só a busca de vantagens econômicas (ou poder econômico), mas também os projetos pessoais dos agentes envolvidos. É importante lembrar, por oportuno, que isso não significa que a harmonia e (ou) o consenso estruturado sejam inalcançáveis nesse cenário. Não necessariamente. Ocorre, porém, que o foco do autor (e desse tópico) está menos voltado a compreender os elementos que equilibram o sistema nesse sentido, e mais concentrado em trabalhar com um diagnóstico que identifica os elementos que formam o âmbito dos conflitos: “*my story focuses on struggle and inequality rather than consensus and problem solving*”⁷⁶⁰.

Estas ferramentas (experiência e direito) são exploradas naquilo que o autor denomina como sendo *the cartography of struggle*⁷⁶¹, que consiste, em suma, o trabalho de

⁷⁵⁶ A palavra *hard law* é utilizada aqui em oposição a *soft law*, que significa, basicamente, “direitos” que não possuem força de coerção como, por exemplo, diretrizes apresentadas por organizações internacionais como Nações Unidas, OMC, OCDE etc.

⁷⁵⁷ Ibid. p. 59.

⁷⁵⁸ “[...] *People struggle over legal arrangements because law promises enforcement: it signals a promise by an authority to back up its statements with force*”. (Ibid. p. 172).

⁷⁵⁹ Ibid. p. 65.

⁷⁶⁰ Ibid. p. 19.

⁷⁶¹ Ibid. p. 66.

“escaneamento” de grupos de pessoas, empresas ou instituições que podem apresentar-se como inimigos ou aliados. Neste jogo, não é apenas o retorno financeiro que conta (afirmação que está longe de ser nova⁷⁶²). Tais grupos, valendo-se de todos os tipos de termos populares e dicotomias, potencializam ou destroem outros grupos, autoridades etc. Assim, termos como “*developed x developing countries, market, legal order, regulation, rule of law, modern x traditional societies, entrepreneurship, economic progress, world system, center x periphery*”⁷⁶³ etc. são nomenclaturas que invariavelmente aparecem nesse cenário, formando o “quadro semântico” que serve como pano de fundo do campo de tensões. Esses termos, na verdade, são mencionados por David Kennedy ao longo de seu livro, no entanto, poderíamos mencionar muitos outros: “*post-industrial society, information society, sharing economy, digital economy, industry 4.0, access era, hyper globalization, digital transformation*”, etc.

A hipótese do autor, nesse cenário, é a de quando esses termos (e ideologias) se tornam parte do senso comum, a necessidade de articulação é drasticamente reduzida⁷⁶⁴. Para explorar melhor esse ponto, vamos considerar, por exemplo, o termo "Sociedade da Informação". Hoje em dia, esse termo, ou suas associações próximas como a Sociedade em Rede (Castells) ou a Sociedade Pós-Industrial (Alain Touraine e Daniel Bell), geralmente não é contestado. Não há fortes debates sobre eles, embora alguns autores não os aceitem sem a devida crítica⁷⁶⁵. O fato é que, sobretudo no contexto da economia política internacional, pouco se questiona sobre seus elementos estruturais, deixando-se de desvelar, com isso, uma ordem de relações mais espúrias que se socorrem na aceitação desses termos como forma de justificação e obscurecimento.

Longe de serem elucbrações acadêmicas, esses jogos de termos e palavras são muito estratégicos no “mundo da luta” do autor. Tome-se como exemplos as plataformas do Uber e Airbnb. Muitos artigos de negócios os encaixam dentro da chamada *sharing*

⁷⁶² BRAUDEL, Fernand. *Civilization and capitalism: the wheels of commerce (15th-18th century)*. Translation from the French by Siân Reynolds. Vol. II. London: Books Club Associates London, 1979.

⁷⁶³ WALLERSTEIN, Immanuel. *The modern world-system IV: Centrist Liberalism Triumphant, 1789-1914*. California: University of California Press, 2011.

⁷⁶⁴ KENNEDY, David. *A World of Struggle: How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy*. Princeton University Press, 2016. p. 139

⁷⁶⁵ WEBSTER, Frank. *Theories of Information Society*. 4. ed. England: Ed. Routledge, 2014.

*economy*⁷⁶⁶. Embora haja, de fato, forte disseminação e aceitação dessas “novas” formas econômicas, que mesclam as noções de “disrupção tecnológica” com uma certa dose de “altruísmo da eficiência”, muitas questões ficam em aberto. Os condutores, realmente, *partilham* os seus carros? Os proprietários *partilham* os seus apartamentos? A resposta negativa soa como evidente. Ora, se o que ocorre é somente uma prestação de serviço que se vale de uma plataforma tecnológica que interliga usuário e cliente, o que poderia muito bem integrar uma mutação clara e natural do capitalismo⁷⁶⁷, quais seriam as justificativas que explicam a tal “economia do compartilhamento”? Não se ingressará nos meandros dessa questão, mas o ponto que se busca enfatizar é que tais termos, no presente contexto, são levados em consideração como instrumentos de convencimento que resultam, não raras vezes, na regulação, ou não, de novos formatos econômicos e tecnológicos. Nesse caso, seguindo pelo caminho do capitalismo *soft*, o compartilhamento denotaria uma relação não apenas mais “altruísta”, mas a relação com o futuro, com o novo, em oposição aos modos de exploração econômica do capitalismo *hard* do século XX.

O aspecto da coerção, bastante caro em relação a essa abordagem, segue a linha de raciocínio explorada, por exemplo, desde há muito, pelo já citado economista americano Mancur Olson, que refletia sobre o papel da coerção de um ponto de vista econômico e de ganhos coletivos. Na visão do autor, basicamente, o verdadeiro benefício coletivo apenas é atingido na medida em que as ações dos atores envolvidos possam ser individualizadas como forma de tornar possível a identificação do impacto desses atos sobre o todo. Na impossibilidade de que esses atos sejam, de fato, perceptíveis no agir coletivo, a única forma de direcionar determinados comportamentos sociais é apostar no papel da coerção:

[...] em um grande grupo no qual nenhuma contribuição individual faça uma diferença perceptível para o grupo como um todo, ou para o ônus ou ganho de qualquer membro do grupo tomado individualmente, é certo que o benefício coletivo não será provido a menos que haja coerção ou alguma

⁷⁶⁶ Disponível em: <https://www.ns-businesshub.com/technology/sharing-economy-companies-list/>. Acesso em: 15 nov. 2019.

⁷⁶⁷ BRAUDEL, Fernand. *Civilization and capitalism: the wheels of commerce (15th-18th century)*. Translation from the French by Siân Reynolds. Vol. II. London: Books Club Associates London, 1979.

indução externa que leve os membros do grande grupo a agirem em prol de seus interesses comuns.⁷⁶⁸

A ênfase em relação à coerção também é realçada pelo autor americano Frederick Schauer, que busca trazer à tona a sua importância em meio à disseminação das visões que, de certa maneira, auxiliaram no enfraquecimento de sua importância face, por exemplo, a propagação das noções que acompanham a chamada *soft law*. O autor Americano, da Universidade de Virginia, nesse sentido, enaltece (ainda hoje) o papel crucial da coerção para a efetividade do direito: “*Coercion may well be more necessary for legal effectiveness than the misleading image of the puzzled person suggests, but the connection between coercion and legal effectiveness may be rather more complex than Bentham, Austin, and their followers found it necessary to consider*”⁷⁶⁹. A importância que é conferida à coerção por Frederick Schauer dialoga com as reflexões de David Kennedy. Enquanto que o primeiro a examina dentro da perspectiva do formalismo jurídico, o segundo, como vimos, a explora como ferramenta que integra o campo da política econômica global.

Toda essa conjuntura exerce peso considerável na formação dos direitos de propriedade intelectual, especialmente em relação as suas crises político-jurídicas. Muitas das reflexões apresentadas por David Kennedy mostram-se como plenamente adaptáveis ao desenvolvimento histórico da matéria, inclusive do ponto de vista da internalização pelo direito. Em retrospecto, nesse contexto, após a disseminação da imprensa na Europa, a propriedade intelectual iniciou seu caminho de luta constante, começando uma relação tortuosa com as rupturas tecnológicas e econômicas baseadas nas tensões entre controle e acesso ao conhecimento. A propagação da impressão de livros foi a primeira manifestação do tema nos moldes aqui explorados, uma vez que diferentes grupos de interesse começaram a perseguir seus próprios interesses no jogo de poder: os interesses do monarca em controlar o

⁷⁶⁸ OLSON, Mancur. *A lógica da ação coletiva: os benefícios públicos e uma teoria dos grupos sociais*. Tradução Fábio Fernandez. São Paulo: EDUSP, 2015. p. 57.

⁷⁶⁹ SCHAUER, Frederick. *The force of law*. Cambridge: Massachussets University Press, 2015. p. 104. O autor até reconhece que outros fatores contribuem para a efetividade do direito, mas sem deixar de reconhecer o papel essencial da coerção: “*That coercion is a pervasive characteristic of legal systems, and that it is also an important if not logically essential component of law as we know it, however, does not entail the conclusion that a threat of coercion is an essential component of every individual prescription that we should designate as law or recognize as a component of the legal system*”. (Ibid. p. 128).

acesso a determinados livros; os interesses dos livreiros no controle da impressão de livros; grupos interessados em acessar informações fornecidas pelos livros etc. Desde então, essa tendência inicial de tensões complexas e dinâmica não apenas continuou, mas foi potencializada pela formação de certos grupos que considerariam a propriedade intelectual como um escudo importante (legitimado pela lei), especialmente para grandes empresas (cinema, música, software etc.) e países específicos como os Estados Unidos, sempre atendendo à lógica da escassez⁷⁷⁰.

Durante esse período, que contempla principalmente o período entre o século XVI até agora, a propriedade intelectual poderia ser facilmente explicada por um conjunto de elementos de *expertise*, assim como diversos arranjos legais e movimentos de deslocamento de poder: deslocamento da centralidade da Europa para os Estados Unidos; o controle da posição de privilégio do livreiro por meio da criação de monopólios temporários e da figura do domínio público; a consolidação de explicações fundamentais baseadas na recuperação do investimento e incentivo à inovação; a consolidação do termo "Piratária"; os aumentos constantes dos prazos de proteção (ou dos monopólios); o aumento do espectro do *enforcement*; a incorporação do lobby; o recente ativismo digital; as empresas globais da *internet*; entre outros.

2.5.2.2 O papel das ideologias na formação da propriedade intelectual

Outro aspecto importante que também desempenha um papel crucial no próprio “mundo da luta” da propriedade intelectual está relacionado à construção de ideologias. Elas são apresentadas ao público de forma a incorporar os fundamentos da propriedade intelectual a ideias como progresso, inovação, tecnologia, desenvolvimento, aprimoramento da cultura, promoção do conhecimento etc. Ao assim se proceder, os defensores da propriedade intelectual constroem um senso comum teórico sobre o assunto, o que permite que a aceitação pelo público, em geral, e pelos governos, em particular (afinal, são eles que viabilizam a

⁷⁷⁰ “*In some sense, everything is “about scarcity” and might be recast in economic terms*”. (KENNEDY, David. *A World of Struggle: How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy*. Princeton University Press, 2016. p. 85).

internalização pelo direito), de certa maneira, elimine determinados obstáculos relativos à assimilação de novas tecnologias e atividades econômicas no universo da propriedade intelectual. Essas ideologias, assim, servem de instrumento, conscientemente ou não, como forma de solidificar determinadas posições a respeito da matéria.

Uma maneira bastante elucidativa de enxergar essa questão é a análise da inclusão do *copyright* na própria Constituição dos EUA: “*The congress shall have Power...to promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventions the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries*”⁷⁷¹. O historiador americano Lyman Ray Patterson, citado na primeira parte do trabalho, lembra que “*The primary purpose of copyright – as stated explicitly by the framers of the US Constitution and subsequently interpreted by federal courts and Congress – is to promote the public welfare by the advancement of knowledge*”⁷⁷². O mesmo autor, no entanto, destaca que: “*Ideas are information, information is learning, and learning is part of culture. In a larger sense, then, copyright law is the law governing access to the culture*”⁷⁷³.

O termo "acesso à cultura", neste contexto, pode ter dois significados opostos nas discussões sobre propriedade intelectual: por um lado, pode significar a necessidade de reforço de tais direitos, com o fim de proteger os produtores de conteúdo (que hoje são representados, como vimos à exaustão, pelas grandes corporações multinacionais); por outro pode ser interpretado a partir da necessidade de torná-los mais flexíveis, com isso, permitindo que as pessoas façam uso das criações livremente (já que a “cultura” teria um valor social que ultrapassaria, em princípio, os interesses econômicos). As discussões relativas ao acesso à cultura estão circunscritas dentro de um espectro ideológico que oscila entre os opostos. Bem aos moldes da pós-modernidade, a definição de cultura parece ter perdido qualquer liame conceitual válido, podendo representar tudo (e, portanto, nada) ao mesmo tempo.

⁷⁷¹GOLDSTEIN, Paul. *Copyright's highway: from Gutenberg to the celestial jukebox*. USA: *Stanford Univertisty Press*, 2003. p. 150.

⁷⁷² PATERSON, Lyman Ray. *The Nature of Copyright: A Law of User's Rights*. Georgia: The University of Georgia Press, 1991. p. 2.

⁷⁷³ Ibid. p. 5.

Em outras palavras, o acesso à cultura pode tanto legitimar aumentos do prazo de proteção do *copyright*, sob a justificativa de que isso poderia trazer maior segurança aos investimentos para as empresas, fazendo com que elas produzissem mais; como também pode servir de base para movimentos contrários à dominação econômica, sob a alegação de que ela, por meio das empresas, usurpa a cultura para fins de mercado. No fim das contas, seguindo pela linha de raciocínio explorada nesta parte do trabalho, a internalização pelo direito, de um lado ou de outro, dependerá da força de cada um desses grupos não somente do ponto de vista econômico, mas de convencimento e de capilaridade de seus argumentos (ideológicos) em relação à opinião pública.

Outro termo que segue caminho semelhante é a inovação. A propriedade intelectual é um instrumento importante para promover a inovação ou, pelo contrário, funciona exatamente como uma barreira a ela? Ou pode igualmente seguir direções opostas como no caso da cultura? Estudos recentes demonstram, por exemplo, que as patentes têm sido utilizadas de maneira mais defensiva e competitiva do que como forma de perseguir a verdadeira inovação. Laymert Garcia dos Santos, em referência a Buckminster-Fuller, elucida que:

O valor de uma patente, entretanto, não é estabelecido pelo mérito da invenção, mas pela expertise através do qual foi escrito o pedido de registro da invenção. Quase qualquer um pode obter uma patente do escritório de patentes. O que a história tem mostrado ser importante em termos sócio-econômicos é se o pedido pode sobreviver aos casos de quebra de patentes nos supremos tribunais. Na redação de um pedido são essenciais tanto um vasto conhecimento da história das decisões judiciais precedentes quanto a estratégia patentária das grandes corporações⁷⁷⁴.

A invenção, nesses termos, deixa o seu núcleo fundamental como algo que existe para fomentar verdadeira inovação ao público, ao “bem-estar da humanidade”, para se tornar um mero instrumento de concorrência entre as empresas, funcionando a propriedade intelectual como verdadeiro escudo, transformando esse campo em uma espécie de “corrida armamentista” de patentes. A falta de estudos de natureza empírica também torna a

⁷⁷⁴VILLARES, Fábio (org.). *Propriedade Intelectual: tensões entre o capital e a sociedade*. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

compreensão dessa questão ainda mais difícil: “*Is copyright protection needed as an incentive to creative production? One reason the copyright optimists resist the pessimists claim so strongly is that they know that, if put to rigorous empirical proofs, they could rarely answer this vital question affirmatively*”⁷⁷⁵.

Como também já fora analisado nesse trabalho, por diferentes ângulos, a ascensão da internet e digitalização trouxe consigo novos formatos ideológicos que interferiram no olhar da propriedade intelectual. A proteção de conteúdos protegidos por esses direitos, que até essa ruptura tecnológica contavam com limitações físicas em termos de reprodução (VHSs, CDs, DVDs etc.), enfrentou uma verdadeira "destruição criativa" quando as pessoas começaram a perceber que poderiam compartilhar muitos deles por meio da internet, de uma forma pouco custosa e sem perda de qualidade. As tensões resultantes desse contexto expõem de modo claro os aspectos apresentados por David Kennedy nessa parte do trabalho. Diante desse ambiente, muitas foram as visões ideológicas disseminadas como forma de moldar os direitos de propriedade intelectual nessa nova realidade.

Do ponto de vista das grandes corporações de entretenimento (Cinema, Música etc.), o ato de compartilhamento pela rede poderia ser facilmente comparado a um ato de roubo, motivo pelo qual defendiam, por meio de *lobby*, o desenvolvimento de determinados arranjos jurídicos que permitiriam contra-arrestar a propagação de tal conduta, preservando-se, assim, a própria perpetuação da indústria em benefício do público. O acesso à cultura, neste caso, foi representado pelo aumento dos direitos de propriedade intelectual, caso contrário, a própria indústria (cultural) não sobreviveria. A pirataria, por sua vez, começou a ocupar os jornais, enquadrada como o "crime do século XXI", caracterizada em diferentes facetas como em suas relações, em princípio estreitas, com o crime organizado e o terrorismo⁷⁷⁶.

Da perspectiva dos ativistas da *internet*, o compartilhamento de tais obras era plenamente justificado pelo “legítimo” acesso ao conhecimento. Os elementos desse argumento, como já foi possível depreender da leitura do trabalho até aqui, levaram em

⁷⁷⁵GOLDSTEIN, Paul. *Copyright's highway: from Gutenberg to the celestial jukebox*. USA: Stanford University Press, 2003. p. 13.

⁷⁷⁶TREVERTON, Gregory. *Film Piracy, organized crime, and terrorism*. Rand Corporation, 2009.

consideração a questão da rivalidade do bem digital; a sua eventual natureza de *commons*; o acesso à cultura; a expansão informacional baseada na sociedade em rede; entre outras coisas. O retorno breve a esses pontos tem como objetivo reforçar o impacto desses argumentos, que possuem, como vimos, forte cariz ideológico, na modelagem jurídica da propriedade intelectual, seguindo o pano de fundo macro apresentado por David Kennedy. Yochai Benkler resume os aspectos explorados, especialmente no curso dos anos 2000:

In the context of information, knowledge, and culture, because of the nonrivalry of information and its characteristic as input as well as output of the production process, the commons provides substantially greater security of context than it does when material resources, like parks or roadways, are at stake. Moreover, peer production and the networked information economy provide an increasingly robust source of new information inputs. This reduces the risk of lacking resources necessary to create new expressions or find out new things, and renders more robust the freedom to act without being susceptible to constraint from someone who holds asymmetrically greater power over the information resources one needs⁷⁷⁷.

Todos esses fatores, sejam eles mais favoráveis à propriedade intelectual, ou decisivamente contrários, valem-se de diferentes elementos com forte viés ideológico que, aos termos presentes, poderiam ser definidos como simplificações da realidade que obscurecem as contradições e paradoxos que envolvem a formação jurídica da matéria. Ao fim e ao cabo, esse desenvolvimento, em nosso entender, se encaixa perfeitamente no quadro construído por David Kennedy, sobretudo no que diz respeito ao estabelecimento daquilo que ele denomina como sendo a *expertise*. A *expertise*, nessa linha de raciocínio, navega em meio a todos esses elementos ideológicos, sendo eles os responsáveis por formar as visões que servem de base de convencimento aos atores responsáveis por dar forma às leis de propriedade intelectual internacional.

⁷⁷⁷ BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks: how social production transforms markets and freedom*. London: Yale University Press, 2006. p. 146.

2.5.2.3 Os arranjos legais da propriedade intelectual

Os tópicos anteriores, como já se argumentou, interferem diretamente na formação dos arranjos legais da propriedade intelectual. O presente tópico buscará arrumar de modo mais conciso, ainda que de forma breve, o contexto até aqui examinado com os arranjos legais da matéria que dele decorre. Neste momento, em outras palavras, o tópico irá se concentrar nas características que definem a formalização pelo direito em consequência dos jogos de interesses enfatizados por David Kennedy. Ainda com esse autor, é reforçada a aproximação da fundamentação econômica com as instituições jurídicas, aspecto que embasa, em grande medida, no que diz respeito à propriedade intelectual, suas crises da perspectiva político-jurídica:

The soil, after all, has no economic power: it is just there. People have to add capital, labor and know-how to get food, the food has to be sold and the proceeds parceled out. Like the land, wealth, technology and labor are also just there: they have no inherent productivity or generative powers [...] Land, wealth, knowledge, and labor become economically productive only as legal institutions. The “indestructible power” in each case is the power of law. To formulate this as a general proposition: legal arrangements distribute when they effectively exclude some people from participation in gains in the shadow of a promise of coercive enforcement⁷⁷⁸.

Essa citação é bastante ilustrativa no campo da propriedade intelectual. Como consequência de sua estrutura intrinsecamente multifacetada, muitos defensores desses direitos trabalharam, ao longo da história, em encontrar maneiras de excluir outros *players* dos ganhos possíveis, especialmente em consequência das já examinadas “disrupções” econômicas e tecnológicas: “*as new technologies such as the phonograph, radio, and television opened up new markets for copyrighted works, Congress regularly, if belatedly, moved to extend the law’s reach to encompass the new use*”⁷⁷⁹. Em outras palavras, a propriedade intelectual é moldada de forma a que, em consequência das posições de poder de diferentes indústrias, se estruture a partir de uma capacidade inata de “internalização” de novos direitos, estabelecendo barreiras para o desenvolvimento de novos concorrentes, sempre com o aporte da lei (cujo

⁷⁷⁸ KENNEDY, David. *A World of Struggle: How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy*. Princeton University Press, 2016. p. 181.

⁷⁷⁹ GOLDSTEIN, Paul. *Copyright’s highway: from Gutenberg to the celestial jukebox*. USA: Stanford University Press, 2003. p. 13.

desenvolvimento, por óbvio, não se dá sem um substancial nível de tensão e crises). Os arranjos legais, contudo, tendem a ser mais amplos.

Na realidade, para ser mais preciso, existem três linhas que podem explicar os arranjos legais relativos à matéria. Em um primeiro momento, como já exposto, as tensões exploradas até aqui, em suas diversas facetas, deságuam na constituição de novas leis que absorvem novas condutas para dentro do universo da propriedade intelectual. Em segundo lugar, às vezes em consequência dessa primeira característica, leis antigas construídas sob a luz de tecnologias e (ou) atividades econômicas podem ser manifestamente revogadas, ou simplesmente cair em desuso. Em terceiro, destacam-se as tensões que se desenvolvem no contexto da aplicação jurídica, não dependendo, necessariamente, da sedimentação dos dois primeiros aspectos.

Seguindo por essa linha, o caminho mais destacado diz respeito ao esforço de estabelecer novas regras. Esse esforço, no fundo, apresenta-se como sendo diretamente proporcional ao nível e alcance de uma determinada tensão sobre o tema. Dito de outra forma, na ocasião de estar-se diante de choques representativos, como foi o caso da ascensão dos programas de computador, ou da própria *internet*, emana-se no senso comum, dentro do pano de fundo apresentado por David Kennedy, a necessidade de que novos direitos de propriedade intelectual passem a integrar o sistema como forma, de um lado, de atender aos interesses (econômicos) dos agentes envolvidos nas tensões, de outro, sobretudo de um ponto de vista eminentemente jurídico, de garantir segurança jurídica nas relações que abarcam essas novas atividades. Essas novas regras, como dito, têm capilaridade para sustentar mercados, servir de porta de entrada para novos *players*, criar ou potencializar mecanismos de *enforcement*, oxigenar os direitos de concorrência, fazer surgir novos grupos de interesses, entre outras coisas.

Nesse sentido, ou seja, no contexto de estabelecimento de novas regras⁷⁸⁰, contexto que nos interessa mais, pode-se citar o próprio DMCA (*Digital Millenium Copyright*

⁷⁸⁰ LEMLEY, Mark; MERGES, Robert; MENELL, Peter. *Intellectual Property in the new technological age*. 6. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2012. p. 684-698.

Act), lei americana aprovada em 1998, que serviu de instrumento para mitigar os atos tanto de violação de direitos autorais na *internet*, ou mesmo, as leis americanas de *webcasting*, as *anticircumvention measures*, assim como as leis relativas aos intermediários online, regras de *notice and takedown*, etc. Nesse sentido, inclusive, como forma de reforçar a intensidade da tensão consequente do compartilhamento generalizado de obras digitais na *internet*, vale citar a lei Hadopi na França, considerada rigorosa a esse respeito: “*Infringers of inter allia intellectual property rights can face a two year suspension from internet connectivity. It also establishes na authority, ‘Haute Autorité pour la Diffusion des Oeuvres et la Protection des Droits sur Internet’ (HADOPI), that is empowered with the monitoring of IP addresses suspected of being used for infringing purposes*”⁷⁸¹.

Ao menos nas últimas duas décadas muitos exemplos refletem de forma elucidativa as características que formam as crises político-jurídicas (e seus arranjos legais), englobando as dimensões expostas acima, como 1) a extensão dos termos de proteção de *copyright* nos Estados Unidos (em 20 anos) motivada, em princípio, pelas pressões da indústria decorrentes da proximidade do estabelecimento do domínio público para desenhos como o *Mickey Mouse* e o Pato Donald⁷⁸²; 2) o processo judicial envolvendo o ativista digital Aaron Swartz, jovem processado pelo governo dos Estado Unidos por violação de revistas acadêmicas da rede JSTOR⁷⁸³; 3) o famoso caso do “blackout da internet”, em que empresas americanas como Google, Wikipedia e Firefox, ameaçaram suspender suas atividades em protesto contra dois projetos de lei americanos, o SOPA (*Stop Online Piracy Act*) e o PIPA (*Protect Intellectual Property Act*), que visavam, basicamente, tornar mais rigorosas as penas relativas ao compartilhamento e utilização de bens digitais na rede⁷⁸⁴; entre outros.

⁷⁸¹ HEATH, Christopher; SANDERS, Anselm Kamperman. Intellectual Property Liability of Consumers, Facilitators, and Intermediaries. Wolters Kluwer. *Law & Business*, 2012. p.13

⁷⁸² AMMORI, Marvin. The uneasy case for copyright extension. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 16, n. 1, Fall. 2002.

⁷⁸³ Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2013/01/morre-nos-eua-ativista-line-aaron-swartz-um-dos-fundadores-do-reddit.html>. Acesso em: 13 dez. 2019.

⁷⁸⁴ Disponível em: https://cyber.harvard.edu/sites/cyber.law.harvard.edu/files/MediaCloud_Social_Mobilization_and_the_Network_of_Public_Sphere_0.pdf. Acesso em: 13 dez. 2019.

2.5.3 Liberdade de expressão e regulação

A problemática que envolve a liberdade de expressão e a regulação é bastante significativa em relação à propriedade intelectual, representando importante núcleo da crise de natureza político-jurídica. O pano de fundo dessa discussão cobre, basicamente, a vertente estrutural que considera tais direitos como sendo fontes de tutela, *lato sensu*, da informação. Em outras palavras, a fonte dessa crise recai 1) na dificuldade de determinar os limites daquilo que pode ser protegido por meio de direitos de propriedade intelectual; 2) novamente a dificuldade de se trabalhar com um conceito preciso acerca do termo “propriedade intelectual como informação”; 3) o impacto tecnológico relativo aos meios de comunicação.

Nesse sentido, a crise se origina a partir da dificuldade de determinar aquilo que seria ou não apropriável por esses direitos, integrando o estoque informacional que, em teoria, deveria fluir livremente ao público. Tem-se, com isso, de um lado, o direito de liberdade de expressão que garante ao indivíduo a prerrogativa de se manifestar de forma livre (mas não absoluta) a respeito de ideias, pensamentos, opiniões etc.; de outro, o direito de propriedade intelectual que, ao tutelar diferentes formas de uso sobre o conhecimento, não raras vezes entra em rota de colisão com a liberdade de expressão. Lawrence Lessig, um dos responsáveis por disseminar esses dilemas, sobretudo na era pós-*internet*, declara que: “*The hard question instead is “How free is this culture? How much, and how broadly, is the culture free for others to take and build upon?”*”⁷⁸⁵. A questão também pode ser analisada, como fazem alguns analistas americanos, sobre o controle acerca do conteúdo que integra a mensagem expressa por um determinado indivíduo:

The heart of the First Amendment's guarantee of freedom of speech is that the government may not dictate the content of a speaker's message. Yet, this is exactly what copyright does. Copyright's array of exclusive rights limit the freedom of subsequent speakers to incorporate copyrighted expression as part of their speech [...]. As such, copyright restricts a speaker's freedom to determine the content of her message by making it illegal to express oneself

⁷⁸⁵LESSIG, Lawrence. *Free Culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*. New York: Penguin Press, 2004. p. 30.

*with copyrighted expression without the authorization of the copyright owner.*⁷⁸⁶

Em um primeiro olhar, tal análise poderia muito bem ser questionada em razão da falta de objeto. Ora, mostra-se como sendo notório, aos estudiosos da propriedade intelectual, em sua vertente do *copyright*/direitos autorais, que mecanismos como o *fair use*⁷⁸⁷ americano, ou até mesmo, o direito de citação, apresentam-se como mecanismos legítimos, justamente, para dar conta do balanceamento entre tal direito e a liberdade de expressão. É mais do que claro, assim, atendendo-se a certos limites, que é possível ao sujeito comunicador, em sentido lato, incorporar em seu conteúdo expressivo aquilo que já fora construído por outra pessoa, sem nenhuma mácula ao direito em exame. O núcleo da controvérsia, na realidade, é mais profundo. Existe uma relação que se mostra diretamente proporcional entre a capacidade tecnológica de comunicação e o aumento da tensão entre o *copyright* e a liberdade de expressão, como se o recrudescimento das inovações tecnológicas, nesse sentido (como é o caso da *internet*), tivesse o condão de estabelecer um novo patamar de fluxo informacional, estabelecendo, portanto, uma atualização daquilo que se considera como liberdade de expressão da nova realidade posta. Esse parece ser o ponto central da discussão.

O também já citado autor Ithiel de Sola Pool, estudado na ocasião em que tratou-se da convergência tecnológica, igualmente abordou o tema da liberdade de expressão no presente contexto. O autor americano realizou uma interessante análise acerca do tema que auxilia na compreensão da questão com maior precisão do que alguns dos exames tidos como referência, sobretudo desde os anos 2000. Segundo o autor, analisando a questão da liberdade de expressão no contexto americano, argumentava que o sistema estabelecido à luz da primeira emenda, que trata da garantia dessa liberdade, teve desenvolvimentos diferentes em

⁷⁸⁶ RAYKU, Raymond Shih. *F(r)ee Expression - Reconciling Copyright and the First Amendment. Case Western Reserve Law Review*, v. 57, n. 4, p. 867, 2016.

⁷⁸⁷ *For some observers, the primary goal is to prevent assertions of copyright from inhibiting future creativity. Others contend that its main function is to preserve opportunities for political or social commentary—supplementing, in this respect, the First Amendment’s protection for freedom of speech. Other observers argue that the role of the doctrine is to leave members of the public free to “consume” copyrighted works in ways that do not undermine significantly the revenues that their authors need for sustenance and encouragement. For still others, the doctrine functions to protect activities whose aggregate economic benefits exceed their aggregate economic costs. In short, the fair-use doctrine can be understood as advancing a variety of loosely related social and economic objectives.* (FISHER, William. *Promises to Keep Technology, Law, and the Future of Entertainment*. California: Stanford University Press, 2004. p. 46).

domínios distintos de comunicação, como a prensa, correios e radiodifusão⁷⁸⁸. Ao seguir por essa linha, o autor busca enfatizar que o ímpeto regulatório de um não seguiu o de outros: “*in the domain of broadcasting, Congress and the courts have established a highly regulated regime, very different from that of print*”⁷⁸⁹.

O autor, assim, estabelece (e questiona⁷⁹⁰) a diferenciação entre o papel da regulação em mídias de comunicação como a prensa em relação a outras como a radiodifusão, o telefone, o rádio, os computadores etc., argumentando que, no fundo, todas elas deveriam ser tidas como tecnologias de liberdade: “*The regulation of electronic communication is likewise no entailed in its technology but is a reaction to it. Computers, telephones, radio, and satellites are technologies of freedom, as much as was the printing press*”⁷⁹¹. Apesar da pertinência do exame, especialmente em relação à identificação dessa diferenciação regulatória no que tange a diferentes tecnologias, a conclusão soa um tanto quanto simplória, porque trata as tensões ínsitas de poder associadas a essas questões, inclusive no tempo, como uma simples anomalia (quando, na verdade, são elas quem moldam o modo como o direito as internaliza). O mesmo autor também buscava enquadrar dentro do quadro conceitual da liberdade de expressão, novas configurações tecnológicas como o *broadcast*: “*‘freedom of the air’ will come to have meaning akin to ‘free speech’ or ‘freedom of the press’*”⁷⁹².

Para elucidar melhor o ponto, dentro desse contexto de diferenciação, estabelecido por Ithiel de Sola Pool, há duas dimensões distintas, uma que trata(va) o fluxo informacional como elemento fundamental de uma verdadeira “esfera pública”; outra que internaliza a informação como estrutura fundamental do capitalismo, que internaliza não somente ela, mas também os próprios meios de comunicação. Parte-se do pressuposto, nesse contexto, de que quanto maior for a internalização pelo mercado da comunicação e do fluxo informacional,

⁷⁸⁸ POOL, Ithiel de Sola. *Technologies of Freedom*. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 2.

⁷⁸⁹ “*The electronic modes of twentieth century communication, whether they be carriers or broadcasters, have lost a large part of the eighteenth and nineteenth century constitutional protections of no prior restraint, no licenses, no special taxes, no regulations, and no laws*”. (Ibid.).

⁷⁹⁰ “*It might seem odd that when a new technology of communication came into existence, the courts did not perceive it as na extension of the printed word, sharing the same significance, the same infirmities, and the same need for protection as the press whose liberties the courts had so dedulously guarded [...] the computer suffered the same misperception a century later*”. (Ibid. p. 91).

⁷⁹¹ Ibid. p. 226.

⁷⁹² Ibid. p. 121.

maior será o ímpeto regulatório, haja vista que tal instrumento ingressa, ao fim e ao cabo, não dentro da questão da “esfera pública”, mas dentro de uma lógica de concorrência e de domínio de mercado (contexto em que se enquadra, em grande parte, as discussões relativas à propriedade intelectual, especialmente sob o contexto de crise político-jurídica).

Explicando de outra forma, dentro da lógica do mercado, a informação e o conhecimento, seguindo pelo já estudado movimento de comoditização que os engloba, se desenvolvem dentro de um contexto diferente daquele abordado por Ithiel de Sola Pool, principalmente em relação à prensa. Quer-se dizer, com isso, que a abordagem rígida que trata o *copyright* e os direitos autorais como refratários à liberdade de expressão, em especial, na rede, talvez não tenha uma aderência essencial, mas, no máximo, marginal. Em outras palavras, não se trata de uma pressão contra a livre circulação informacional com fins de desenvolvimento da esfera pública, local, onde agentes públicos e privados dão vida a tal opinião pública, mas de um âmbito de regulação de mercado, com a finalidade, por exemplo, de entretenimento, em que o impacto à liberdade de expressão mostra-se como sendo, no máximo, marginal (como uma anomalia do sistema, não contida por mecanismos como o *fair use*).

Muito mais apropriado seria, a título ilustrativo, questionar o movimento de controle de acesso sobre reportagens que se mostram, em princípio, importantes como elementos que formam a esfera pública. Atualmente, sendo tal movimento crescente, mostra-se cada vez mais inviável ter acesso a determinadas reportagens sem que se pague por isso. A objeção (legítima), assim como foi o caso das empresas de conteúdo de entretenimento há alguns anos, seria a recuperação dos investimentos, mormente dentro da nova dinâmica dos jornais digitais. Sem ingressar a fundo na questão, o ponto a ser destacado, por ora, é que tudo leva a crer que os elementos que englobam o princípio da liberdade de expressão, e (ou) do acesso à informação, apresentam-se como sendo muito mais intuitivos em relação à impossibilidade de acessar matérias de jornal que sejam relevantes dentro de uma determinada sociedade, do que qualquer filme da Disney ou música da Madonna.

Ainda que no passado, como visto nas reflexões sobre a disseminação da prensa, o *copyright* tenha tido certa representatividade de cunho político, notadamente no controle acerca de publicações que eram ou não de interesse do governo vigente, não parece ser o caso, atualmente, que tais direitos funcionem como instrumento de dominação pelo Estado. Os dilemas que se desenvolvem em torno da propriedade intelectual, já de algum tempo, inclusive do ponto de vista de suas crises político-jurídicas, giram em torno do mercado. É a partir deste, e não de questões estruturais que se originam a partir da esfera política, que essas controvérsias se apresentam, dando contornos aos direitos relativos à matéria. Isso significa dizer, no presente escopo, que as análises que buscam enaltecer eventuais conflitos essenciais entre o tema e a liberdade de expressão se mostram, salvo melhor análise, carentes de sustentação.

Não soa como sendo razoável afirmar, de forma contundente, que o controle acerca das obras, dentro de seus limites, atinja de forma frontal os direitos de liberdade de expressão. O núcleo que torna o *copyright*/direitos autorais importante em nível global é de ordem financeira, sobretudo advindo do mercado de entretenimento e da área de novas tecnologias. Não parece existir aderência entre essas áreas com os elementos que formam o princípio da liberdade de expressão, salvo raríssimas exceções como, por exemplo, modificações das obras para fins de paródias ou reprodução de pequenos trechos. Outra área onde talvez exista um pouco mais de aderência é aquela relativa a livros e (ou) artigos científicos, ainda que também seja questionável. Mas parece correto afirmar que boa parte das opiniões conflitantes que ganharam corpo, sobretudo em meados dos anos 2000, mira, a partir do manto da liberdade de expressão, mais o *establishment* corporativo do que, propriamente, elementos fundamentais capazes de afrontar de modo determinante o campo desse princípio.

De qualquer maneira, essa foi uma das tensões político-jurídicas mais representativas dos últimos anos. Ainda que mais recentemente essa controvérsia tenha perdido força, ela é um bom exemplo de crise nessa área, mesmo que não tenha tido força suficiente para modificar de forma decisiva os direitos de propriedade intelectual. Houve, de fato, certa capilaridade social em relação à crítica baseada na violação da liberdade de expressão, motivada pela disseminação da *internet*, principalmente porque, até certo ponto,

chancelaria o acesso a bens “culturais”. Contudo, após alguns anos de efervescência, acompanhados dos elementos retóricos dos “anos de ouro” da *internet*, os imperativos econômicos seguiram delineando novos contornos do tema, (re)inserindo a liberdade de expressão dentro do contexto natural de mecanismos como o *fair use* (mas nada revolucionário).

2.5.4 As tensões do Direito Internacional

Como destacado diversas vezes no trabalho, a propriedade intelectual possui um DNA eminentemente internacional (por isso, o seu paradigma é internacional). Analisou-se, no trabalho, nesse sentido, que desde a prensa, passando pelas novas mídias, ou mesmo, por conflitos de natureza política e a ascensão da importância dos autores, para ficar apenas nesses exemplos, que todas elas foram manifestações que, não obstante terem sido originadas em regiões específicas, não foi possível conter suas influências decisivas em âmbito internacional. Atualmente, esse quadro é ainda mais dramático, face tanto ao nível de interação econômica entre os países (dentro do contexto da globalização), quanto a institucionalização das relações internacionais ocorrida no decorrer do século XX (sendo um bom exemplo a própria criação da OMPI).

Esse contexto reflete nas tensões político-jurídicas da propriedade intelectual, especialmente por já contar, esse direito, com alto grau de institucionalização internacional. As problemáticas da matéria, além disso, salvo raras exceções, se desenvolvem em nível eminentemente internacional porque lidam com elementos que, de certa maneira, estremecem relações de poder que envolvem Estados, Empresas, grupos de interesse influentes etc. E essas relações, em um mundo globalizado, não se desenvolvem dentro do espectro nacional. Por essa mesma razão, mostra-se intuitivo o estudo de David Kennedy sobre o papel do direito como elemento importante na conjuntura da economia política global.

A posição dos Estados Unidos em relação à propriedade intelectual, como vista na primeira parte do trabalho, é bastante elucidativa nesse quadro. No início de sua participação na arena internacional, os Estados Unidos não tinham atuação defensiva quanto à proteção dos

direitos de propriedade intelectual como se vê atualmente. Muito pelo contrário: “*The very first United States copyright act, in 1790, had expressly permitted “the importation or vending, reprinting or publishing within the United States, of any map, chart, book or books, written, printed, or published by any person not a citizen of the United States”*”⁷⁹³. Naquela época, os Estados Unidos sustentaram parte de seu desenvolvimento fazendo uso de cópias piratas de livros da Europa, especialmente da Inglaterra. Assim, se atualmente o governo americano clama pelo desenvolvimento de instrumentos de direito internacional como forma de manter sua posição privilegiada, nos séculos XVIII e XIX, a conjuntura era diferente: “*Pressures to extend American copyright to foreign authors first developed in the 1830’s, as American writers and some American publishers, together with English ones, pressed for a bilateral treaty between the United States and England (Charles Dickens traveled to the United States in 1842 to proselytize for international copyright)*”⁷⁹⁴.

Em geral, esse é o contexto (principalmente a insuficiência de proteção para autores estrangeiros) que resultou na harmonização internacional da propriedade intelectual, instrumentalizada pela Convenção de Berna de 1886. Em primeiro lugar, o documento estabeleceu o princípio do tratamento nacional, que equiparava o autor estrangeiro aos nacionais; em segundo lugar, a convenção definiu alguns padrões mínimos; em terceiro lugar, foi estabelecida proteção automática aos autores⁷⁹⁵. Os países europeus, em atenção ao núcleo de seu sistema de direitos autorais, buscaram preservar a importância dos direitos morais, inclusive em âmbito internacional, ainda que tais elementos não façam parte intrínseca do sistema de *common law* (Estados Unidos, Inglaterra etc.).

Um dos movimentos mais robustos em relação à natural aproximação da matéria com o comércio internacional foi a inclusão, como se sabe, dos direitos de propriedade intelectual no âmbito da Organização Mundial do Comércio, por meio do famoso Acordo TRIPS, de 1994 (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados

⁷⁹³ GOLDSTEIN, Paul. *Copyright’s highway: from Gutemberg to the celestial jukebox*. USA: Stanford Univertisty Press, 2003. p. 150.

⁷⁹⁴ Ibid. p. 149.

⁷⁹⁵ VICENTE, Dário Moura. *A tutela Internacional da Propriedade Intelectual*. Coimbra: Ed. Almedina, 2008. p. 102-105.

ao Comércio). Esse acordo não só representou um passo importante para consolidar o movimento triunfante do núcleo econômico da propriedade intelectual (em oposição ao sistema europeu, centrado no autor e nos seus direitos morais), mas também desempenhou um papel consistente para reforçar a dicotomia centro x periferia, permitindo o estabelecimento de novos limites em relação à proteção propiciada por tais direitos por parte de países em posição privilegiada como os Estados Unidos.

De acordo com Maristela Basso, o próprio TRIPS não foi suficiente para impedir o ímpeto de alguns países para o uso do direito internacional como uma ferramenta para seguir o movimento de aumento dos limites dos direitos de propriedade intelectual, garantindo, com isso, maiores vantagens dos países desenvolvidos em comparação com os em desenvolvimento. Os chamados acordos TRIP-Plus, manifestados pelos ACL (Acordos de Livre Comércio) e BITs (Acordos bilaterais de investimento), constituem um novo tipo de bilateralismo utilizado pelos países em posições de poder para continuar a impor novas regras: “Não há dúvida de que os FTAs e BITs, na era pós-TRIPS, constituem instrumentos potenciais por meio dos quais os países desenvolvidos impõem novas obrigações de propriedade intelectual aos países em desenvolvimento”⁷⁹⁶. Essa nova tendência, assim, ofusca o multilateralismo estabelecido pelo TRIPS, juntamente com suas flexibilidades e exceções, movimento que contradiz as negociações da época: “Durante o período de negociações do TRIPS (1986-1993) ficou entendido que se os países em desenvolvimento assinassem o Acordo, os Estados Unidos e demais países desenvolvidos abandonariam suas tentativas bilaterais de padronização dos direitos de propriedade intelectual”⁷⁹⁷.

Ao explorar o "unilateralismo" do *Special 301* (Relatório de Representantes comerciais dos Estados Unidos que analisa as barreiras comerciais aos Estados Unidos), o país faz uso de sua posição privilegiada para forçar outros países a adotar as regras de seu interesse, às vezes sob a ameaça de sanções comerciais, eliminando qualquer possibilidade de

⁷⁹⁶ BASSO, Maristela. *Propriedade Intelectual na Era Pós-OMC*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2005. p. 12.

⁷⁹⁷ *Ibid.* p. 12.

negociações equilibradas (e democráticas). Todas essas tensões podem ser perfeitamente representadas pelo conceito de David Kennedy de centros e periferias:

Intellectual property rules that force global protection for the center's innovation while disfavoring trade in generics and innovation based on copyright at the periphery may all generate backlash effects in poor countries. Intellectual property regimes protecting global pharmaceutical and entertainment industries from competition in the developing world and targeted immigration policies reinforcing brain drain are only the most well known ⁷⁹⁸.

Esse movimento contribui na limitação da capacidade dos países em desenvolvimento de competirem no mercado internacional, o que faz com que, em consequência, continuem a depender dos produtos e serviços prestados pelas empresas dos países desenvolvidos. Além disso, o sistema continua a ultrapassar os limites previamente estabelecidos no tocante a exceções e limitações como, por exemplo, licenças compulsórias e extensão do domínio público, eliminando também o espectro de utilização justa de produtos protegidos pelos direitos de propriedade intelectual. Katharina Pistor, nesse sentido: *“The United States pushed for better protection of intellectual property rights elsewhere by making this a condition for signing new bilateral or multilateral trade deals, without which countries lacked access to the US market.52 Ultimately, though, the goal was to incorporate the standards US companies had secured in the United States into a single multilateral agreement”*⁷⁹⁹.

O direito internacional, desse modo, ingressa de forma intuitiva no contexto mais amplo explorado anteriormente por David Kennedy e outros autores. A partir de suas ferramentas afetas, assim, ou seja, a partir de convenções, acordos bilaterais, tratados, etc, o direito internacional apresenta-se como ferramenta hábil a legitimar os diversos interesses que se manifestam na área por meio de seus mecanismos intrínsecos, visando, como última etapa, que boa parte de seu campo normativo seja internalizado nos ordenamentos nacionais, possibilitando, com isso, a devida aplicação dos mecanismos de *enforcement*.

⁷⁹⁸ KENNEDY, David. *A World of Struggle: How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy*. Princeton University Press, 2016. p. 207.

⁷⁹⁹ PISTOR, Katharina. *The Code of Capital: how law creates wealth and inequality*. Princeton and Oxford Princeton University Press, 2019. p.122.

CAPÍTULO 3 – O FUTURO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

3.1 Notas Introdutórias sobre o futuro da propriedade intelectual

Qualquer discussão que tenha a pretensão de pressionar o paradigma internacional da propriedade intelectual se mostra como sendo problemática, ou ao menos árdua, em virtude, como vimos, da difícil tarefa de identificar os seus limites e elementos conjunturais. O seu caráter multifacetado, quer queira, quer não, contribui decisivamente para esse contexto. O mesmo ocorre quando se pretende debater sobre os novos horizontes da matéria. Prospectar sobre o futuro da propriedade intelectual requer, assim: (1) a identificação dos elementos que formam aquilo que se pode denominar como seu paradigma (internacional); e (2) o estudo das crises que, como vimos, apresentam-se como sendo fundamentais para a sua formação. Dito isso, olhar para o futuro exige, de forma irremediável, o comportamento de revisitar o passado.

Olhar para o passado, ou ao menos buscar certos elementos “estabilizadores” que se manifestam continuamente na matéria (séculos e décadas), se apresenta como passo essencial a esse tipo de exercício. Pode-se, por exemplo, revisitar os planos das crises tecnológica e econômica de modo a entender se seus elementos não somente se manterão estáveis nos próximos anos ou décadas, mas, mais importante, se eles terão a capacidade de potencializar algumas das premissas da propriedade intelectual, ou se, simplesmente, as eliminarão. Somente a partir de tais estudos é que será possível elaborar perguntas como: o presente estado de crise teve o condão de superar o paradigma da propriedade intelectual? Houve, ao revés, adaptação do paradigma? Trata-se, ao fim e ao cabo, de um novo direito? A vertente de direito autoral/*copyright* deve ser analisada em dimensão diferente dos dilemas que se manifestam, por exemplo, na linha da propriedade industrial? Trata-se, atualmente, de um direito eminentemente empresarial? O autor, no contexto das premissas filosóficas da matéria, ainda existe?

A resposta a essas perguntas exigirá dos estudiosos cada vez mais empenho no exame multidisciplinar do tema, sob pena de as reflexões sobre a matéria ficarem apenas circunscritas nos opostos que variam, com frequência, entre a superação ou a potencialização

do paradigma. Talvez a melhor mostra desse movimento tenha sido a recente disseminação da digitalização e da *internet*, fato que induziu as mais diferentes visões, das ideologias de natureza política, com a novel nomenclatura de ativismo digital, até as defesas vorazes da propriedade intelectual, em nome de interesses econômicos de grupos de interesses predominantes. Algumas das características desse movimento, como as “disrupções” tecnológicas e o desenvolvimento de novos modelos de negócios, tendem a se manifestar novamente, e com intensidade, em um futuro próximo.

Inúmeras são as questões que se avizinham e têm o condão de aumentar (novamente) o nível de tensão da matéria, em especial no que diz respeito à dicotomia entre o controle e acesso informacional. A questão da capacidade de estabelecimento de escassez digital, por exemplo, apresenta-se como peça chave. Muito já se discute sobre a superação da noção da informação digital abundante, em detrimento do enclausuramento informacional com base nas modernas técnicas de criptografia, cuja segurança e estabilidade, aliás, já passa a ser questionada com as atuais pesquisas relativas à computação quântica. Há também os já presentes dilemas relativos às criações advindas da inteligência artificial e o papel da propriedade intelectual em relação a esse assunto. Com o avanço de métodos de negócios complexos, em especial no que tange ao respeito ao processamento de altos volumes de dados, discute-se o papel da propriedade intelectual como ferramenta de protegê-los. O mesmo ocorre na hipótese de disseminação das tecnologias de impressão 3D. Enfim, várias são as questões tecnológicas que continuarão exercendo força de pressão sobre o tema.

Da mesma forma, em relação ao campo econômico, os novos modelos de negócio também continuarão a influenciar a modelagem do tema. O acesso a plataformas de conteúdo e, possivelmente, de bens físicos, tende a seguir se aperfeiçoando, deslocando a noção do problema da reprodução não autorizada para o de acessos não autorizados. Nesse mesmo sentido, pode-se incluir o recrudescimento da computação em nuvem e a sua compatibilidade em relação aos direitos de propriedade intelectual relativos a software. Novas questões também surgem concernentes a jogos eletrônicos cujos algoritmos são alterados como forma de privilegiar determinados jogadores. Os modelos *open source*, diante da proeminente necessidade de interoperabilidade, também tendem a se disseminar, em especial em empresas

tradicionalmente conhecidas por estruturas negociais associadas a programas proprietários (como é o caso da Microsoft). Nesse contexto, aliás, também vale citar o caso do aumento das empresas *Startups* e a sua relação com a propriedade intelectual.

De qualquer maneira, não se trata, apenas, nessa parte do trabalho, de apresentar as possíveis influências que métodos de negócio ou novas tecnologias podem ocasionar em relação aos direitos em estudos. Mais do que isso. Na realidade, o objetivo dessa parte do trabalho é o de realizar a conexão dessas influências tanto com os pilares identificados que formam o paradigma internacional, quanto os elementos de crise manifestados em suas diferentes perspectivas. É só a partir dessa análise que será possível prospectar o grau de influência desses novos cenários sobre a matéria, assim como a sua capacidade de adaptação, sobretudo, em relação à adequação aos seus fundamentos filosóficos, além de sua capacidade de internalização e harmonização jurídica.

3.2 O fim do domínio público?

O domínio público, como se sabe, representa um pilar fundamental da vertente dos direitos autorais, sendo uma das premissas filosóficas da matéria. A sua fundamentação parte do reconhecimento (jurídico) de que, no fim das contas, não existe obra que seja efetivamente original. Isso porque a existência do domínio público, ou seja, a disposição de que o privilégio do autor em relação à exploração da obra é eminentemente temporário, parte do pressuposto de que ao menos parte dos elementos que foram levados em consideração para a consecução da obra tem sido adquirida por meio da herança cultural ofertada ao autor/criador. Mas não só isso. A tutela substancial que recebe o autor em relação ao prazo de proteção que lhe é concedido parte, é sempre bom lembrar, da premiação à cultura, como forma de incentivar sua própria criação: “mas o Direito de Autor, recordemo-lo, não existe para reprimir a imitação, mas para premiar a criatividade. Por isso atribui uma tutela tão significativa”⁸⁰⁰.

A partir do momento em que os imperativos econômicos passam a impulsionar a criação, muito menos como uma forma de expressão criativa, mas como um verdadeiro

⁸⁰⁰ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2. ed. refund. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 52.

produto que serve, exclusivamente, ao entretenimento do grande público, a justificação apresentada acima passa por um teste de legitimação, assim como a própria concepção do domínio público. Partindo somente da premissa da tutela significativa como forma de reconhecimento da criatividade do autor, estabelece-se uma relação de difícil fórmula lógica: quanto mais o tempo de proteção aumenta, e isso foi dramático no século XX, menor é a representatividade do autor e, por consequência, mais enfraquecida fica a estrutura baseada no incentivo à criatividade como forma de oxigenar a cultura. Nessa mesma linha entraria a justificativa de prazos de proteção tão longos. Algumas são as possibilidades possíveis.

Pode-se argumentar, podendo ser essa uma corrente até radical, que com a debilidade da posição do autor face a estrutura atual dos direitos autorais, o domínio público, cuja legitimação passa pela concepção forte de autoria, perde sua razão de ser. Ou seja, ainda que permaneça existindo por certa conveniência, o fato é que a sua legitimação filosófica cai por terra, porque com a problemática que envolve a autoria, somada à padronização que visa o entretenimento da massa, sendo essa uma estrutura econômica que já se solidificou desde há muito, elimina qualquer explicação plausível acerca do incentivo à cultura e, de quebra, das razões jurídicas que levam esses direitos a terem, como exposto por José de Oliveira Ascensão, uma tutela tão significativa. A contradição, assim, surge na exata medida em que os prazos, ao revés, apenas aumentaram.

O aumento dos prazos, como se sabe, atende a fins econômicos e, ao assim se proceder, existe um deslocamento da justificação baseado no incentivo à criatividade e à cultura, em si, para a questão econômica da recuperação do investimento. Ocorre, contudo, e essa é a grande contradição que, de certa maneira, reforça as questões discutidas na crise de uma perspectiva político-jurídica, que o fato de a justificativa ter viés substancialmente econômico, ou seja, de caráter mais instrumental, tenderia, em princípio, a aproximar a noção da proteção dos bens protegidos por direitos autorais àqueles tutelados por meio dos direitos de propriedade industrial (que possuem, justamente por serem voltados à indústria, por servirem pela sua utilidade intrínseca, prazos de proteção substancialmente menores). No limite, nesse contexto, seria igualmente complexo justificar extensos prazos de proteção no sistema do *copyright*, haja vista seus fundamentos serem voltados muito mais à utilidade da

obra do que, propriamente, ao seu nível de criatividade (muito menos do impacto que isso teria no desenvolvimento da cultura)⁸⁰¹. No fundo, assim, o aspecto central da problemática recai na tensão essencial entre os interesses exclusivamente “culturais” e aqueles de natureza eminentemente utilitária, condição essa potencializada pela Sociedade da Informação:

Na verdade, o fenômeno se insere no contexto maior da Sociedade da Informação. As transformações ocorridas no mundo digital têm levado vários autores a questionar a manutenção da sistemática clássica do Direito Autoral, preconizando-se até uma revolução conceitual no instituto durante o Século XXI. A aplicação de regras e princípios concebidos para obras intelectuais de interesse essencialmente cultural a criações de natureza meramente utilitária não tem sido feita sem gerar conflitos para ambos os lados: usuários e aplicadores do Direito.⁸⁰²

Ainda que o argumento seja de natureza eminentemente econômica, no sentido de benefícios à concorrência e ao consumidor, o cenário, como posto, parece não contribuir para o estabelecimento de um mercado mais saudável no que tange, sobretudo, aos bens integrantes da tal “economia criativa”: “as exceções e limitações propiciam incentivos à continuidade, renovação e sequenciamento da atividade inovadora e criativa nos mercados, ampliam a aptidão concorrencial entre criadores e inventores e os acessos aos bens da tecnologia e informação”⁸⁰³. Ao que tudo indica, a harmonia da estrutura depende de um equilíbrio entre a tutela da propriedade intelectual e do domínio público, sendo que este, em princípio, tem sido desprezado como elemento importante do sistema dos direitos autorais. No caso da propriedade industrial, o equilíbrio parece ser maior (no que concerne, ao menos, aos prazos de proteção menos extensos), permitindo, em princípio, um ambiente mais propício à inovação.

⁸⁰¹ Denis Borges Barbosa, no prefácio do livro de Manoel Pereira dos Santos *A proteção autoral de programas de computador*, dizia que: “Nunca fiz segredo de minha convicção pessoal nesse sentido: software não é nem será jamais objeto próprio para a proteção autoral [...]. Mas tudo se ajeita. Em cada país, o “direito autoral”, posto entre aspas, perde características essenciais – como o escopo dos direitos morais – e, aguardando o nome, se transforma num outro animal”. (BARBOSA apud SANTOS, Manuel Pereira dos. *A Proteção Autoral de Programas de Computador*. São Paulo: Lumen Juris. 2008. Prefácio. p. xvii)

⁸⁰²SANTOS, Manuel Pereira dos. *A Proteção Autoral de Programas de Computador*. São Paulo: Lumen Juris. 2008. p. 20.

⁸⁰³ POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. *Direito Internacional da Propriedade Intelectual: fundamentos, princípios e desafios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 470.

O domínio público, dessa forma, não possui uma finalidade econômica que se mostre clara, ao menos em um primeiro momento. Não parece ser ele capaz de integrar as lógicas econômicas que governam as diretrizes atuais da propriedade intelectual, nada obstante essa possibilidade existir, especialmente sob a dinamicidade do mercado atual⁸⁰⁴. Essa desconexão com a forma de enxergar a sua posição dentro do esquema de recuperação aos investimentos torna o domínio público um verdadeiro empecilho a essa fórmula. Assim como acontece com a noção do autor, o domínio público também parece estar deslocado, em sua identidade, dos elementos estruturais que atualmente sustentam a matéria, baseados, de forma decisiva, na lógica do capital. Lutar contra essa lógica, seguindo Gilberto Dupas, significa afrontar os próprios princípios do capitalismo⁸⁰⁵. Contudo, segundo o mesmo autor, é bom lembrar que as legitimações sociais e políticas ainda desempenham uma função importante: “A supremacia do capital se consagrou; mas, apesar de seu peso decisivo na definição do quadro econômico e social, essa supremacia depende da legitimação social e política para exercer o poder em toda sua plenitude”⁸⁰⁶.

A representatividade em relação ao domínio público, assim, ingressa justamente nesse contexto de legitimidade social, apontado por Gilberto Dupas. Seria precipitado, dessa forma, cravar o fim do domínio público. O argumento defensável, nesse contexto, é o de que o instituto se encontra cada vez mais sufocado pelos imperativos econômicos, mas pretensas cartadas decisivas esbarram justamente nesse contraponto social, geralmente defendido por estudiosos e ativistas da área. Ainda que haja essa pressão sobre o conceito, ainda existe certa capilaridade social que se mostra minimamente engajada a se movimentar em defesa do instituto, embora estejamos mais perto, sobretudo em relação aos direitos autorais, de um

⁸⁰⁴ Imagine-se, por exemplo, uma plataforma em que as grandes produtoras de *Hollywood* distribuíssem de forma gratuita (permitindo que as obras integrassem uma espécie de domínio público artificial) todos os filmes que tivessem sido lançados há mais de 20 ou 30 anos (ou seja, com o seu potencial de retorno já explorado em grande parte). Sem dúvida essa plataforma atrairia milhões de usuários em um curto espaço de tempo, possibilitando a elas não somente contato direto com seus usuários, mas também, uma plataforma de divulgação de seus lançamentos nas salas de cinema, fonte essa, como se sabe, da maior parte da receita dos filmes.

⁸⁰⁵ “A difícil questão é que lutar contra essa lógica, que mantém a máquina econômica em movimento, é atacar os próprios princípios do capitalismo num momento em que nenhum outro sistema – ainda que sob a forma de utopia – aparece no horizonte como alternativa real”. (VILLARES, Fábio. *Propriedade intelectual: tensões entre o capital e a sociedade*. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 2007. p. 18).

⁸⁰⁶ *Ibid.* p. 22.

prazo de proteção quase que perpétuo, levando-se em consideração os cada vez mais céleres ciclos de exaurimento dos bens.

3.3 O *accessright*: novo fundamento teórico ou deslocamento conceitual?

O objetivo do presente tópico, dentro do contexto das reflexões acerca do futuro da propriedade intelectual, tem por objetivo apresentar breves observações sobre determinadas análises realizadas nas últimas décadas que anunciaram, com o advento das plataformas digitais, o desenvolvimento de um novo fundamento teórico sobre a matéria. Na verdade, como vimos até aqui, muitas foram as discussões sobre essa questão, por diferentes vieses. O escopo dessa análise, especificamente, diz respeito ao conceito do *accessright* (ou direito de acesso), apresentado como um novo fundamento para a propriedade intelectual, justamente como forma de atender às novas demandas não apenas tecnológicas, mas, sobretudo, econômicas.

Analisamos no decorrer do trabalho o impacto das novas plataformas digitais sobre a propriedade intelectual, notadamente em relação ao seu pilar de reprodução (direito de cópia). Diante dessa nova realidade, não somente tecnológica, mas da adaptação dos modelos de negócio, examinamos algumas variantes que extrapolam essa conjectura de modo mais radical, anunciando uma realidade em que a aquisição de determinado bem se dá não pela obtenção de sua unidade (cópia), mas pelo *acesso* a um serviço que proporciona o ato de utilizar determinado *pool* tanto de bens de natureza digital, quanto de bens físicos. Analisamos esse contexto fazendo referência, por exemplo, ao autor Jeremy Rifkin que, no intervalo de aproximadamente quinze anos, refletiu tanto sobre o acesso, anunciando, de forma pioneira (ainda que questionável), a tal “Era do Acesso”, como também, mais recentemente, sobre a drástica redução dos custos marginais nos processos modernos de produção e seus impactos nos negócios e na sociedade em geral. Esse contexto, é bom frisar, não impacta somente os direitos autorais, mas também o universo dos bens tutelados por direitos de propriedade industrial.

No campo do *copyright*, movimento semelhante foi traçado. Diante da conjectura apresentada acima, principalmente em relação aos sistemas digitais, dois autores se apresentaram como sendo os primeiros a explorarem a modificação teórica da propriedade intelectual, partindo da noção de cópia (direito de cópia) para a de acesso (direito de acesso). São eles John Perry Barlow⁸⁰⁷ e Simon Olswang⁸⁰⁸. O primeiro, a nosso ver, um pouco mais radical, explorava a harmonização do *copyright* com o ambiente digital com maior ceticismo, especialmente pela dificuldade de *enforcement*⁸⁰⁹, ou seja, pela incapacidade dos produtores de conteúdo de eliminarem a livre circulação de seus bens digitais pela rede. Além disso, também explorava o autor a necessidade de a informação circular de forma livre, apresentando como sendo imoral qualquer inviabilidade de distribuição do bem digital na rede (aos moldes das discussões relativas a *software*⁸¹⁰). De qualquer maneira, voltando ao presente escopo, o fato é que John Perry Barlow já previa a direção em relação ao controle de bens criativos pelo acesso, muito aos moldes explorados posteriormente por Lessig: “*control will be based on restricting access to the freshest, highest bandwidth information. It will be a matter of defining the ticket, the venue, the performer, and the identity of the ticket holder, definitions which I believe will take their forms from technology, not law*”⁸¹¹.

Simon Olswang, autor britânico, seguiu por um caminho mais contundente em relação ao estabelecimento de um novo direito para abarcar essa nova realidade. Como ponto de partida, o autor não concordava com as extensões conceituais que buscavam enquadrar fenômenos da era digital nas vertentes tradicionais do *copyright*. Acreditava o autor que tais direitos precisariam passar por uma reformulação mais profunda, tendo como foco o deslocamento das restrições baseadas nas reproduções não autorizadas, para as normatizações calcadas no direito de exclusividade de autorizar ou proibir usos. Zohar Efroni apresenta um ótimo resumo a respeito desse tema:

⁸⁰⁷ BARLOW, John Perry. Selling Wine Without Bottles: The Economy of Mind on the Global Net, 18 *Duke Law & Technology Review*, p. 8-31, 1993.

⁸⁰⁸ OLSWANG, Simon Accessright: An Evolutionary Path for Copyright into the Digital Era, 17*Eur. Intel. Prop. Rev.* p. 215, 1995.

⁸⁰⁹ “The increasing difficulty of enforcing existing copyright and patent laws is already placing in peril the ultimate source of intellectual property, the free exchange of ideas. (BARLOW, John Perry, 1993, op. cit. p.11).

⁸¹⁰ “I would argue that initial efforts to protect digital copyright by copy protection contributed to the current condition in which most otherwise ethical computer users seem morally untroubled by their possession of pirated software”. (Ibid. p. 28).

⁸¹¹ Ibid.

Olswang expressed deep dissatisfaction with “the artificial stretching of copyright concepts.” Instead, Olswang proposed a “more fundamental approach,” coining the term Accessright to describe a meta right that should allow creators to control their creation in the digital domain as it would have the primary purpose of affording them with an exclusive power to authorize or prohibit use. Olswang posited that such right has been necessary in response to the collapsing distinctions between the various exclusive rights in the network environment. The envisioned right should have provided the necessary property platform upon which contractual arrangements could develop to allow access and use, to the extent these activities were authorized by the rights-holder. The “Accessright” should have further afforded the rights-holder with a wide and flexible range of options for fashioning access and use permissions.⁸¹²

Retornamos, também nesse contexto, à questão da proteção da “informação”. Levar em consideração a proteção da informação como estrutura elementar da propriedade intelectual, em todas as suas vertentes⁸¹³, apresenta-se como sendo um tanto quanto simplório, haja vista a generalização e a falta de clareza com as quais se trata tal conceito. Já tivemos a oportunidade de abordar esse assunto, mas, vale lembrar, por exemplo, que tanto nos direitos autorais ou *copyright*, quanto no direito de patente, protege-se, respectivamente, a expressão da ideia e algo que seja apresentado como efetivamente original. Informação, no sentido lato, está muito mais próxima da noção de ideia, ou seja, algo com baixa carga de estruturação, conceito que, em princípio e *per se*, se mostra como sendo insuficiente para se enquadrar dentro da estrutura paradigmática da propriedade intelectual. Esse corte também traz à tona a também já explorada problemática que envolve a natureza “não apropriável” da informação: “*Due to its informational nature, a message is an unusual candidate for being considered property res*”⁸¹⁴.

Apostar na proteção da informação como estrutura fundamental da matéria implica, invariavelmente, em uma maleabilidade (ou mutação) acerca do paradigma da

⁸¹² EFRONI, Zohar. *Access-Right: The future of Digital Copyright Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. xx Introduction.

⁸¹³ “Landes and Posner described intellectual property law as protecting “ideas, inventions, discoveries, symbols, images, expressive works [...] or in short any potentially valuable human product (broadly, ‘information’)””. (EFRONI, Zohar. *Access-Right: The future of Digital Copyright Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 3).

⁸¹⁴ EFRONI, Zohar. *Access-Right: The future of Digital Copyright Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 85

propriedade intelectual que pode resultar em uma profunda confusão conceitual com o potencial de eliminar qualquer base aceitável do tema. Em outras palavras, no contexto de buscar compreender se está-se diante de um novo direito (Direito de Acesso), ou dentro do mesmo paradigma internacional da propriedade intelectual, no interior de sua “maleabilidade” própria, tudo indica que não são as construções que baseiam-se na informação, como visto acima, que parecem determinar uma mudança de rota substancialmente acentuada, seja em razão de seu caráter abstrato, ou mesmo, pelas ideologias que a consideram como elemento não passível de “propertização”.

É preciso, com isso, definir com clareza tais conceitos para evitar sincretismos. Segundo o próprio Zohar Efroni, “*Listening to music, reading a book, looking at an advertisement poster, appreciating a painting in a museum, or watching a play are all examples of human-access to information*”⁸¹⁵. Ora, se assim o é, a mídia não deveria servir de elemento passível de determinar a qualidade do direito (se de acesso, reprodução, difusão etc.). Dito de outra forma, nessa linha, não é o meio pelo qual esses trabalhos são apresentados ao público (CDs, DVDs, arquivo digital etc.) que indicam a qualidade do direito que os regulam, mas sim, nesses casos, o mesmo pilar existente desde há muito na propriedade intelectual que expõe que a proteção se dá pela expressão da ideia (independentemente da forma que ela se dá).

Nesse mesmo contexto, seria igualmente incoerente argumentar sobre uma mudança de rota teórica relativamente drástica em virtude da capacidade de criação de mecanismos de controle relativo ao acesso às obras. Esse também é um dos argumentos centrais dos autores que defendem o fundamento do Direito de Acesso: “*Ginsburg suggests the right to control access means “the right to control the manner in which members of the public apprehend the work*”⁸¹⁶. Esse aspecto, no fundo, representa parte essencial dos

⁸¹⁵ Ibid. p. 129.

⁸¹⁶ Ibid. p. 145: “*The term access right penetrated the copyright vernacular concurrently with deliberations over the anticircumvention laws eventually enacted in the United States in 1998. Technically, the access right is a pseudo right, as a formal legal entitlement subjecting access to exclusive rights has never been introduced into the positive copyright law [...] Olswang suggested “[a]ccessright is a means whereby creators may control access to content . . . the primary purpose of the right will be to allow creators the exclusive right to authorise or prohibit use. In his brief treatment, Olswang devoted a comparatively elaborate discussion to the many*

conflitos que envolvem a propriedade intelectual desde há muito. A capacidade de controle irrefutável sobre a obra, como refletiremos um pouco mais à frente na ocasião do exame da tecnologia *Blockchain* e da computação quântica, pode representar, na verdade, não o estabelecimento de um novo direito, mas da eliminação de vertentes da propriedade intelectual em razão da impossibilidade de acesso/reprodução sobre as obras, o que diminui substancialmente os dilemas da matéria. Isso poderia, inclusive, representar o obscurecimento do direito autoral, da forma como o conhecemos, em prol de meros sistemas que mapeiam o consumo do usuário: “A solução consistiria, portanto, não em suprimir completamente o direito autoral, mas em substituí-lo por sistemas de contagem contínua de consumo de informações pelos usuários finais”⁸¹⁷. Sobre esse estado de coisas, destacadamente o conceito do direito autoral e a proteção de “informações”, José de Oliveira Ascensão oferece um elucidativo resumo (ainda que no âmago da vertente do sistema europeu):

Falou-se da “morte do direito de autor”. É necessário entendermo-nos sobre o que se quer significar com esta metáfora. Não se prevê o desaparecimento do ramo do Direito de Autor, com o conseqüentemente retorno dos bens intelectuais a um regime de liberdade. Muito pelo contrário, vemos a protecção do autor ser engolida pela protecção de inúmeros outros pretendentes a protecção exclusiva. Pode até o ramo continuar a chamar-se Direito de Autor: o que acontece é que não é o autor quem na realidade é o fulcro ou destinatário último desse ramo [...] se protegem banalidades sem o mínimo de criatividade.⁸¹⁸

advantages of the “accessright” in the digital setting as compared to traditional copyrights (Ibid. p. 144-145). Esse também é um tema abordado por José de Oliveira Ascensão, justamente no âmbito dos dispositivos tecnológicos de proteção: “A esta luz, compreende-se como é vital a questão do direito de acesso na internet. O direito de acesso pode ser entendido de duas maneiras contrapostas: ou como direito do autor de vedar o acesso de terceiros aos sítios da internet que contenham a obra; ou como direito público de aceder à obra na internet, no exercício dos direitos constitucionalmente assegurados de acesso à informação, acesso à cultura, acesso ao conhecimento; ou até, simplesmente, no exercício do uso privado. A questão tem sido debatida a nível muito elevado, contrapondo-se à posição de Jane Ginsburg, que acrescenta ao direito de reprodução o direito de acesso como conteúdo do copyright, a de Thomas Hoeren, que nega esse direito”. (ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.). *Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor*. Vol. X. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 107).

⁸¹⁷ LEVY, Pierre. *O que é o virtual?* Tradução Paulo Neves. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 65. Esse argumento também segue as reflexões de Robert Cooter e Thomas Ulen, que se inspiram na analogia do “fonógrafo automático celestial” apresentada por Paul Goldstein: “Qual é o futuro dos direitos autorais na era digital? De acordo com uma visão do futuro, a maioria dos usuários de informações digitais irá baixá-las de alguns poucos vendedores que imponham taxas uniformes. Neste sistema, obter informações se assemelha a colocar dinheiro num fonógrafo automático para ouvir uma canção”. (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman. 2010. p. 149).

⁸¹⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.). *Direito da Sociedade da Informação*. Vol. VII. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 47.

Em resumo, não parece ser crível, em um primeiro momento, trabalhar com conceitos que buscam modificar de forma contundente o paradigma da propriedade intelectual em decorrência da modificação das mídias. A definição do Direito de Acesso, qual seja “*the exclusive right-claim to prevent anyone from performing access-conducts and communication-conducts, without the authorization of the rights- holder, concerning the message to which access is sought, or concerning the message sought to be communicated*”⁸¹⁹ não apresenta, em princípio, características que demonstram inovações a respeito da forma como a matéria lida com diversas questões. Tudo indica que trata-se, a bem dizer, não somente de uma questão de nomenclatura, mas também, de influências externas como a já analisada “Era do Acesso” e afins. Mesmo esse tipo de influência, no campo econômico, sofre de diversas incongruências, não podendo ser fonte fidedigna apta a transformar o modo como se enxerga a propriedade intelectual. Dessa forma, no que tange ao menos ao horizonte visível, não parece ser o *accessright* uma corrente que transforme a condição estrutural do paradigma internacional da propriedade intelectual.

3.4 Exaustão de direitos, digitalização e distribuição de conhecimento como serviço

O presente tópico buscará explorar a sensibilidade da propriedade intelectual em relação à tecnologia e aos modelos de negócio, instrumentalizando o exame no conhecido instituto da exaustão de direitos. Esse instituto, também conhecido como esgotamento de direitos ou, na sigla em inglês, *first sale doctrine*, limita o controle sobre os direitos de propriedade intelectual apenas até a primeira venda da obra ou objeto sobre o qual recai a proteção. Maristela Basso, nesse sentido, afirma que: “o controle dos direitos por parte de seu titular sobre os objetos e serviços termina – encerra-se (exaure-se, esgota-se) no momento em que este objeto ou serviço, sobre o qual recai o direito de propriedade intelectual, é posto no mercado pela primeira vez, *first sold*, pelo titular de direito”⁸²⁰.

⁸¹⁹ EFRONI, Zohar. *Access-Right: The future of Digital Copyright Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 146.

⁸²⁰ BASSO, Maristela. *Propriedade Intelectual e Importação paralela*. São Paulo: Ed. Atlas, 2011. p. 4.

Dito de outra forma, os direitos de exclusividade sobre o *corpus mechanicum* não se estendem, ou seja, deixam de acompanhar a obra ou produto após a primeira venda. Isso não significa, frise-se, que os direitos de propriedade intelectual deixem de acompanhá-los por completo. O detentor legítimo da obra ou produto continuará, por exemplo, sem poder reproduzir ou distribuir o bem. A exaustão, assim, representa a possibilidade de que o comprador possa comercializar livremente o suporte material que contém a obra (no caso de direitos autorais) ou o produto que contém sobre ele, por exemplo, uma patente ou marca registrada. A lógica por detrás desse instituto é a de limitar os ganhos do detentor dos direitos de propriedade intelectual, partindo do pressuposto de que a primeira venda já seria razoável no que diz respeito à justa recuperação dos investimentos.

Com o advento da comercialização de bens digitais pela rede, essa lógica se esfacela. E o faz, novamente, pela questão da escassez e dos modelos de negócio que atuam sobre a matriz da abundância, sem contar na discussão relativa à qualidade do bem. No início dos anos 2000, o escritório americano de direitos autorais, por meio do *DMCA Section 104 Report*, apresentou argumentos contrários ao estabelecimento da doutrina da exaustão de direitos sobre bens digitais, sob a justificativa central de que tais bens, em razão da possibilidade de serem reproduzidos de forma ilimitada, sem perda de qualidade, eliminariam, de plano, qualquer pertinência sobre “produtos usados” de suportes físicos, que tendem a se degradar com o tempo, sendo esse fato, segundo o reporte, o argumento básico que explicaria o “mercado dos usados”:

Physical copies of works degrade with time and use, making used copies less desirable than new ones. Digital information does not degrade, and can be reproduced perfectly on a recipient's computer. The “used” copy is just as desirable as (in fact, is indistinguishable from) a new copy of the same work. Time, space, effort and cost no longer act as barriers to the movement of copies, since digital copies can be transmitted nearly instantaneously anywhere in the world with minimal effort and negligible cost. The need to transport physical copies of works, which acts as a natural brake on the effect of resales on the copyright owner's market, no longer exists in the realm of digital transmissions. The ability of such “used” copies to compete for market share with new copies is thus far greater in the digital world.⁸²¹

⁸²¹Disponível em: <https://www.copyright.gov/reports/studies/dmca/sec-104-report-vol-1.pdf>. Acesso em: 9 dez. 2019.

A questão da exaustão de direitos, contudo, não se resume apenas a isso. No fim das contas, como já explorado, tanto a tecnologia quanto os modelos de negócios são quem irão delimitar a maneira como o uso será realizado, sempre levando em consideração a inclinação acerca das modalidades que têm o condão de potencializar o controle por parte dos detentores de conteúdo. Ainda que seja possível o estabelecimento da escassez digital, e esse argumento ficará mais claro nos tópicos seguintes, que tratarão da tecnologia do *Blockchain* e da computação quântica, resta evidente que, ao detentor de conteúdo, ao menos inserido dentro dos paradigmas tecnológicos atuais, será muito mais vantajoso eliminar a pertinência do instituto. A exaustão de direitos, em resumo, apresenta-se como sendo diretamente proporcional não somente à possibilidade da criação de escassez sobre o bem digital, mas de modelos de negócios que explorem a possibilidade de que as unidades, de fato, pertençam aos usuários, ainda que sejam no formato digital.

Os modelos de negócio que exploram a distribuição do acesso por meio de plataformas que disponibilizam um catálogo vasto a um preço acessível, ou mesmo, os próprios alugueis e compra digitais, se por um lado estabelecem um ambiente em que tais conteúdos sejam mais acessíveis, inclusive financeiramente, por outro, eliminam a liberdade do usuário de manejar a obra da forma como melhor lhe convier, mas, mais importante, os deixam vulneráveis a tomadas de decisão das empresas que podem interferir na própria existência do serviço (como o que aconteceu recentemente com a Microsoft, como já visto, que decidiu descontinuar seu serviço de loja de livros virtual, prejudicando, ainda que acompanhado de reembolso, diversas bibliotecas virtuais, inclusive com anotações, de todos os usuários).

A questão, frise-se novamente, está diretamente relacionada com a problemática que envolve a discussão referente à escassez digital: “*In Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc., the court, relying in part on the USCO’s report, found that it was impossible to digitally transfer the “particular” copy purchased; any digital transfer creates a new copy of the work, even if the original file is deleted during the transfer*”⁸²². Na verdade, e veremos isso mais à frente, não é tão impossível assim transferir um bem digital sem que, necessariamente, se

⁸²² Disponível em: <https://advertisinglaw.foxrothschild.com/2018/03/digital-first-sale/>. Acesso em: 9 dez. 2019.

realize uma nova cópia. A moeda digital *Bitcoin*, que opera sob a tecnologia do *Blockchain*, faz justamente isso: ela instrumentaliza a escassez em ambiente digital, permitindo que uma unidade seja transferida de um usuário para outro, estabelecendo verdadeira rivalidade: ou seja, em princípio, dois usuários não podem ter a “posse” *do mesmo Bitcoin*, sob o mesmo *hash* (que significa, grosso modo, uma sequência de algoritmos que identifica o *bitcoin*).

Existe, a partir desses argumentos, assim, uma importante erosão da doutrina da exaustão de direitos, especialmente em relação aos bens e serviços de natureza digital. Em um primeiro momento, neste particular, não existem mostras de que esse instituto retome um local de destaque nos direitos de propriedade intelectual, ao menos em relação aos direitos autorais, ainda que permaneça integrado nos ordenamentos internacional e nacional. Movimento contrário a essa afirmação ocorreria caso, como exposto, unidades digitais de conteúdo, protegidas sob criptografia de ponta, fizessem parte dos modelos de negócios atuais (permitindo a genuína transferência de um usuário para outro), embora, como se sabe, um dos maiores objetivos atuais das grandes corporações resume-se à previsibilidade e recorrência dos retornos financeiros, aspectos esses refratários a estruturas comerciais que não sejam baseadas em modelos de assinatura, portanto, em unidades avulsas (realidade que se consolida cada vez mais no ambiente digital).

3.5 Dados pessoais como propriedade intelectual?

Conforme examinado no decorrer do trabalho, a discussão acerca do paradigma internacional da propriedade intelectual mostra-se fundamental não somente como forma de identificar o liame estrutural da matéria, como também, de servir de base para debates que buscam, de tempos em tempos, realizar o encaixe de novas tutelas e (ou) institutos dentro do universo de tais direitos. Ainda que o paradigma da matéria seja largo, de acordo com o que foi estudado até aqui, o desenvolvimento histórico do tema possui determinados pilares cuja observância mostra-se essencial sob pena de completa desarticulação a respeito de determinados temas afetos a propriedade intelectual. Nesse contexto, buscaremos, no presente tópico, analisar brevemente determinados estudos que procuram localizar sinergias entre a propriedade intelectual e a privacidade.

O aspecto central que permite uma primeira abordagem de ambas as matérias em conjunto diz respeito ao deslocamento da privacidade como instrumento de tutela da personalidade do indivíduo para a questão do controle informacional relativa aos seus dados pessoais: “de acordo com as lições de Stefano Rodotà [...] o direito à privacidade não se estrutura mais em torno do eixo “pessoa-informação-segreto”, no paradigma da zero-relationship, mas sim em um eixo “pessoa-informação-circulação-controle”⁸²³. Em outras palavras, a privacidade voltada à esfera íntima do sujeito, sustentada pelo famoso “direito de estar só” perde importância com o tempo, dando lugar, sobretudo devido à proliferação dos meios de comunicação de massa, a questão relativa à circulação de dados pessoais, especialmente para fins de comércio. O aspecto econômico, resumidamente, explica-se pela capacidade das empresas em ampliar, a partir do uso desses dados, o espectro comunicacional que resulta, invariavelmente, no aumento de seu *market share*, permitindo, de quebra, altos níveis de personalização de produtos e serviços em benefício dos usuários.

Pamela Samuelson, professora da Universidade da Califórnia (*Berkeley*), talvez tenha sido uma das primeiras a apresentar essa questão de modo mais estruturado. O ponto de partida dessa análise leva em consideração a posição dos dados pessoais no comércio pós *internet*, com ênfase, em termos econômicos, à falha de mercado associada ao seu uso. Em outras palavras, a autora recorda que as empresas que se utilizam dos dados pessoais, (lembrando que o artigo é de 1999) com o objetivo de maximizarem seus negócios, internalizam os ganhos associados a tal prática, contudo, ao externalizarem algumas das perdas, possuem incentivos a utilizarem tais dados de forma excessiva. Nesse sentido, a autora americana argumenta que “*to overcome this market failure, some American commentators have proposed that the law should grant individuals a property right in their personal data which would enable individuals to bargain over which personal data to reveal to which firms for what purposes*”⁸²⁴.

⁸²³ DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 23.

⁸²⁴ SAMUELSON, Pamela. Privacy as Intellectual Property? *52 Stan. L. Rev.*, v. 1125, p. 2, 1999.

O modelo proprietário sobre os dados pessoais observaria, segundo a autora, duas finalidades principais⁸²⁵: a) em primeiro lugar, conferiria ao usuário a propriedade sobre seus dados, o que viabilizaria, em princípio, a sua comercialização no mercado. Interessante notar, nesse contexto, que análises recentes sobre o *blockchain* (cujo tema será abordado à frente) também trazem esse tema à tona, sugerindo a possibilidade de micro transações sobre esses dados. Sob essa tecnologia, eles se transformariam em verdadeiros bens escassos; b) em segundo lugar, faria com que as empresas, possivelmente, internalizassem ao menos parte dos custos sociais, fazendo com que elas medissem de forma mais calibrada as formas de uso evitando, assim, o uso excessivo e, às vezes, não responsável dos dados. Esse cenário, desse modo, segundo a autora, faria com que a proteção dos dados pessoais se transformasse em uma nova forma de direito de propriedade intelectual sobre a informação: “*This approach to personal data protection would, in essence, establish a new form of intellectual property right in information*”⁸²⁶. A autora, em suma, estabelece essa relação partindo do pressuposto de que a tutela dos dados pessoais se assemelharia à natureza da propriedade intelectual como direito que estabelece relações de propriedade com ativos baseados em informação⁸²⁷.

Dessa forma, o dado pessoal é equiparado a uma obra (informação) e, ao assim se proceder, transferem-se ao seu âmbito algumas das dificuldades que acometem a propriedade intelectual como compartilhamento e efeito carona (*free-riding*). Na verdade, segundo essa linha de raciocínio, o estabelecimento de direitos de propriedade sobre os dados pessoais teria por finalidade, justamente, lidar com essas dificuldades tão comuns em relação à propriedade intelectual: “*characterizing personal data that is protected by data protection law as IP provides data subjects with a higher level of protection of their personal data. The benefit of doing so, in our view, is in responding effectively to the need for data protection in the face of*

⁸²⁵Ibid. p. 3.

⁸²⁶Ibid.

⁸²⁷“*Creating property rights in informational assets is, in fact, remarkably common. Intellectual property law grants exclusive rights in information-based creations in order to promote develop of a thriving marketplace for them. A number of commentators have observed that in an information economy, it seems almost inevitable that information will increasingly be commodified and new property rights will be created. Granting individuals property rights in their data would seem to be consistent with this general trend and with the emergence of an “attention economy”*”. (Ibid. p. 8).

constant and unpredictable changes in current and future technology”⁸²⁸. Além disso, outro instituto da propriedade intelectual que serve de base para a exploração desse argumento é o segredo comercial⁸²⁹. Em grande medida, a exploração desse argumento se dá pela relevância comercial do dado pessoal. Pamela Samuelson localiza algumas sinergias:

*Although trade secrecy and information privacy laws obviously differ in many significant respects, these laws nonetheless have at least three important interests in common: (1) an interest in protecting the interest of the claimant to restrict access to and unauthorized uses of secret/private information; (2) an interest in giving firms/individuals control over commercial exploitations of secret/private information, and (3) an interest in setting and enforcing minimum standards of commercial morality.*⁸³⁰

O objetivo do presente tópico é apenas trazer à tona a importância das reflexões relativas ao paradigma internacional da propriedade intelectual face as novas fronteiras tecnológicas e econômicas, dentro do contexto de prospecção acerca de caminhos possíveis em relação ao tema. A discussão sobre o eventual estabelecimento de direitos de propriedade sobre dados pessoais, seja nos moldes da propriedade intelectual, ou mesmo, dentro de seu próprio universo, representa um bom exemplo de como determinadas construções tensionam os limites de seu paradigma. Ainda que seja possível localizar algumas semelhanças (controle informacional, *free riding*, escassez etc.), a hipótese de considerar o tema dos dados pessoais como propriedade intelectual deveria ser descartada de plano. É evidente que sobre os dados pessoais não recai nenhum componente estrutural da propriedade intelectual como incentivo à inovação, recuperação do investimento, proteção do autor etc. A “onda larga” que representa a estrutura básica da propriedade intelectual, apesar de ampla, possui, como vimos, um “DNA” cujos elementos essenciais são plenamente identificáveis e formadores da matéria. Assim, nem tudo cabe no seu quadro conceitual, ainda que ingresse no âmago de interesses.

⁸²⁸TRAKMAN, Leon; WALTERS, Robert; ZELLER, Bruno. *Is privacy and personal data set to become the new intellectual property? International Review of Intellectual Property and Competition Law [2019] UNSWLRS 70*. p.1

⁸²⁹Os autores australianos Leon Trakman, Robert Walters e Bruno Zeller, em referência ao caso americano *Price v. Hal Roach Studios*, expõem que: “[t]here is no single generic term that satisfactorily covers all rights which comprise intellectual property rights. However, the court went on to say intellectual property protects information and ideas that are of commercial value. The position taken by the court is that as long as the personal information is confidential and of commercial value it has a property right and can be treated as intellectual property”. (Ibid. p. 26).

⁸³⁰SAMUELSON, Pamela. *Privacy as Intellectual Property? 52 Stan. L. Rev.*, v. 1125, p. 23, 1999.

3.6 Propriedade intelectual e inteligência artificial

A partir do presente tópico iniciam-se as análises relativas à propriedade intelectual com as novas tecnologias. De acordo com o que foi examinado até aqui, no trabalho, ficou mais do que claro que o desenvolvimento da matéria acompanha, quase que de maneira imediata, as novas estruturas tecnológicas que se manifestam, principalmente, no âmbito do mercado. No presente escopo buscar-se-á investigar a relação da propriedade intelectual com as tecnologias em processo de aceleração ou emergentes, tendo como objetivo refletir sobre o impacto que o cenário construído por elas pode gerar no universo do tema, seguindo seus parâmetros paradigmáticos e de crises. A primeira dessas tecnologias é a inteligência artificial.

A inteligência artificial, após períodos de investigações prévias, sobretudo em âmbito acadêmico, transforma-se, a partir dos anos de 1980, em verdadeira indústria⁸³¹. Nessa linha, a partir desse período, as investigações relativas à matéria deslocam-se das pesquisas de âmbito estritamente acadêmico, para a resolução de problemas manifestados nas empresas e no mercado, valendo-se de sua característica fundamental: “*artificial intelligence is that activity devoted to making machines intelligent, and intelligence is that quality that enables an entity to function appropriately and with foresight in its environment*”⁸³² [...] *it attempts not just to understand but also to build intelligent entities*”⁸³³. O seu desenvolvimento, em grande medida, acompanha o movimento macro de explosão informacional que carrega consigo a importância cada vez mais substancial de organização e estruturação da informação como forma de tornar processos e, por extrapolação, o próprio mercado, mais eficientes. Esse desiderato é atingido, em relação à inteligência artificial, por meio de sistemas que não somente automatizam processos repetitivos, como também aprendem a torná-los mais otimizados, criando soluções próprias a partir de suas próprias premissas.

⁸³¹ “Overall, the AI industry boomed from a few million dollars in 1980 to billions of dollars in 1988, including hundreds of companies building expert systems, vision systems, robots, and software and hardware specialized for these purposes. Soon after that came a period called the “AI Winter,” in which many companies fell by the wayside as they failed to deliver on extravagant promises”. (RUSSEL, Stuart; NORVIG, Peter. *Artificial Intelligence: A Modern Approach*. 3. ed. Pearson Education 2016. p. 24).

⁸³² NILSSON, Nils. *The quest for Artificial Intelligence: A history of ideas and achievements*. Cambridge University Press, 2010. p. xiii (preface).

⁸³³ RUSSEL, Stuart; NORVIG, Peter, 2016, op. cit. p. 1.

Atualmente, o Google é considerado como a ferramenta de inteligência artificial mais bem sucedida (*The Google search engine is, arguably, the greatest AI system that has yet been built*)⁸³⁴. O seu sucesso e difusão representa, justamente, a capacidade de um sistema de inteligência artificial de coordenar um grande volume de dados de modo inteligente⁸³⁵. Outro exemplo atual e já presente na vida das pessoas diz respeito, por exemplo, aos sistemas de recomendação da Amazon⁸³⁶, que selecionam, utilizando *machine learning*⁸³⁷ (“aprendizado de máquina”), os produtos mais apropriados de acordo com o perfil de compra de cada usuário. Entre outros exemplos, poderíamos citar: o Google Tradutor; o diagnóstico de erro do *Windows*; o aplicativo de transportes Uber; sistemas de pesquisa de preços; entre outros. Esses breves exemplos são importantes apenas para demonstrar que, não obstante estar-se diante de um *boom* da matéria, ela já é realidade há algum tempo.

O cenário da inteligência artificial, em princípio, impacta a propriedade intelectual em duas vertentes principais. De um lado, com a explosão recente de ferramentas desenvolvidas que se utilizam de tal tecnologia, há também um aumento substancial na busca por proteção dos programas que instrumentalizam tais soluções, seja por meio do registro formal de patentes, ou mesmo, pela tutela dos direitos autorais ou *copyright*. Nesse âmbito, incluem-se tanto as empresas multinacionais (como IBM, Microsoft, Google, Amazon etc.), como também, muito comum nessa área, inúmeras *startups*. De outro, há as tensões referentes ao avanço do *machine learning*, ou seja, dos sistemas de inteligência artificial construídos com a finalidade de desenvolverem resultados próprios, verdadeiramente *criando* novos processos e soluções a partir de suas próprias hipóteses. Nessa camada, a tensão em relação à

⁸³⁴ BOSTROM, Nick. *Superintelligence: paths, dangers, strategies*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 19.

⁸³⁵ “One thing that all of these applications has taught us is the importance of massive amounts of data, which according to Peter Norvig, the co-author of the leading AI textbook and Director of Research at Google, has turned out to be the major theme of modern AI. In fact, Peter told me that Google is the world’s biggest AI system. I asked him why, and he simply replied “data, data, data,” and Google has more of it than anybody”. (NILSSON, Nils. *The quest for Artificial Intelligence: A history of ideas and achievements*. Cambridge University Press, 2010. p. 393.)

⁸³⁶ *Ibid.* p. 503-504.

⁸³⁷ “Most machine learning methods construct hypotheses from data. So (to use a classic example), if a large set of data contains several instances of swans being white and no instances of swans being of other colors, then a machine learning algorithm might make the inference that “all swans are white.” Such an inference is “inductive” rather than “deductive.” Deductive inferences follow necessarily and logically from their premisses, whereas inductive ones are hypotheses, which are always subject to falsification by additional data”. (*Ibid.* p. 398).

propriedade intelectual diz respeito não somente à dificuldade de identificar aquilo que foi criado pela máquina ou não, mas também, de saber até que ponto o resultado dessa criação deveria ou não ser tutelado por tais direitos.

Em relação à explosão de tais sistemas, relatórios recentes da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) demonstram um crescimento significativo das patentes na área, desde 2013: “*Since AI emerged in the 1960s, innovators and researchers have filed patent applications for nearly 340,000 AI-related inventions and published over 1.6 million scientific publications on AI. AI-related patenting has soared in the past few years, with over half of the identified inventions published since 201*”⁸³⁸. Nesse contexto, destacam-se não somente as soluções relativas a *machine learning*, como também, aquelas relativas à *deep learning* (ferramentas de inteligência artificial voltadas, por exemplo, ao reconhecimento visual e facial, processamento de linguagem natural, reconhecimento de áudio, entre outras coisas). Esse movimento acompanha a circunstância macro acerca da importância da análise de grandes volumes de dados (*bigdata*) como forma de não somente tornar negócios mais eficientes, como também de tornar as transações mais seguras (vide ferramentas que usam IA para identificar fraudes no comércio).

Do ponto de vista de mercado, ferramentas complexas de inteligência artificial representarão o estado da arte dos negócios nas próximas décadas. Esse movimento, na verdade, acompanha o cenário macro da importância atualmente conferida às análises de grandes volumes de dados (*bigdata*), de onde surgem *insights* de negócio, demonstração de fraude, comportamento do usuário, previsões de receita, saúde financeira da empresa, entre outras coisas. Com a expansão desse movimento, atingindo camadas como transporte, criminalidade, circulação de pessoas, internet das coisas, novas formas de pagamento, inter-relação de dados no campo da saúde, entre inúmeras outras áreas, há, em paralelo, a expansão da IA, única capaz de lidar com esse volume de informação e, de quebra, do próprio número de patentes. O contexto de explosão das patentes na área, se por um lado demonstra a consideração da propriedade intelectual como instrumento importante para resguardar as

⁸³⁸ Disponível em: https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2019/01/article_0001.html. Acesso em: 25 nov. 2019.

inovações dessa natureza, por outro, pode representar um dilema importante e trazer novamente à tona as discussões relativas a sua função nas cadeias de inovação, em especial pela dificuldade cada vez maior de apurar o grau de originalidade de uma ferramenta para outra.

A outra vertente que impacta a propriedade intelectual diz respeito às criações automatizadas que advêm do procedimento de *machine learning*. O ponto central dessa controvérsia recai sobre a discussão relativa à autoria referente a criações desenvolvidas quase que exclusivamente pela máquina: “*Research into AI has led to machine learning techniques and autonomous computing systems where human authorship becomes attenuated or nonexistent*”⁸³⁹. Em linhas gerais, ainda que não seja tarefa tão simples identificar os limites entre as direções conferidas à máquina por um programador e sua criação realmente autônoma (em verdade, esse é o núcleo da problemática), o fato é que na identificação de que determinado resultado ou solução foi gerado por um sistema de inteligência artificial, o caminho mais intuitivo é a sua categorização como parte do domínio público: “*works produced by a creative machine ought to flow into the public domain and be fortified against proprietary claims*”⁸⁴⁰. Essa solução, na verdade, é intuitiva e tende a seguir o mesmo caminho da notória controvérsia envolvendo a famosa foto macaco Naturo: “*Following the infamous "Monkey-Selfie" case, the U.S. Copyright Office clarified that "[t]o qualify as a work of 'authorship' a work must be created by a human being." This creates challenges for the copyrightability of AI-generated works*”⁸⁴¹.

3.7 Propriedade industrial, impressão 3D e a questão do custo marginal

Muitas das questões discutidas até aqui, no trabalho, atingem a propriedade intelectual de modo geral, em nível sempre internacional, mas não se deixa de reconhecer que a dependência ainda existente da materialização relativa aos bens tutelados pela propriedade

⁸³⁹ Disponível em: <https://jolt.law.harvard.edu/digest/artificial-intelligence-and-authorship-rights>. Acesso em: 25 nov. 2019.

⁸⁴⁰ Disponível em: <https://jolt.law.harvard.edu/digest/artificial-intelligence-and-authorship-rights>. Acesso em: 25 nov. 2019.

⁸⁴¹ Disponível em: <https://www.jonesday.com/en/insights/2018/01/protecting-artificial-intelligence-ip-patents-trad>. Acesso em: 25 nov. 2019.

industrial faz com que esses direitos sejam menos vulneráveis, por ora, as crises exploradas na segunda parte do trabalho do que aqueles que englobam o *copyright* e os direitos autorais. Como vimos, à exaustão, o ponto central dessa questão invariavelmente recai sobre a capacidade ou não de que o bem, seja ele pertencente a ambas as dimensões, seja ou não facilmente reproduzido em escala por terceiros. A digitalização cumpriu esse papel com os bens de entretenimento; a impressão 3D apresenta-se, em princípio, como candidata a tensionar a dimensão da propriedade industrial: “*With minimal effort, resources, and accountability, potential infringers can use 3D printers, scanners, and CAD software files to replicate objects and components with varying degrees of precision and scale*”⁸⁴².

Em relação às patentes, desenhos industriais, marcas etc., direitos que acompanham bens de natureza física, como computadores, bicicletas, recipientes, mobiliário, telefones celulares, veículos automotores, a fórmula é mais complexa. Nesse universo, a maior origem de tensão está relacionada com aquilo que tratamos no trabalho sob a denominação de “democratização dos meios de produção”, ou seja, da capacidade, cada vez maior, de que bens complexos como esses citados sejam reproduzidos em escala industrial por terceiros que não sejam os próprios fabricantes legítimos desses produtos. Embora tratar-se de uma dinâmica que exige consideráveis esforços daqueles que buscam explorar esse tipo de atividade, o custo de fazê-lo tem sido drasticamente reduzido com o tempo, podendo atingir níveis dramáticos (em relação às propriedades industriais) caso, ingressando em nosso escopo, haja de fato a proliferação, tanto em nível industrial, quanto em nível do usuário, da impressão 3D. Seria, de fato, a redução decisiva dos custos marginais associados à produção, quando analisado sob os aspectos industriais, ou a pulverização produtiva em nível do usuário (ou produção em rede), situações que interfeririam sobremaneira em uma gama de direitos:

A full industrial 3D printing system will typically touch upon various intellectual property rights: patent rights of 3D printing components, processes and raw printing material, trade secret protection of 3D printing manufacturing processes, copyright protection of controlling software

⁸⁴² VOGEL, Bryan J. Intellectual Property and Additive Manufacturing / 3D Printing: Strategies and Challenges of Applying Traditional IP Laws to a Transformative Technology. *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, v. 17, n. 2. p. 884.

*programs, design protection of 3D object designs, and trademark protection for the 3D printer itself.*⁸⁴³

Na ocasião dessa hipótese que, frise-se de antemão, não há garantia nenhuma que vá acontecer (já deixando de lado os corriqueiros exercícios de futurologia), o choque aos bens protegidos pela propriedade industrial seria, em princípio, tão impactante quanto a digitalização foi na questão do *copyright* e direitos autorais, ao menos em relação a determinados produtos, principalmente os menos complexos. Seria uma espécie de “digitalização” dos bens físicos. Imagine-se a situação em que fosse possível baixar em casa, por exemplo, recipientes de plástico, objetos de patente ou desenho industrial, ou seja, que instrumentalizem uma nova tecnologia ou representem novos aspectos ornamentais, respectivamente. Para que isso fosse possível, o usuário precisaria ter a correta instrução (código) que iria interagir com sua impressora 3D. Semelhante ao que acontece com as impressoras convencionais.

Esse fato teria ao menos o potencial de representar um movimento semelhante ao que aconteceu com a digitalização no campo das obras de entretenimento, no limite, a tudo aquilo que passaria a ter valor de mercado sob a estrutura digital: “*It could be that in the future, the personal 3D printing industry will come to the same crossroads that other digital industries – from software and web development to the music and movie industries – have reached in the past*”⁸⁴⁴. Semelhante, mas não igual. Isso porque, ainda que a impressão 3D realmente se dissemine no futuro, como os computadores, nas últimas décadas, reduzindo de forma ainda mais substancial o custo marginal de produção, seria impossível imaginar efeito similar, especialmente do ponto de vista do usuário. Explica-se. O fenômeno da digitalização de filmes e músicas, por exemplo, transformou o computador do usuário em uma verdadeira unidade de produção e armazenamento desses bens. Dificilmente a impressão 3D, por mais ampla que se transforme, atingirá essa camada de granularidade, até porque ainda que o custo marginal da impressão seja baixo, os “bens impressos”, obviamente, continuarão físicos (o que gera, naturalmente, uma série de limitações).

⁸⁴³ BECHTOLD, Stefan. 3D printing and the intellectual property system. *Economic Research Working Paper*, n. 28. Economics & Statistics Series. WIPO, p. 14, 2015.

⁸⁴⁴ *Ibid.* p. 17.

Nesse sentido, na ocorrência dessa hipótese, duas possibilidades seriam mais intuitivas. Do ponto de vista do usuário, o recrudescimento da impressão 3D teria o condão de distribuir a produção de bens menos complexos em nível do usuário (utensílios domésticos, peças em geral, mobiliário, óculos etc.). Já em relação ao ramo industrial “pesado”, de bens que tendem a ser mais complexos e reúnem diversos componentes (celulares, automóveis, computadores etc.), o impacto estaria mais relacionado ao movimento, já existente⁸⁴⁵ (e explorado no trabalho), da produção paralela estruturada, por meio do acesso mais disseminado aos meios de produção por complexos industriais que atuam à margem do comércio legítimo global. O avanço da impressão 3D nessa camada, com isso, potencializaria sobremaneira esse movimento.

Essa realidade, caso se concretize, teria um impacto relevante nos direitos de propriedade intelectual. Dentro da perspectiva do usuário, o avanço dessa tecnologia resultaria, assim como ocorreu no caso da digitalização, no recrudescimento da importância dos intermediários da *internet*, haja vista a dificuldade em realizar ações de *enforcement* no nível do usuário⁸⁴⁶. Este, inclusive, além de ter a capacidade de suprir suas necessidades próprias em relação à impressão 3D, também poderia “fabricar” determinados componentes e (ou) produtos oferecendo-os ao comércio por meio de plataformas de *ecommerce*. Do ponto de vista da indústria paralela, ela teria uma capacidade ainda maior de oferecer produtos contrafeitos de qualidade ao mercado.

Trabalhando-se em um cenário em que a harmonização com a propriedade intelectual, seguindo moldes tradicionais, seja complexa, algumas direções seriam possíveis. A primeira delas seria o movimento estratégico da indústria em buscar proteção sobre a matéria-

⁸⁴⁵ “While the relationship between the 3D printing industry and the intellectual property system does not seem special as far as the industrial 3D printing sector is concerned, the personal 3D printing sector shows a different picture. It is challenging for intellectual property owners whether and how they can enforce their rights in this sector (see below Section IV 2 a). It also raises fundamental questions about various mechanisms to incentivize innovation in the 3D printing sector”. (BECHTOLD, Stefan. 3D printing and the intellectual property system. *Economic Research Working Paper*, n. 28. *Economics & Statistics Series*. WIPO, p. 15, 2015).

⁸⁴⁶ “Intellectual property rights are difficult to enforce against end consumers in the emerging world of personal 3D printing. When it becomes difficult to enforce rights against parties who are direct infringers, rights owners often target other parties who are indirectly facilitating or even encouraging these infringements. A prime example of such intellectual property enforcement strategy is the discussion of intermediary liability for Internet service and online content providers for copyright infringement”. (Ibid. p. 16).

prima necessária à impressão 3D: “*3D printer manufacturers may have a strategic interest in protecting raw printing material with intellectual property rights in order to monopolize the secondary market for printing supplies*”⁸⁴⁷. Uma segunda hipótese, seguindo esse contexto, apostaria no desenvolvimento, por parte das empresas, de plataformas em que o próprio usuário (ou até mesmo empresas) pudessem desenvolver seus próprios produtos, atendendo um nível de personalização extremo: “A impressão 3D vai trazer a fabricação para mais perto do usuário, dando uma nova vida para a customização em massa”⁸⁴⁸. Os direitos de propriedade intelectual, nesse sentido, estariam muito mais relacionados aos insumos referentes às plataformas, em si, do que ao produto final, propriamente.

Não se poderia deixar de lado, ainda, possíveis reverberações nos direitos de propriedade intelectual relativos a software (seja no âmbito dos direitos autorais ou em relação à propriedade industrial). A impressão 3D, assim como toda impressão, depende de programas que orientem a forma como a impressão será realizada. Em razão da maior complexidade da impressão 3D, isso necessariamente implicaria no desenvolvimento de programas mais complexos e sofisticados e, portanto, tendentes a ser mais valiosos do ponto de vista de mercado. Esse contexto, assim, representaria o retorno de determinados dilemas do passado referentes não somente àquilo que seria ou não registrado, mas também da dicotomia entre o controle e o acesso (ou ainda a questão do controle pelo código). Não haveria surpresa, aliás, de que eles fossem comercializados separadamente, oxigenando um eventual comércio em que os próprios usuários tivessem o poder de “fabricar” seus próprios produtos.

3.8 Tecnologia *Blockchain*: escassez digital e a potencialização do controle pelo código

Verificou-se, no trabalho, sobretudo quando da análise da relação paradoxal proporcionada pela digitalização em relação tanto à facilidade de acesso quanto à potencialização das modalidades de controle, que a dicotomia entre o controle e o acesso informacional representa desde há muito um “calcanhar de Aquiles” em relação à propriedade

⁸⁴⁷ Ibid. p. 13.

⁸⁴⁸ TAPSCOTT, Don. TAPSCOTT, Alex. *Blockchain Revolution: como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo*. São Paulo. Senai-SP Editora, 2016. p. 179.

intelectual. Examinamos, baseados nos escritos de Lawrence Lessig, que a circulação de conteúdos digitais pela rede, mais do que representar a possibilidade de livre difusão informacional, revelaria a possibilidade, ao revés, de seu controle irremediável, objetivo esse atingido pelo “código”, ou seja, pela capacidade tecnológica de criar-se mecanismos que inviabilizam que o acesso a determinado bem digital seja realizado em desconformidade com os delineamentos traçados pelo seu criador/produtor.

As reflexões de Lawrence Lessig, basicamente, apontam que o novo cenário tecnológico, apesar de, realmente, viabilizar que o acesso, em determinados momentos, ocorra em desatenção tanto aos ditames da lei quanto aos interesses dos criadores, por outro lado, possibilita o controle de tais informações como nunca antes. Nesse contexto, a tecnologia *blockchain* materializa, a nosso ver, justamente essa capacidade apontada por Lawrence Lessig de controle pelo código. Trata-se, essa tecnologia, de um repositório digital aberto, desenvolvido de forma distribuída e protegido por criptografia de ponta, que possui a capacidade de manter, de forma confiável, registros sobre os bens digitais que operam sobre essa tecnologia e circulam pela internet. Hoje ele é basicamente conhecido por representar a tecnologia de base das moedas digitais, como “*o bitcoin: the technology at the heart of bitcoin and other virtual currencies, blockchain is an open, distributed ledger that can record transactions between two parties efficiently and in a verifiable and permanent way. The ledger itself can also be programmed to trigger transactions automatically*”⁸⁴⁹.

⁸⁴⁹ LANSITI, Marco; LAKHANI, Karim R. The Truth about blockchain: It will take years to transform business, but the journey begins now. *Harvard Business Review*, p. 4, jan./fev., 2017. O mesmo artigo elenca cinco princípios básicos da tecnologia: “*Here are five basic principles underlying the technology. 1. Distributed Database. Each party on a blockchain has access to the entire database and its complete history. No single party controls the data or the information. Every party can verify the records of its transaction partners directly, without an intermediary. 2. Peer-to-Peer Transmission Communication occurs directly between peers instead of through a central node. Each node stores and forwards information to all other nodes. 3. Transparency with Pseudonymity Every transaction and its associated value are visible to anyone with access to the system. Each node, or user, on a blockchain has a unique 30-plus-character alphanumeric address that identifies it. Users can choose to remain anonymous or provide proof of their identity to others. Transactions occur between blockchain addresses. 4. Irreversibility of Records Once a transaction is entered in the database and the accounts are updated, the records cannot be altered, because they’re linked to every transaction record that came before them (hence the term “chain”). Various computational algorithms and approaches are deployed to ensure that the recording on the database is permanent, chronologically ordered, and available to all others on the network. 5. Computational Logic The digital nature of the ledger means that blockchain transactions can be tied to computational logic and in essence programmed. So users can set up algorithms and rules that automatically trigger transactions between nodes*”. (Ibid. p. 9).

Um dos grandes diferenciais em relação ao uso da tecnologia *blockchain*, assim, é a confiabilidade e segurança sobre a informação que flui sobre ela, confiança essa que passa a ser cada vez mais abalada, por exemplo, em relação aos métodos convencionais utilizados na *World Wide Web*. Don Tapscott, autor reconhecido por disseminar as ideias relativas ao tema, afirma que: “enquanto a informação na internet é abundante, confiável e perecível, no Blockchain ela é escassa, inviolável e permanente”⁸⁵⁰. O aspecto central do *blockchain*, de forma resumida apenas para atender ao presente escopo, recai, com isso, sobre a possibilidade de que se crie, aos menos dentro dos paradigmas tecnológicos atuais, escassez digital que dissemine não apenas eficiência⁸⁵¹ no que diz respeito ao fluxo de dados em rede, mas, mais importante, segurança e confiabilidade sobre eles, características essas que, em relação à *internet* convencional, passam atualmente por um momento de turbulência (vide, por exemplo, as *fake news*, vazamento de dados por grandes empresas, aumento de fraudes online etc.).

O autor, aliás, chega a trabalhar com noções de geração para identificar as diferenças relativas aos atuais processos da rede, em comparação com aqueles desenvolvidos pelo *blockchain*. Na primeira geração da internet, seguindo a linha de pensamento do autor, não obstante termos presenciado um drástico aumento no fluxo informacional, este foi assentado, como vimos, sob uma plataforma pouco sólida, disseminando a ideia, em um primeiro momento, de que o controle fidedigno sobre a informação seria inviável. Além disso, em virtude da impossibilidade comunicacional “ponta-a-ponta”, justamente em razão da alta carga de ruído comunicacional, muitos intermediários foram criados na condição de agregadores informacionais, eliminando a crença, disseminada nos primeiros anos da rede mundial de computadores, de que a *internet* (e a digitalização) tivesse o condão de subtrair a importância dos chamados intermediários dos modelos de negócio tradicionais. Na verdade, houve um deslocamento de uma camada de intermediários, por outra.

⁸⁵⁰ TAPSCOTT, Don. TAPSCOTT, Alex. *Blockchain Revolution: como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo*. São Paulo. Senai-SP Editora, 2016. p. 179. p. 136.

⁸⁵¹ Sobre a eficiência, aliás, o núcleo explorado pelo autor leva em consideração, basicamente, a questão da produção descentralizada: “Na primeira era da internet, a inovação técnica ocorreu apenas no centro; utilidades centralizadas, como empresas de energia, empresas de cabo e bancos centrais, decidiram quando atualizar a rede, quando suportar novos recursos e a quem dar acesso. A inovação não podia ocorrer nas “pontas” [...] poderes centrais são ineficientes, porque eles não sabem exatamente o que o mercado que em tempo real”. (Ibid. p. 164).

Ao nosso escopo, essas discussões tecnológicas têm uma relação direta e essencial com a propriedade intelectual. Na verdade, ela entra na discussão relativa a já apresentada dicotomia entre controle e acesso informacional. Nesse sentido, o ponto central recai na questão da possibilidade de que o bem digital seja ou não reproduzido por terceiros, sem a autorização do detentor do conteúdo. A realidade apresentada pelo *blockchain* é a de que com a criação de verdadeira escassez digital (ainda que temporária), a possibilidade de que se reproduza um bem digital, sem autorização, reduz drasticamente. Não se tem notícia, por exemplo, de um *bitcoin* falsificado, ainda que seja de natureza digital. Logo, se um filme, por exemplo, fosse estruturado como um *hash*, do ponto de vista de escassez, ele se assemelharia a um *bitcoin*, ou seja, seria possível não somente o seu controle em relação ao acesso e distribuição por terceiros, mas a sua transferência “ponta-a-ponta” na condição de unidade separada, sem contar com a viabilidade acerca do controle de utilização. Sendo mais direto, o ponto central que vale revisitar é que o tal *controle pelo código* pode tornar o direito autoral simplesmente desnecessário:

[...] de acordo com uma visão alternativa, entretanto, a lei dos direitos autorais morrerá porque a tecnologia tornará o direito desnecessário. No modelo do “libertarismo digital”, a proteção técnica por meio de criptografia barata será mais eficiente do que a proteção jurídica da propriedade intelectual. A criptografia barata supostamente possibilitará aos produtores de informações digitais controlar quem as usa sem muita necessidade da lei.⁸⁵²

Don Tapscott, nesse sentido, trabalha com algumas possibilidades em relação à propriedade intelectual. No que tange à questão do controle, bem aos moldes do “controle pelo código” de Lawrence Lessig, o autor levanta a hipótese de controle irremediável sobre a obra por parte do detentor do conteúdo: “Como vamos rastrear direitos de propriedade intelectual, valor da marca ou até mesmo status de celebridades, como Tom Hanks?”⁸⁵³. Uma das possibilidades que se avizinha, assim, é a de que o monitoramento sobre a utilização da obra seja tão eficaz ao ponto de ser possível entender, com precisão e em tempo real, quanto cada obra digital foi “consumida” pelo usuário (quantos minutos de um filme foram assistidos, por exemplo, ou até mesmo quanto de uma música foi reproduzida – em quanto tempo, quantas

⁸⁵² COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 149.

⁸⁵³ *Ibid.* p. 114.

vezes etc.). Uma das hipóteses possíveis é a de que modelos de negócios sejam estruturados com base nesse tipo de visibilidade, sejam eles baseados na disponibilização massificada de obras a partir de plataformas digitais, ou mesmo, por meio da comercialização das obras através de unidades digitais⁸⁵⁴, de propriedade do usuário (diferentemente do que ocorre hoje, o que interfere na discussão sobre a exaustão de direitos, como vimos em tópico próprio). A reprodução/acesso/disponibilização não autorizada, frise-se novamente, estaria em princípio fora de cogitação nessa perspectiva, eliminando a tensão, em teoria (possivelmente provisoriamente), da dicotomia entre o controle e o acesso sobre as obras.

Outro aspecto abordado pelo autor diz respeito à simplificação dos procedimentos de licenciamento e arrecadação dos valores relativos a direitos autorais. Segundo Don Tapscott, na realidade, os intermediários, na *internet*, continuam representando *layers* dentro da cadeia produtiva dos autores, o que reduz, teoricamente, suas possibilidades de ganhos diretos⁸⁵⁵. Essa intermediação, na verdade, ocorre em razão dos procedimentos de disponibilização de conteúdo na *internet* também possuírem relativa complexidade, sobretudo, devido ao alto volume informacional, complexidade essa que, na vasta maioria dos casos, torna a disponibilização massificada das obras inviável a partir, apenas, do próprio artista. Isso sem contar todas as nuances que envolvem os contratos de licenciamento para a distribuição e (ou) execução das obras. Segundo o autor, a tecnologia do *Blockchain* também poderia ser útil com relação a essas questões, uma vez que permitiria que elas fossem automatizadas de forma confiável, reduzindo, assim, a necessidade (e importância) dos atuais intermediários na cadeia produtiva de bens culturais: “Contratos inteligentes no Blockchain podem eliminar a

⁸⁵⁴ “A tecnologia Blockchain oferece aos criadores de propriedade intelectual uma nova plataforma para se obter valor. Considere o registro digital das obras de arte, incluindo os certificados de autenticidade, condição e propriedade. Uma nova startup, Ascribe, permite aos próprios artistas fazer upload da arte digital, colocar uma marca d’água como sendo a versão definitiva e transferi-la para que, como o Bitcoin, ela se mova da coleção de uma pessoa para outra”. (Ibid. p. 173).

⁸⁵⁵ “Para acrescentar à complexidade, há muitos membros da cadeia produtiva, não apenas os editores e as organizações dos direitos de performances (PROs, do inglês, Performance Rights Organizations) – organizações que monitoram apresentações públicas de música e recolhem direitos de performance, como as sem fins lucrativos, Sociedade Americana de Compositores, Autores e Editores (ASCAP, na sigla e, inglês), Broadcast Music Inc. (BMI) e o empreendimento antes conhecido como Sociedade dos Autores e Compositores de Palco Europeu (SESAC, na sigla em inglês) – mas também os produtores e os estúdios, os locais de evento, os organizadores e promotores de turnê, os atacadistas, os distribuidores e os agentes, cada um com o seu próprio trato, contabilidade e sistema de relatório [...] o artista é o último a ser pago. [...] toda uma nova camada de intermediários – companhias de tecnologia como YouTube ou Spotify – se insere na cadeia produtiva entre os artistas e as gravadoras, deixando o pedaço da torta do artista ainda mais fino”. (Ibid. p. 276-277).

magnitude dessa complexidade, substituindo o papel crucial das gravadoras de música nesse ecossistema”⁸⁵⁶.

Nesse contexto, teoricamente, ao artista seria dada maior liberdade para gerenciar a arrecadação sobre as obras, compreender a forma como o consumo de seus bens é realizada, explorar modelos de negócios que melhor se adequem as suas necessidades e ambições, entre outras coisas. Neste particular, se assemelharia aos serviços de *direct publishing* em que plataformas como Kindle ou Amazon permitem aos autores que publiquem seus livros diretamente sob suas estruturas, serviço que também disponibiliza alguns indicadores mínimos sobre o consumo das obras, como quantidade de livros vendidos e porcentual de leitura pelos usuários. Ante a tecnologia *Blockchain*, essa fórmula seria ainda mais vantajosa, uma vez que não haveria tais intermediários para gerenciar as obras.

A análise da tecnologia do *Blockchain* mostra-se como sendo bastante representativa seja para seguir com as reflexões acerca do impacto da tecnologia no tema, seja para prospectar o futuro da matéria em relação às realidades tecnológicas e econômicas que podem prosperar nas próximas décadas. No fim das contas, o ponto central dessa discussão continua recaindo na capacidade ou não de que se tenha acesso aos bens digitais de forma não autorizada. A tecnologia do *blockchain*, quando levada em consideração, como plataforma tecnológica para a distribuição de conteúdo digital, como filmes, músicas etc., se apresenta como sendo umas das futuras apostas em tornar, enfim, a reprodução não autorizada algo do passado. Mas os elementos para que isso ocorra dependem de uma série de variantes: real capacidade tecnológica para tanto; adequação da tecnologia a novos modelos de negócios; utilização por parte dos usuários; unificação da distribuição por meio apenas do *Blockchain*; adoção pelos desenvolvedores de conteúdo, nas suas mais variadas camadas etc.

⁸⁵⁶ Ibid. p. 278.

3.9 Breves apontamentos sobre a computação quântica

O presente tópico tem por escopo, na mesma linha do tópico anterior, que tratou da tecnologia do *Blockchain*, seguir refletindo sobre os possíveis impactos que novas tecnologias podem representar em relação aos direitos de propriedade intelectual. Neste momento, ainda que de forma breve e superficial, examinaremos a questão da computação quântica. Esse desenvolvimento tecnológico, basicamente, representa a superação da computação convencional, por meio de propriedades físicas (em especial a partir do ramo da mecânica quântica) que permitem, entre outras coisas, a transferência, o armazenamento, a criptografia de informações etc., em nível substancialmente superior à realidade atual dos computadores, mesmo os mais modernos. Em outras palavras, segundo os estudiosos da área, estar-se-ia diante de uma nova noção da computação, em si. A computação quântica, nesse sentido: “*explores the implications of using quantum mechanics instead of classical mechanics to model information and its processing. Quantum computing is not about changing the physical substrate on which computation is done from classical to quantum, but rather changing the notion of computation itself*”⁸⁵⁷.

Uma das diferenças básicas em relação à computação convencional e à computação quântica diz respeito à modelagem das unidades de informação de cada uma. No caso da computação convencional, como se sabe, a informação é transmitida por meio de *bits*, que representa a unidade de informação sobre as quais as informações são armazenadas e transferidas. Essa unidade informacional assume apenas dois valores, os famosos 0 e 1 (código binário). Em outras palavras, um bloco de informação que seja transferido ou armazenado considerará, apenas, ambos os valores, a partir de inúmeras combinações. Um filme digital, por exemplo, é composto por uma sequência de zeros e uns, estrutura essa que permite a leitura pelos computadores. A unidade de informação da computação quântica, contudo, é significativamente mais ampla do que o 0 e 1 da computação convencional. A unidade da computação quântica é representada não pelo *bit*, mas pelo *qubit*:

⁸⁵⁷ RIEFFEL, Eleanor; POLAK, Wolfgang. *Quantum Computing: A Gentle Introduction*. Cambridge, Massachusetts, London, England: Polak The Mit Press, 2011. p. 2.

*A classical bit is either 0 or 1. If it's 0 and we measure it, we get 0. If it's 1 and we measure 1, we get 1. In both cases the bit remains unchanged. The situation is totally different for qubits. A qubit can be in one of an infinite number of states—a superposition of both 0 and 1 [...] Since a qubit can be any unit ket and there are infinitely many unit kets, there are infinitely many possible values for a qubit. This is quite unlike classical computation, where we just have two bits.*⁸⁵⁸

A computação quântica, com isso, ao considerar valores mais amplos⁸⁵⁹ do que aquela convencional, a engloba, sendo, no fim das contas, uma forma mais geral de computação⁸⁶⁰. Em outras palavras, a computação quântica pode representar, no futuro, um salto qualitativo significativo em relação à capacidade de *hardware* atual. Ao trabalhar com unidades de informação mais vastas, a velocidade dos cálculos relativos à transferência e armazenamento de informação é infinitamente maior do que os padrões atuais. Exemplo elucidativo é o avanço em suas pesquisas e a influência disso na tecnologia *Blockchain* (e por extrapolação na confiança sobre, por exemplo, o *Bitcoin*). Ao desenvolver equações de forma muito mais veloz, o avanço da computação quântica pode tornar obsoleta qualquer criptografia atual⁸⁶¹, interferindo na confiabilidade das informações que circulam sobre o *Blockchain*, em especial, o *Bitcoin*.

Esse exemplo também é importante para compreender a relação dessa temática com a propriedade intelectual, especialmente no que se refere aos conteúdos digitais. O tópico anterior, que tratou do *blockchain*, levantou justamente a questão do estabelecimento da escassez digital, o que impacta na dicotomia entre o controle e o acesso informacional. Em resumo, partiu-se do pressuposto de que a distribuição desse conteúdo, a partir da tecnologia *blockchain*, eliminaria por completo as possibilidades de reproduções não autorizadas. Essa

⁸⁵⁸ BERNHARDT, Chris. *Quantum Computing for everyone*. Massachusetts Institute of Technology, 2019. p. xiv e 50.

⁸⁵⁹ RIEFFEL, Eleanor; POLAK, Wolfgang. *Quantum Computing: A Gentle Introduction*. Massachusetts, London, England: The MIT Press Cambridge, 2011. p.15: “*This encoding enables a direct comparison between bits and qubits: bits can take on only two values, 0 and 1, while qubits can take on not only the values |0 and |1 but also any superposition of these values, $a|0 + b|1$, where a and b are complex numbers such that $|a|^2 + |b|^2 = 1$ ”.*

⁸⁶⁰ BERNHARDT, Chris, 2019, op. cit., p. 126: “*Quantum computation includes all of classical computation. It is the more general form of computation. The qubit is the basic unit of computation, not the bit*”.

⁸⁶¹ “*We have been warned that quantum computation could render existing encryption standards obsolete, threatening the security of every significant blockchain*”. (Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/darrynpollock/2019/09/24/googles-quantum-computing-breakthrough-brings-blockchain-resistance-into-the-spotlight-again/#42901dfa4504>. Acesso em: 9 dez. 2019).

segurança se dá, pois, como já é possível depreender, os métodos de criptografia que a embasam teriam nível de segurança suficiente para lidar com a capacidade de *hardware* atual. Essa escassez, contudo, que tem como seu principal representante o *bitcoin* já tem a sua confiabilidade questionada em virtude da computação quântica, realidade que interferiria de modo decisivo caso os conteúdos digitais, de fato, migrassem para o *blockchain*. Outros exemplos poderiam ser explorados em relação à interferência na propriedade intelectual, como equações complexas capazes de reproduzir a fórmula da Coca-Cola, em poucos minutos, ou ainda, a “quebra” de qualquer patente de *software*.

As tensões relativas à dicotomia entre o controle e o acesso sobre bens de natureza digital não parecem, dessa forma, cessarem quando da discussão acerca dos novos paradigmas tecnológicos que se apresentam como candidatos a novas estruturas que modelarão a rede nas próximas décadas. No fundo, o aspecto central dessa problemática recai sobre a capacidade de que se crie verdadeira escassez digital, característica chave para que o comércio digital se realize de forma segura e confiável, em nível global. O candidato mais natural e palpável a curto prazo seria a tecnologia do *Blockchain*. Contudo, mesmo antes de sua disseminação, em larga escala, a computação quântica já surge como ameaça a sua pretensa confiabilidade, bem aos moldes do ocorreu com o avanço da computação convencional em relação à tecnologia analógica.

3.10 Adequações paradigmáticas

Qualquer discussão que tenha como objetivo prospectar sobre o futuro da propriedade intelectual necessita entender, assim, tanto os elementos que formam o seu paradigma, como o papel das crises que acometem a matéria. Além disso, e esse aspecto é especialmente importante em relação ao pensar sobre o futuro, é preciso refletir acerca dos limites das deformações que o paradigma do tema aceita como sendo integrantes de sua margem adaptativa. Dito de outra forma, em tempos em que, com certa intensidade, a matéria da propriedade intelectual foi fortemente questionada em diversos contextos, inclusive sob argumentos (mais radicais e precipitados) que anunciavam senão a sua morte, ao menos, a sua difícil compatibilidade com as conjunturas tecno-econômicas contemporâneas, é preciso

raciocinar acerca da capacidade de compreender o seu conceito, ainda que de forma ampla e multifacetada.

A pergunta a ser feita, sobre o futuro da matéria, é a seguinte: os elementos constitutivos da propriedade intelectual irão se perpetuar nas próximas décadas, sobretudo com as conjecturas possíveis que circulam no âmbito tecnológico-econômico-político-jurídico? Ou alguns dos seus pilares estruturais irão desaparecer por completo, transformando a matéria numa espécie de direito empresarial que apenas formaliza relações comerciais, sem nenhum tipo de relevância estratégica para o âmbito econômico, em si? Essas são as questões básicas para enxergar o futuro com maior acuracidade.

É bom lembrar, nessa discussão, como já exposto em diferentes partes do trabalho, que o caráter multifacetado da propriedade intelectual não elimina o fato de ter, essa construção jurídica, uma essência paradigmática, um quadro semântico onde seja possível localizar os elementos que justificam a sua existência. Dentro desse contexto, se faz necessário evitar tanto construções idealísticas, baseadas em essências fundamentais “objetificadas”, quanto reflexões com alto grau de fluidez que tendem a “esticar” o seu conceito para nele se encaixar qualquer estrutura apta a dar conta, principalmente, das necessidades do mercado. Os novos desafios que a matéria irá enfrentar nas próximas décadas, aos moldes, mas com cores diferentes, do que aconteceu com a digitalização e *internet*, irão orbitar entre esses dois polos.

Uma das grandes questões será entender o papel da estudada convergência tecnológica nos próximos anos. Será ela uma plataforma definitiva, ou sobre ela também pairam ameaças de cunho tecnológico? Essa perquirição é importante porque talvez ela, a convergência tecnológica, tenha sido a maior tensão já enfrentada pelo tema. Dessa maneira, se essa afirmação estiver correta, e se de fato ela criou uma plataforma cuja extensão e magnitude seja consistente, as crises futuras da propriedade intelectual tendem a ser marginais. Contudo, se essa plataforma digital universal, baseada nos avanços de *hardware* das últimas décadas, for tensionada por novas estruturas como, por exemplo, *blockchain* e (ou) computação quântica, novamente testemunharemos conflitos mais essenciais sobre o tema.

Lembremo-nos, contudo, que no caso da propriedade intelectual, a distância entre o idealismo e a completa fluidez conceitual (do “qualquer coisa pode ser qualquer coisa”), para seguir com a dicotomia estipulada acima, é relativamente ampla. Busca-se enfatizar, com isso, que a capacidade de adaptação da matéria é substancialmente vasta. Esse é o corte epistemológico, ao menos em nosso entender, que determinadas questões devem ser respondidas. Estamos diante de um novo direito? Ou se trata da mesma propriedade intelectual, dentro do seu espectro de mutação ínsito? O *copyright* foi substituído pelo *accessright*, apenas porque a matriz econômica se transformou? Dados pessoais podem ser analisados sob o viés da propriedade intelectual, no sentido de propriedade sobre a informação?

Outro aspecto importante, no âmbito da discussão sobre o futuro da matéria (mas não somente, porque também é importante para a reflexão do paradigma e das crises, em si), diz respeito à identificação de qual das facetas será atingida com maior ou menor intensidade. As novas tecnologias, que se apresentam no horizonte, irão impactar somente os direitos autorais, ou também terão o condão de gerar uma tensão essencial sobre os direitos de propriedade industrial? Problemas relativos a obras audiovisuais, fonográficas, software, patentes de invenção, medicamentos, segredo industrial, marcas etc., podem ser tratados na mesma dimensão quando se reflete acerca do paradigma da matéria e de suas crises? Claramente não. Em muitos aspectos, sem dúvida, é possível localizar conexões intuitivas entre todas essas vertentes. A questão da reprodutibilidade e do acesso informacional, por exemplo, ainda que com peculiaridades diferentes, interfere em todas elas, em maior ou menor grau. O mesmo acontece com a discussão relativa à crise de autoria e a sua equiparação, dentro de certos limites, a posição do criador/inovador. Por outro lado, as tensões essenciais que envolvem medicamentos e reprodução não autorizada de software, por exemplo, se manifestam dentro de interesses (e com agentes) completamente diferentes.

As adequações paradigmáticas, quando se pretende realizar uma visão holística sobre a propriedade intelectual, considerando a gama ampla de suas facetas, precisam ser analisadas sob o contexto dessas diferentes dimensões, refletindo-se sobre a capacidade jurídica de cada uma delas de oferecer soluções dentro das deformações possíveis que o

paradigma aceita. Caso determinadas intenções da indústria, acompanhadas de um certo senso comum dos *experts*, de fato sem concretizem, ou seja, que determinados bens possam ser “impressos” de forma barata, com qualidade e de forma pulverizada (no limite, em nossas casas), isso poderá gerar sobre bens relativos à propriedade industrial, como já examinamos, um efeito parecido com o que aconteceu com os filmes, músicas e programas de computador, quando do advento da rede e da digitalização. Pense-se, por exemplo, como também já visto, nos impactos relativos à computação quântica na reprodução de bens digitais, base de dados ou, até mesmo, em segredos industriais.

A experiência mais dramática de adaptação, com maior ênfase nos direitos autorais, ocorreu justamente com a digitalização e a *internet*, e as experiências recentes nos mostram que a capacidade de adaptação da matéria é ampla. Ainda que expostos às críticas das mais variadas, os direitos autorais e o *copyright*, ou melhor, os agentes cujos interesses moldaram a lei em sua observância, ora esticaram conceitos (como no caso da proteção autoral dos programas de computador), ora criaram mecanismos de proteção tecnológicos (DMR, por exemplo), ora estenderam a cadeia de responsabilidade (intermediários) etc. Quer queira, quer não, após o ápice das crises, ocorridas principalmente do início dos anos 2000 até meados de década de 2010, a propriedade intelectual continua mantendo sua posição de destaque junto a tal economia do conhecimento.

Em grande medida, isso também ocorreu porque houve um efeito limitado das experiências “contraparadigmáticas” que buscaram atingir o pilar central da matéria, baseado no controle informacional como única forma de recuperação de investimento. A pretensão, em verdade, era a de que a estrutura do sistema ruísse, partindo do pressuposto de que as empresas não mais veriam problemas em disseminar os seus produtos, acreditando que o retorno do investimento viria, quase que automaticamente, de outras fontes (que não a reprodução de “cópias”) como, por exemplo, em shows, no caso da indústria fonográfica, publicidade, ou em palestras ou oportunidades de emprego, no caso de artigos científicos. No fim das contas, houve sim um efeito importante que fez com que novos modelos de negócio fossem criados, sem deixar de lado alguns cuja noção ainda é tradicional (cópias), mas, ao fim e ao cabo, o

controle informacional ainda permanece como sendo fundamental (e ancorado na propriedade intelectual), em especial porque a tensão entre o controle e o acesso ainda permanece.

O contexto acima também teve como pano de fundo, como analisado no trabalho, questões de ordem moral, supondo-se que, ao criar-se uma plataforma tecnológica, em que as pessoas (ou usuários) pudessem colaborar, assim o fariam. A questão do altruísmo e afins é algo que supera em complexidade visões que têm como plano central apenas a questão tecnológica. Não é porque esta proporciona um ambiente propício à colaboração, que as pessoas seguirão esse caminho, porque não é a tecnologia, *per se*, que explica o comportamento (visão cuja defesa invariavelmente cai em um determinismo tecnológico). Essa digressão é importante, no contexto das adequações paradigmáticas, porque em momentos de tensão sobre a propriedade intelectual surgem ideologias das mais variadas, sejam aquelas que defendem a matéria ou argumentem sobre a sua superação. A adaptação, nesse sentido, depende da capacidade dessas narrativas de terem adesão não somente no senso comum que, de algum modo, ainda que de forma inconsciente, faz um balanço de justiça, mas, mais importante, em relação aos modelos de negócios.

A adaptação mais complexa da propriedade até o atual momento diz respeito à tratada convergência tecnológica. A partir da unificação da mídia em torno da plataforma digital, muitos dos pilares da propriedade intelectual foram atingidos (ao mesmo tempo), sobretudo nos direitos autorais. Daqui para frente, algumas dimensões de adaptação são possíveis. No que tange ao universo dos direitos autorais e do *copyright*, no contexto da plataforma unificada, as tensões seguirão exclusivamente na direção da dicotomia entre o controle e o acesso *sobre* o universo digital. Em outras palavras, os dilemas serão baseados, em resumo, na possibilidade ou não de terem, os usuários, acesso aos bens, seja a partir de vulnerabilidades tecnológicas, que permitem a terceiros distribuírem os bens, ou ainda, em razão de modelos de negócios que não enxerguem no controle rígido dos bens como aspecto central de seus negócios. Isso em relação aos bens protegidos por direitos autorais e *copyright*.

Em relação aos bens objeto de tutela por meio dos direitos industriais, a dimensão, ao que tudo indica, opera em outro universo de intermediação (mídia). Nesse caso, não se trata da plataforma digital, mas da discussão atinente à democratização dos meios de produção,

associada à maximização do custo marginal de produção, as dimensões sobre as quais os dilemas associados a essa vertente irão se manifestar. O digital, nesse caso, *pode* ingressar como elemento de tensão caso, por exemplo, no contexto de disseminação da impressão 3D, haja o compartilhamento de links com as instruções técnicas que irão se conectar com a impressora 3D, permitindo, assim, a impressão de determinada matéria que, na nossa hipótese, tenha proteção vigente relativa à propriedade industrial. Imagine-se, por exemplo, uma cadeira cuja técnica mecânica de produção tenha um componente protegido, seja por desenho industrial, ou mesmo, por patente. Quais seriam os reflexos caso fosse possível “imprimir” essa cadeira dentro da casa dos usuários?

O campo das adequações paradigmáticas relativas à propriedade intelectual, assim, é bastante vasto. As próximas décadas reservam, em princípio, novos paradigmas tecnológicos e econômicos que seguirão tensionando os pilares da propriedade intelectual, em suas diferentes dimensões. Como apontado, tudo dependerá de uma série de variantes, como as construções ideológicas baseadas em diferentes grupos de interesse; o dinamismo dos modelos de negócio e a sua relação com o controle e disponibilização informacional; a capacidade tecnológica de “criar” escassez digital; a capacidade de enquadramento jurídico em âmbito nacional e internacional; engajamento político e a consideração da propriedade intelectual como instrumento estratégico de dominação de alguns países sobre outros; nível de acesso aos meios de produção modernos; entre outras coisas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A matéria da propriedade intelectual, em comparação com outros ramos (ou sub-ramos) do ordenamento jurídico possui um desenvolvimento bastante peculiar. Ela possui uma plasticidade em seu desenvolvimento que a diferencia de outras ramificações, seja do ponto de vista de capacidade de trazer alto grau de estabilização a uma determinada temática, de forma duradoura, ou ainda, da perspectiva da fragilidade da normatização, que logo após a sua positivação não se mostra apta a regulamentar aquilo a que ela foi originalmente proposta (sendo, com isso, logo superada). De qualquer maneira, os direitos aqui em estudo, por seu cariz multifacetado, encontram-se com frequência no limiar entre a estabilização e o “desuso”, sendo esse o pressuposto que o edifica.

Compreender a teoria da propriedade intelectual não é uma tarefa simples. Sobretudo, quando se almeja buscar identificar seus elementos mais profundos que tenham o condão de sustentar a estrutura como um todo. Toda a problemática decorre da dificuldade de atingir tal estabilização conceitual dentro de um contexto que se mostra amplamente ramificado. Na tarefa de refletir sobre a teoria da propriedade intelectual, com isso, é possível seguir, em princípio, três caminhos distintos: a) Partir de axiomas básicos, que exercem a função de conceitos estabilizadores, de modo a enquadrar debaixo deles diferentes figuras que, nem sempre, se conectam de forma intuitiva; b) Enxergar a propriedade intelectual como uma estrutura quase que rizomática (com “começos” e “fins” não muito bem delimitados); c) Buscar desenvolver um paradigma de espectro amplo, com a finalidade de localizar elementos primordiais que o sustentam, sob pena de, na falta de todos, a matéria simplesmente desaparecer. O último caminho foi aquele escolhido no trabalho para entender os meandros da matéria.

Ao se empenhar nessa iniciativa, pretendeu-se, de plano, evitar os outros dois caminhos. De um lado, buscou-se evitar se valer de certos axiomas estruturais que, muitas vezes, *tidos de forma isolada*, não conseguem explicar a complexidade do tema (para citar alguns: incentivo à inovação, recuperação do investimento, proteção ao autor etc.). Tais “princípios”, não raras vezes, são lançados como se neles coubessem a totalidade das

problemáticas que percorrem o assunto; evitou-se também tratá-lo, de outro lado, como se fosse um desenvolvimento que evolui quase que “por osmose”, ou seja, a partir de um grau de maleabilidade que, de tão substancial, parece estabelecer o pressuposto de que nele tudo pode se encaixar. Nesse sentido, os conceitos são alongados de tal forma que torna-se dificultosa a tarefa de identificar, ao menos, a existência de qualquer paradigma, o que gera, como consequência, a circulação nos opostos: ora de superação; ora de extrema potencialização.

Nesse contexto, assim, ao se decidir explorar o caminho do paradigma amplo, pretendeu-se, na primeira parte do trabalho, explorar o desenvolvimento do paradigma internacional da propriedade intelectual, como forma não somente de explorar o seu desenvolvimento histórico, mas também imiscuindo esforços para também identificar determinados elementos que, no tempo, se apresentaram como sendo constantes, demonstrando-se como sendo aptos, assim, a explicar o núcleo do paradigma da propriedade intelectual. Sobre o desenvolvimento histórico, aliás, é importante frisar que a sua exploração não se deu como forma de apresentar curiosidades passadas do tema, ou até mesmo, de desenvolver uma visão determinística da matéria. O objetivo, na verdade, foi de refletir sobre aquilo que denominamos como sendo a formação do paradigma internacional do paradigma da propriedade intelectual, lançando mão da metodologia dialética: explorando suas contradições, movimentos de poder, interesses específicos, anomalias, conflitos sociais etc. Esse esforço preparou o terreno para as reflexões relativas às crises da propriedade intelectual em suas diferentes perspectivas (crises essas que, ao fim e ao cabo, tendem a *explicar* a teoria da propriedade intelectual) que, em consequência, permitiram prospectar acerca do futuro da propriedade intelectual, ao menos, dentro daquilo que se pode enxergar no horizonte observável.

Com essa abordagem, buscou-se construir uma noção de compreensão paradigmática, levando em consideração a natureza multifacetada do tema. Essa natureza, a nosso ver, não elimina a possibilidade que se localize qual é o paradigma da propriedade intelectual. Ela só apenas torna essa tarefa um tanto quando mais árdua, porque exige a reunião (e conexão) de inúmeros fatores. Evitar desenvolver uma linha determinística sobre o tema também é instrumento fundamental a esse desiderato. Ao assim se proceder, evita-se que

a história seja tida como elemento apenas apto a alimentar sentimentos de curiosidade histórica sobre a temática. Muitos dos elementos que se manifestaram no passado e que hoje são tidos como importantes *na formação histórica*, são reproduzidos, em realidade, nos dilemas que se enfrentam na contemporaneidade. Em essência, não se mostram como sendo consideravelmente diferentes as controvérsias levadas a cabo, no passado, com os impressores de livros, ou mesmo, com as associações de autores, com as recentes controvérsias decorrentes da digitalização, por exemplo.

Na primeira parte do trabalho, dessa forma, tentou-se, em primeiro lugar, entender os motivos que explicam o fato da prensa de tipos móveis ser considerada, na maioria dos estudos da matéria, como sendo o ponto na histórica que explica a formação da propriedade intelectual da maneira como se conhece na atualidade. De quebra, e para tal fim, foi necessário localizar elementos anteriores a esse fato, que, analisados isoladamente, não tiveram o condão de formar os pressupostos que já são amplamente conhecidos sobre a propriedade intelectual. Essa análise é fundamental em todas as oportunidades em que se busca entender o paradigma da matéria, afinal, ela nem sempre existiu, e essa condição decorreu de vários fatores. A formação do paradigma, nesse contexto, resultou da convergência de diferentes fatores. Por isso, qualquer questionamento que pretenda questionar a sua superação ou coisas que o valham, necessita entender se os elementos que faltam têm a capacidade de fazer ruir o sistema.

Nesse contexto, ainda no âmbito das modificações sociais advindas da prensa, refletiu-se sobre a aparição de uma das tensões essenciais da propriedade intelectual, cujo norte acompanha o tema até os dias de hoje, que é o início da tensão essencial entre controle e reprodutibilidade (que por extrapolação pode ser entendida por acesso). Basicamente, como vimos, na inexistência da possibilidade de reprodução (ou acesso) de grandes quantidades de informação/conhecimento, seja em virtude da inviabilidade tecnológica, ou mesmo, diante das possibilidades de controle, grande parte das problemáticas que acompanham o tema tendem a se esvaecer. A questão, conforme analisado, é que esse é um movimento cíclico, nos dois aspectos. Diante de certos progressos tecnológicos, a reprodutibilidade/acesso avança, da mesma forma que se aperfeiçoam os mecanismos de controle. Os resultados desses

movimentos se apresentam como sendo diretamente proporcionais não somente em relação a ebulição das discussões jurídicas, mas, igualmente, no que tange ao nível das crises. Essa tensão essencial, juntamente com outros fatores como, por exemplo, questões de ordem política e econômica, passaram a moldar os acontecimentos que viriam a se seguir.

O primeiro resultado óbvio da tensão foi a própria “invenção” da pirataria. Ora, a obviedade surge na medida em que passa-se a reproduzir cópias em escala, principalmente de livros, sem a autorização de seus impressores originais, lembrando que esse era um momento em que a propriedade do livro ainda em muito se atrelava com a noção da própria propriedade física (afinal, o livro era físico. Nesse momento as noções sobre a imaterialidade da obra ainda eram relativamente parcas). A pirataria, assim, foi o fio condutor que desencadeou insegurança e tensões que acabaram por desaguar nas discussões que culminaram na internalização, ainda que de forma lenta, desses direitos no ordenamento.

Essa internalização, como tivemos a oportunidade de revisitar, gerou como consequência as teorizações e regulamentações que acabaram por formar os já amplamente conhecidos sistemas anglo-saxão e europeu. O primeiro que, diga-se de passagem, efetivamente se estruturou antes, teve como base (1) questões de natureza meramente econômica; (2) centro gravitacional voltado para obra, em si, em detrimento do autor. Em outras palavras, esse sistema surge, em certa medida, com verdadeira regulamentação de natureza econômica (lembrando que a própria prensa é vista, por alguns autores, como sendo o prelúdio da revolução industrial, trazendo consigo as incipientes noções de padronização e reprodução em massa de produtos). Em momento posterior, há o surgimento das condições sociais que serviram de base ao estabelecimento do sistema continental europeu, nos auspícios da Revolução Francesa. Com a participação ativa dos autores, já na condição de “grupo interessado”, o bem “intelectual” ingressa no movimento macro de proteção ampla da propriedade privada, sendo estabelecido como verdadeira propriedade (do autor).

Os dois movimentos, assim, possuem justificações “filosóficas” distintas. Enquanto que no caso anglo-saxão se enxerga a obra como sendo um “produto”, cuja utilidade serve para fins comerciais, o sistema europeu valoriza, acima de tudo, a preservação intrínseca

dos direitos do autor, independentemente de qualquer outra finalidade que não seja essa proteção, em si. Em tempos mais recentes, há uma certa aproximação de ambos, apesar de o primeiro mais abarcar o segundo do que o inverso, pela simples razão de ele se acoplar de modo intuitivo aos imperativos econômicos reinantes (liderado, atualmente, pela economia americana). Contudo, esse sistema passou a internalizar, ainda que de forma tímida, os direitos morais do autor, trazendo um dos instrumentos mais importantes do sistema europeu, que de alguma forma instrumentaliza no direito positivo o valor filosófico que é conferido ao autor.

Em possuindo os bens tutelados por esses direitos, natureza eminentemente imaterial, sendo ainda considerados como de interesse amplo, a sua circulação, ao acompanhar paralelamente o próprio avanço do comércio global, logo ultrapassou fronteiras, tornando-se logo objeto de regulamentações de ordem internacional. É nesse contexto que surgem as estudadas convenções de Berna e de Paris, tratando, respectivamente, das obras literárias e artísticas (direitos autorais) e dos inventos, patentes, etc. (propriedade industrial). Os bens objeto de proteção pela propriedade intelectual, de alguma maneira, ao acompanhar os fluxos do comércio pós-prensa, naturalmente expandiu-se em nível internacional. Tratam-se, por assim dizer, direitos “internacionalizados” por sua natureza, fazendo com que a discussão relativa ao seu paradigma considere esse fator como parte intrínseca, por isso, o termo “paradigma internacional da propriedade intelectual”.

Esse movimento apenas seguiu o seu curso durante o século XX, desaguando naquilo que poderia representar a potencialização do cenário apresentado que é o fenômeno da globalização. É nesse contexto que a matéria se solidifica como tema de interesse global (instrumentalizado pela criação da OMPI – Organização Mundial da Propriedade Intelectual). Mais tarde, também se formaliza algo que de há muito se mostrava como a tônica da matéria: a sua feição de aproximação com o âmbito do comércio. Nesse sentido, o acordo TRIPS apenas vem a formalizar um movimento que representa a própria raiz de tais direitos, principalmente do *copyright* inglês. Os direitos de propriedade intelectual, assim, principalmente pelos seus bens, nesse novo paradigma, representarem uma fatia importante do comércio mundial, passa a se tornar palco de tensões e conflitos de interesse que, de inédito,

destaca-se apenas a dimensão (afinal, não se estava mais apenas discutindo-se os conflitos advindos do mercado de livros).

Como forma de encerrar a análise sobre a construção ampla do paradigma, revisitou-se tanto as justificações filosóficas quanto as teorias jurídicas que servem de base para o entendimento do tema. No que diz respeito ao primeiro caso, analisou-se, inicialmente, as vertentes filosóficas de ambos os sistemas, anglo-saxão e continental. Dessa forma, examinaram-se as correntes de ordem utilitarista que servem de matriz aos desenvolvimentos econômicos do primeiro, assim como as linhas cujo fundamento recai no núcleo da personalidade (do autor). Além disso, exploraram-se também linhas filosóficas que servem de substância para a reflexão acerca da inserção da criatividade como elemento que ingressa no âmbito da produção industrial, e como essa condição influencia na condição do sujeito criador. Ao final, também se revisitou, ainda que superficialmente, as noções (e influências) da justiça distributiva de Rawls. Em relação às teorias jurídicas, que em parte originam-se das construções filosóficas, revisaram-se diferentes correntes que demonstram a forma de como o direito foi internalizando os dilemas da propriedade intelectual.

Como forma de finalizar a plataforma sobre a qual o trabalho exploraria seu conteúdo central, qual seja, a análise estrutural das crises da propriedade intelectual, buscou, antes, delimitar determinadas características que, em princípio, poderiam se apresentar como sendo aptas à estabilização da estrutura central daquilo que pode ser considerado como sendo o paradigma do tema. Buscou-se, dessa forma, identificar certos elementos da *experiência* da propriedade intelectual que, ao se reproduzirem em diferentes contextos históricos, passaram a se apresentar como elementos “condicionais” que, examinados em conjunto, explicam a matéria. Em outras palavras, são elementos nucleares que se reproduzem frequentemente, ainda que os contextos sejam substancialmente diferentes. Toma-se como exemplo a questão da reprodutibilidade. Sem a possibilidade de reprodução (em escala), elimina-se, em grande medida os problemas atinentes a matéria. O mesmo ocorre com o seu cariz econômico. Sem a junção de seus elementos ao mercado, provavelmente o tema não teria os contornos que conhecemos hoje.

O desafio de refletir sobre o paradigma esbarra no fato de ser o tema multifacetado. Isso, contudo, não elimina essa possibilidade. Boa parte dos elementos que explicam a matéria se manifesta, com contornos distintos, desde a prensa. Alguns, como o recrudescimento da importância do autor ocorrido na conjuntura da Revolução Francesa, foram relativamente circunstanciais (tanto que, atualmente, muito se questiona a sua importância em vista dos imperativos econômicos). Mas o fato é que se mostra como sendo plenamente possível localizar o núcleo da matéria, ou seus aspectos característicos, mesmo diante de contextos tão distintos (por exemplo, a impressão de livros e a distribuição de programas de computador).

Existe um elemento, entretanto, que serve de combustível à modelagem da propriedade intelectual no tempo: o estado de crise. Crise, nas lições de Thomas Kuhn, é toda manifestação que, com maior ou menor contundência, tensiona os elementos estruturais de um determinado paradigma. Ou seja, os argumentos que se desenvolvem no contexto de crise buscam, na verdade, gerar desestrutura nos pilares que sustentam o paradigma. A partir disso, o trabalho buscou identificar, de forma mais estruturada, as crises que cumprem esse papel em relação a propriedade intelectual. Decidiu-se, por questões de pertinência temática, deslocar essa análise para fenômenos mais recentes, principalmente, após a segunda metade do século XX, sem com isso dizer, ressalta-se, que sejam crises exclusivas desse momento. Assim como os pilares do paradigma se apresentam no tempo pós-prensa, o mesmo ocorre com as crises.

A peculiaridade acerca da discussão sobre o paradigma da propriedade intelectual diz respeito, como já exposto, acerca de seu espectro amplo. Busca-se enfatizar, com isso, que os aspectos que explicam esse paradigma se apresentam em uma dimensão larga, ou seja, na reunião de diferentes elementos que, apesar de se desenvolverem em um contexto dinâmico, mantêm certa essência estrutural. Quando se discute, por exemplo, a questão do controle e da reprodutibilidade (ou acesso), pode-se se fazer isso seja tomando como base os livros no contexto da prensa, da fotografia, da televisão, ou mesmo, do recente fenômeno da digitalização. A modificação do contexto, nesse sentido, não modifica por completo algumas das questões de fundo. As crises, dessa maneira, se apresentam como fundamentais, sobretudo

em dois caminhos: 1) servem como instrumento de modelagem da margem, adaptando o próprio paradigma; 2) atuam como movimentos de testes para a perpetuação do paradigma.

No primeiro caso, as crises exercem uma força de tensão que faz gerar novas construções que ingressam dentro do espectro estrutural do paradigma. A proteção de sinais de rádio, por exemplo, apesar de ser consideravelmente diferente em aspectos tecnológicos e em termos de modelo de negócio em comparação com livros, no fim das contas, internaliza, no presente escopo, as tensões relativas ao controle e acesso: enquanto que determinados agentes buscam o controle absoluto dos sinais; outros trabalham para a sua disseminação, seja para interesses de ordem pessoal (uso privado) ou dentro do contexto comercial, com o intuito de lucro. Em relação ao segundo, esses momentos de tensão ocasionados pelos momentos mais agudos das crises servem para testar de modo mais profundo a própria pertinência do paradigma. Como já exposto em algumas oportunidades, se o controle, por exemplo, for atingido, de modo definitivo, a propriedade intelectual tem a sua importância substancialmente reduzida. O mesmo acontece(ria) no caso extrapolação, ou seja, da disseminação em larga escala de um modelo de negócio que não se valha das lógicas da matéria como forma de estruturação do negócio, como é o caso de distribuição livre de conteúdo.

A análise da propriedade intelectual a partir de estados de crise não é original. Faz parte, aliás, de sua própria construção histórica. A proposta do presente trabalho, nesse particular, foi de buscar realizar a análise das crises de modo mais estruturado, afinal, em geral, os estados de crise são apresentados de forma sincrética, ou seja, por meio de elementos que mesmo que possam ser apresentados a partir de análises coordenadas, possuem fontes e razões de ser relativamente distintas. Não raras vezes análises mais profundas sobre o tema se desenvolvem misturando-se, por exemplo, aspectos de cunho econômico e tecnológico. Esse argumento, é bom frisar, não significa que deixa-se de reconhecer a relação próxima de ambos. Pelo contrário, no decorrer do trabalho fez-se questão de reforçar a sua relação de dependência. Entretanto, em cada uma das perspectivas escolhidas para explicar essa linha de raciocínio é possível explorar aspectos que tornam o exame deles em separado profícuo, especialmente para permitir que seus elementos definidores sejam analisados com certo grau de autonomia.

Em assim se procedendo, encontra-se em uma posição mais privilegiada seja para melhor compreender o próprio paradigma, assim como o futuro da matéria. No limite, talvez, seja possível argumentar que a própria compreensão da propriedade intelectual se confunde com a capacidade de assimilar essas crises. São as crises que parecem, em princípio, oferecer uma explicação problematizada da matéria. É local comum afirmar que a propriedade intelectual é naturalmente multidisciplinar. E essa afirmação é correta. Todavia, a compreensão do paradigma não pode, exclusivamente, apostar no núcleo onde circundam as questões de natureza eminentemente jurídica (ainda mais não se valendo de seu próprio contexto de crise). É preciso mergulhar em aspectos de outras naturezas, e o local onde isso ocorre, invariavelmente, é o ambiente de crise. No sentido de melhor sistematizar as crises, assim, optou-se por quatro perspectivas distintas: tecnológica; de autoria; econômica; político-jurídica. É bom frisar, aliás, que essas perspectivas levaram em consideração fenômenos mais recentes, como forma de permitir uma melhor fixação do argumento.

Em relação a crise de uma perspectiva tecnológica, buscou-se, em um primeiro momento, explorar o conceito da tecnologia e algumas das ideologias que, não raras vezes, acompanha o seu desenvolvimento. Em uma “era” que muitos categorizam como sendo “tecnológica”, se faz necessário, quando o objetivo é compreender a influência da tecnologia em fenômenos sociais, identificar um local de fala adequado de modo a evitar que o “discurso” tecnológico vicie qualquer análise que se pretenda profunda o suficiente. Em superada tal etapa, essa parte do trabalho explorou o fenômeno da convergência tecnológica, como forma (1) de explicar a noção da tensão tecnológica manifestada, até então, a partir de mídias autônomas e (2) de entender as crises geradas em um ambiente no qual uma única tecnologia, a digital, se apresenta como plataforma de base para o consumo e distribuição de diferentes conteúdos e produtos.

É nesse contexto que exploramos alguns dos elementos mais importantes que caracterizam a chamada “Sociedade da Informação”. A pertinência dessa análise se dá em razão de alguns de seus pilares, como o alto fluxo informacional, acesso à informação, etc, serem princípios que, em um primeiro momento, se apresentam como sendo incongruentes com os fundamentos da propriedade intelectual. A partir desse cenário macro, partimos para

questões como democratização dos meios de produção e a discussão acerca da eliminação dos intermediários de um viés tecnológico como forma de explicar as tensões que ocorrem na matéria em virtude dessas mudanças. Ao final, desenvolvemos algumas reflexões sobre aquilo que denominamos como sendo a dicotomia entre controle e acesso de um ponto de vista tecnológico. Objetivamos entender, assim, como essa tensão se manifesta da perspectiva tecnológica, de maneira a aprofundar a compreensão acerca dos progressos tecnológicos face as possibilidades de controle e acesso informacional (ou de conhecimento), e como isso influencia na propriedade intelectual.

Em seguida, analisamos a crise de uma perspectiva de autoria. Inicialmente, exploramos a questão o aspecto comunicacional face a virada paradigmática ocasionada pela prensa, explorando, com isso, tanto os contornos anteriores a sua disseminação, como também, aqueles posteriores ao seu domínio, em especial, em relação a capacidade de controle e enclausuramento informacional. Buscou-se explorar, com esse corte, tanto o estabelecimento da figura do autor, na forma como a conhecemos hoje, como a suposta insuficiência de seu conceito diante das tecnologias de reprodução em massa, assim como em decorrência das novas técnicas comunicacionais e de disseminação de conhecimento. Pretendeu-se explorar, dentro dessa parte do trabalho, alguns aspectos que influenciam na noção “moderna” de autoria. Examinou-se, nesse sentido, a influência de algumas das ideologias em emanam da tecnologia (especialmente da Teoria da Informação e da Cibernética), cuja base, em princípio, reduz a autoria em prol da eficiência do fluxo informacional. Analisou-se, também, o longo debate acerca da herança cultural e das coletividades criativas, assim como os contornos do pós-modernismo na construção da pretensa inteligência coletiva.

Logo após, ingressamos nos aspectos econômicos. A crise da perspectiva econômica talvez seja mais importante ao escopo explorado, haja vista a sua capacidade intrínseca de movimentar tanto as engrenagens das crises que se manifestam nas outras perspectivas, como nos próprios fundamentos que sustentam a estrutura da matéria. O ponto de partida da análise da crise da perspectiva econômica foi de explorar o movimento de comoditização da informação e do conhecimento, dando ênfase especial ao desenvolvimento em paralelo da propriedade intelectual com o interesse econômico manifestado no mercado

dos bens cuja matéria busca tutelar. Afinal de contas, se sobre eles não houvesse tal interesse, dificilmente haveria sobre o tema tal magnitude e importância.

Após explorarmos a premissa da comoditização, partimos para a análise sobre os *commons*. Esse tema, que ganhou força após a disseminação seja da internet ou da digitalização, foi analisado por instrumentalizar, de uma perspectiva econômica, muitos dos pilares que, no plano macro, buscam explicar a própria sociedade da informação. Partindo dos estudos iniciais sobre o tema, no contexto do uso da propriedade física (terra), estudaram-se os *commons* de forma problematizada seja para entender a sua importância no que diz respeito às discussões que remetem a questão da escassez de bens de natureza digital, ou mesmo, para identificar os formatos de governança que mantém intacta a pertinência econômica do bem. Outro objetivo foi de apresentar essa discussão de forma mais acadêmica e menos enviesada do ponto de vista ideológico, lembrando que eles foram utilizados como combustível ao desenvolvimento do ativismo digital em contraposição as grandes empresas, sobretudo nas últimas duas décadas. Dessa forma, dedicou-se parte considerável dos tópicos atinentes ao viés econômico a discussões relativas à “propertização” do conhecimento, especialmente no que tange a sua relação com os fundamentos econômicos baseados na escassez.

Ao final da análise relativa à crise de uma perspectiva econômica, exploramos a relação do dinamismo dos modelos de negócio mais contemporâneos com os direitos de propriedade intelectual. No campo macro, nesse contexto específico, examinou-se conjunturas que pretendem explicar movimentos econômicos mais estruturais a partir do consumo de bens até então adquiridos por meio de reproduções de suportes físicos (mídias), para o modelo de assinaturas de plataformas que proporcionam um catálogo de conteúdo substancialmente mais vasto por meio de pagamentos contínuos (modelos esses responsáveis por gerar aquilo que alguns autores denominam como sendo a “era do acesso”). Ao refletirmos acerca dos modelos de negócios, chegou-se à conclusão de que as tensões possíveis em relação a matéria nunca foram tão amplas, não apenas em virtude do vasto *portfolio* possível de estruturas comerciais atualmente existentes, mas também, pela exploração de modalidades que, em princípio, parecerem obscurecer a importância de certos fundamentos do tema como, por exemplo, o controle informacional rígido.

Por fim, como última vertente do estado de crise, exploramos a crise de uma perspectiva político-jurídica. O objetivo dessa parte do trabalho foi de refletir acerca tanto da influência das outras crises sobre o desenvolvimento jurídico da matéria, quanto do peso das questões políticas levadas a cabo por diferentes grupos de interesse na posituação dos direitos de propriedade intelectual. De início, buscou-se reforçar o papel da experiência no desenvolvimento jurídico da matéria. Em se sendo tal direito essencialmente multidisciplinar, a compreensão das experiências sociais, seus antagonismos, contradições, conflitos, etc, apresenta-se como passo primordial para desvelar os meandros da construção do tema. Os direitos de propriedade intelectual, sobretudo seus dilemas, não podem ser analisados, apenas, a partir de seus fundamentos jurídicos, uma vez que, ao assim se proceder, avalia-se o processo já no seu “final”. Em outras palavras, a compreensão ampla e problematizada do tema, incluindo-se aí a sua dimensão jurídica, exige uma análise conjectural de espectro mais largo, considerando o direito como etapa desse processo amplo (não como fim em si mesmo). A lei, assim, é o *resultado* dessa análise.

Em seguida, buscamos explorar a forma de como as tensões que envolvem a propriedade intelectual, que nas últimas décadas atingiu forte influência no mercado globalizado, se manifesta no cenário da economia política global. O objetivo dessa análise foi de não somente apresentar a maneira pela qual os dilemas globais da propriedade intelectual se desenvolvem no cenário do poder global, mas, principalmente, a sua força de moldar o direito (internacional) com a especial finalidade de legitimar determinados interesses, na maioria das vezes de natureza econômica, buscando a formalização da coerção como instrumento de sua observância. Nesse contexto, buscou-se desenvolver o argumento, que na realidade apresentou-se como sendo verdadeiro diagnóstico, explorando certos dilemas da propriedade intelectual ocorridos nos últimos anos.

Como última parte do trabalho, buscamos prospectar o futuro da matéria que se apresenta dentro do horizonte visível. Deixando de lado qualquer exercício de futurologia, procuramos prospectar a forma de como tanto os pilares do paradigma quanto as perspectivas de crise podem se perpetuar, sobretudo, nos espectros tecnológico e econômico. Nesse sentido, examinamos o que nos reserva no campo tecnológico, reforçando esse aspecto no âmago da

dicotomia entre controle e acesso, assim como exploramos alguns dos caminhos possíveis em relação aos modelos de negócios que podem se potencializar ou surgir no mercado, modelos esses aptos a estabelecer novos momentos de ebulição no que tange ao tema. Nessa parte, também fez-se questão de salientar a adaptação do paradigma da propriedade intelectual face aos recentes momentos de tensão ocasionados pela digitalização e *internet*, reforçando o seu aspecto de plasticidade diante das crises que lhe acometem, ainda que muitas vezes se desenvolva a partir de certas anomalias como aquela que reforça o direito de autor *sem* autor.

REFERÊNCIAS

ABRAMSON, Bruce. *Digital Phoenix: why the information economy collapsed and how it will rise again*. Cambridge: The Mit Press, 2005.

AMMORI, Marvin. The uneasy case for copyright extension. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 16, n. 1, Fall. 2002.

ARROW, Kenneth. *The Economics of Information*. Cambridge: Belknap press of Harvard University Press, 1984.

ASCARELLI, Tullio. *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali: istituzione de diritto industriale*. Milano: Giuffre, 1957.

ASCARELLI, Tullio. *Teoria de La Concurrencia y de los Bienes Inmateriales*. Barcelona: Ed. Bosh, 1970.

ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.). *Direito da Sociedade da Informação*. Vol. VII. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.). *Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor*. Vol. X. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2. ed. refund. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BARBOSA, Claudio R. *Propriedade intelectual: introdução à propriedade intelectual como informação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BARLOW, John Perry. Selling Wine Without Bottles: The Economy of Mind on the Global Net, 18 *Duke Law & Technology Review*, p. 8-31, 1993.

BARNETT, Jonathan M. The Anti-Commons Revisited. 29 *Harvard Journal of Law technology*, v. 127, p. 156, 2015.

BARRETO, Rodrigo Ribeiro; SOUZA, Maria Carmen Jacob de. (org.). *Bourdieu e os estudos de mídia: campo, trajetória e autoria*. Salvador: Edufba, 2014.

BASSO, Maristela. *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2000.

BASSO, Maristela. *Propriedade Intelectual e Importação paralela*. São Paulo: Ed. Atlas, 2011.

- BASSO, Maristela. *Propriedade Intelectual na Era Pós-OMC*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2005.
- BAUDRILLARD, Jean. *Simulacra and Simulation*. Michigan: Ann Arbor the University of Michigan Press, 1994.
- BECHTOLD, Stefan. 3D printing and the intellectual property system. *Economic Research Working Paper*, n. 28. Economics & Statistics Series. WIPO, p. 14, 2015.
- BELL, Daniel. *The coming of post-industrial society: a venture in social forecasting*. Nova York: Basic Books, 1999.
- BENJAMIN, Walter. *A obra de arte na época de sua reprodutibilidade técnica*. Porto Alegre, RS, Zouk, 2012.
- BENKLER, Yochai. Coase's Penguin, or, Linux and The Nature of the Firm. *The Yale Law Journal*, v. 4, n. 3, p. 10, 37, Aug., 2002.
- BENKLER, Yoachai. *The Penguin and the Leviathan: The Triumph of Cooperation over Self-Interest. How Cooperation Triumphs Over Self-Interest*. New York: Crown Business, 2011.
- BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks: how social production transforms markets and freedom*. London: Yale University Press, 2006.
- BENTLY, Lionel; SUTHERSANEN, Uma; TORREMAN. *Copyright: 300 Years Since the Statute of Anne, from 1709 to Cyberspace*. United Kingdom. Edward Elgar, 2010.
- BERGER, Adolf. *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, v. XLIII, n. 2, 1953.
- BERNHARDT, Chris. *Quantum Computing for everyone*. Massachusetts Institute of Technology, 2019.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 5. ed. ver. atual. ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2013.
- BOSTROM, Nick. *Superintelligence: paths, dangers, strategies*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- BOYLE, James. *Intellectual Property: Law & the Information Society. Cases and Materials*. 3. ed. USA: Center of Study of Public Domain, 2016.
- BOYLE, James. *Shamans, Software and Spleens: Law and the construction of Information Society*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.
- BRAGA, Carlos Primo; HOEKMAN, Bernard. *The future of the Global Trade Order*. 2. ed. Lausanne: European University Institute, 2017. p. x.

BRAND, Stewart. *The Media Lab: Inventing the Future at MIT*. New York: Viking Penguin, 1987.

BRAUDEL, Fernand. *Civilization and capitalism: the wheels of commerce (15th-18th century)*. Translation from the French by Sian Reynolds. Vol. II. London: Books Club Associates London, 1979.

BROWN- KEYDER, Virginia. *Intellectual Property: Commodification and Its Discontents*. In: *Reading Karl Polanyi for the Twentieth-First Century*. New York: Palgrave Macmillan, 2007.

BUGBEE, Bruce W. *The Genesis of American Patent and Copyright Law*. Washington: Public Affairs Press, 1967.

BURGELMAN, Robert A. *Gestão estratégica da tecnologia e da inovação: conceitos e soluções*. 5. ed. Tradução Luiz Claudio de Queiroz Faria; Revisão técnica André Ribeiro de Oliveira. Porto Alegre: AMGH, 2012.

BURK, Dan L.; COHEN, Julie E. Fair Use infrastructure for rights management systems. *Harvard Journal of Law and Technology*, v. 15, p. 51 e 56, 2001.

BURKE, Peter; BRIGGS, Asa. *Uma História Social da Mídia: de Gutenberg à Internet*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2010.

BURKE, Peter. Uma história social do conhecimento. Vol. II: *da Enciclopédia à Wikipedia*. Tradução Denise Bottmann. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

BURKE, Peter; BRIGGS, Asa. *Uma História Social da Mídia: de Gutenberg à Internet*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2010.

BURKE, Peter; BRIGGS, Asa. *Uma histórica social da mídia: de Gutemberg à internet*. 3. ed. Tradução Maria Carmelita Pádua Dias. Rio de janeiro: Zahar, 2016.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. Tradução Roneide Venancio Majer. 17. ed. Revisada e Ampliada. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

CERQUEIRA, João da Gama. *Da Propriedade Industrial e do objeto dos direitos*. Vol.1. Lumen Iuris. 2010.

CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. 2. ed. rev. e atualizada por Luiz Gonzaga do Rio Verde e João Casimiro Costa Neto. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CHAUI, Marilena. *O que é Ideologia*. São Paulo: Brasiliense, 2010.

CHAVES, Antonio. *Direito de autor: princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

- CHESBROUGH, Henry. *Open Innovation: Researching a New Paradigm*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- CHON, Margaret. The Romantic Collective Author. *14 VAND. J. ENT. & TECH. L.* 829, p. 847, 2012.
- COASE, Ronald. *The firm, the market, and the law*. Chicago: University of Chicago Press, 1990.
- III Congresso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. OMPI. Tomo I. Uruguai, Montevideo, 1997.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Tradução Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- CORIAT, Benjamin; WEINSTEIN, Olivier. Intellectual Property Rights Regimes, Firms and the Commodification of Knowledge. *CLPE Research Paper*, n. 17, p. 1, 2009.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Filosofia do Direito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- DAGNINO, Renato. *Neutralidade da ciência e determinismo tecnológico: um debate sobre a tecnociência*. Campinas, SP: Unicamp, 2010.
- DALLON, Craig W. The Problem with Congress and Copyright Law: Forgetting the Past and Ignoring the Public Interest. *Santa Clara Law Review*, n. 365, p. 373-377, 2004. Disponível em: <https://digitalcommons.law.scu.edu/lawreview/vol44/iss2/1/>. Acesso em: 20 abr. 2019.
- DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo: comentários sobre a sociedade do espetáculo*. Tradução Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016.
- DE MASI, Domenico. Criatividade e grupos criativos. Tradução Léa Manzi e Yadir Figueiredo. Vol. 1: *Descoberta e invenção*. Rio de Janeiro: Sextante, 2005.
- DERRIDA, Jaques. *Papel-Máquina*. Tradução Evandro Nascimento. São Paulo: Estação Liberdade, 2004.
- DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DRAHOS, Peter. *Information Feudalism: who owns the knowledge economy?* New York: Earthscan, 2002.
- DRAHOS, Peter. *A Philosophy of Intellectual Property*. Dartmouth: Aldershot, 1996.

- DUPUY, Jean Pierre. *On the Origins of Cognitive Science: the mechanization of the mind*. USA: Mit Press, 2009.
- DUSOLLIER, Severine. Open Source and Copyleft: Authorship Reconsidered. *Columbia Journal of Law & The Arts*, v. 26, p. 288, 2003.
- ECO, Umberto. *Apocalípticos e Integrados*. Tradução Pérola de Carvalho. São Paulo: SP Perspectiva, 2006.
- EFRONI, Zohar. *Access Right: the future of digital copyright law*. Oxford: Oxford Scholarship Online, 2010.
- EISENSTEIN, Elizabeth. *The print press as an agent of change: communications and cultural transformations in early-modern Europe*. Vol. I-II. Cambridge: University Press, 1979.
- FEENBERG's, Andrew. *Democratizing Technology*. New York: State University of New York Press, 2006.
- FISHER, William. *Promises to Keep Technology, Law and the Future of Entertainment*. California: Stanford University Press, 2004.
- FISHER, William. *Theories of Intellectual Property in Stephen Munzer: New Essays in the Legal and Political Theory of Property*. Cambridge: University Press, 2001.
- FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito de Autor e Copyright: Fundamentos históricos e sociológicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- GIBSON, Johana. *The Logic of Innovation: Intellectual Property, and what the user found there*. London and New York: Routledge, 2014.
- GOLDSTEIN, Paul. *Copyright's highway: from Gutemberg to the celestial jukebox*. Stanford Univertisty Press, 2003.
- GOLDSTEIN, Paul. *International Copyright: principle, law and practice*. 3. ed. Oxford/New York: Oxford University Press, 2013.
- GUIBAULT, Lucie; ANGELOPOULOS, Christina. *Open Content Licensing: From Theory to Practice*. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2011.
- HABERMAS, Jurgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Tradução Artur Morao. Lisboa: Edições 70, 2011.
- HARDIN. Garret. The Tragedy of the Commons. *Science, New Series*, v. 162, n. 3859, Dec. 13, 1968.

HARTMAN, Pery et al. Method and System for placing a purchase order via a communications network. United States Patents. *USPTO PATENTS*, 5, 960, 411, Sep. 28, 1999.

HAUSER, Arnold. *Historia Social de la Literatura y del Arte*. Barcelona: Editora Labor, 1978.

HEATH, Christopher; SANDERS, Anselm Kamperman. Intellectual Property Liability of Consumers, Facilitators, and Intermediaries. Wolters Kluwer. *Law & Business*, 2012.

HELLER, Michael. The Tragedy of the Anticommons: property in transition from Max to Markets. *Harvard Law Review*, v. 111, n. 3, p. 624, jan., 1998.

HELLER, Michael. Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research. *Science*, v. 280, n. 5364, p. 698, May, 1998.

HETTINGER, Edwin. Justifying Intellectual Property. *Philosophy & Public Affairs*, v. 18, n. 1, p. 37, winter 1989.

HIPPEL, Eric Von. *Democratizing Innovation*. Cambridge: Mass Mit Press, 2005.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

HOBART, Michael; SCHIFFMAN, Zachary. *Information Ages: Literacy, Numeracy, and the Computer Revolution*. Baltimore: The John Hopkins University Press, 1998.

HUGUES, Justin Hugues; MERGES, Robert. Copyright and Distributive Justice. *Notre Dame Law Review*, v. 92, n. 2, p. 515, 2017. Disponível em: https://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/Justin%20Hughes.pdf . Acesso em: 10 maio 2019.

JASZI, Peter, Toward a Theory of Copyright: The Metamorphoses of "Authorship," *41 DUKE L.J.* 455, 1991.

JENKINS, Henry. *Cultura da convergência*. Tradução Susana Alexandria. São Paulo: Aleph, 2012.

JESSEN, Henry. *Direitos Intelectuais: dos autores, artistas, produtores de fonogramas e outros titulares*. Rio de Janeiro: Edições Itaipú, 1967.

JOHNS, Adrian. *The nature of the book: print and knowledge in the making*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998.

JOHNS, Adrian. *Nature of the Book*. 1. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2000.

JOHNS, Adrian. *Piracy: The Intellectual Property Wars from Gutenberg to Gates*. Chicago: University of Chicago Press, 2009.

KAUL, Inge. *Global Public Good*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

KENNEDY, David. *A World of Struggle: How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy*. Princeton University Press, 2016.

KENNEDY, Peter. *A supplement to kennedy's ophthalmographia*. London: A. Millar, 1757.

KITTLER, Friedrich. *A verdade do mundo técnico: ensaios sobre a genealogia da atualidade*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016.

KONDER, Leandro. *A questão da ideologia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013. (Série Debates, 115).

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The economic structure of intellectual property law*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

LANGE, David. At Play in the Fields of the Word: Copyright and the Construction of Authorship in the Post-Literate Millennium, 55 *LAW & CONTEMP. PROBLEMS* 139, 1992.

LANSITI, Marco; LAKHANI, Karim R. The Truth about blockchain: It will take years to transform business, but the journey begins now. *Harvard Business Review*, p. 4, jan./fev., 2017.

LATOURE, Bruno. *Jamais fomos modernos*. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1994.

LEFEBVRE, Henry. *Marxismo: uma breve introdução*. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1963.

LEMLEY, Mark; MERGES, Robert; MENELL, Peter. *Intellectual Property in the new technological age*. 6. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2012.

LEMONS, André; LEVY, Pierre. *O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia*. São Paulo: Paulus, 2010. p. 77. (Coleção Comunicação).

LENK, Christian. *Ethics and Law of Intellectual Property: Current problems in Politics, Science and Technology*. London and New York: Routledge, 2016.

LESSIG, Lawrence. *Code: version 2.0*. New York: Basic Books, 2006.

LESSIG, Lawrence. *Free Culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*. New York: Penguin Press, 2004.

- LESSIG, Lawrence. *The future of ideas: the fate of commons in a connected world*. New York: Random House, 2001.
- LESSIG, Lawrence. *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*. Harvard: Harvard Law Review, 1999.
- LEVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução Carlos Irineu da Costa. 3. ed. São Paulo: Editora 34, 2010.
- LEVY, Pierre. *A Inteligência Coletiva: por uma antropologia do ciberespaço*. Tradução Luiz Paulo Rouanet. 10. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015.
- LEVY, Pierre. *O que é o virtual?* Tradução Paulo Neves. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.
- LEVY, Pierre. *As Tecnologias da Inteligência: O Futuro do Pensamento na Era da Informática*. Tradução Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2010.
- LIEBENAU, Diana. What intellectual property can learn from informational privacy, and vice versa, *Harvard Journal of Law and Technology*, 30, n. 1, p. 306, Fall, 2016.
- LIPOVETSKY, Gilles. SERROY, Jean. *A estetização do mundo: viver na era do capitalismo artista*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.
- LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Paris/Bogotá/Buenos Aires: Ediciones UNESCO, 1993.
- LOCKE, John. *Second Treatise of Governement*. Prentice Hall, Library of Liberal Arts, 1952.
- LOVELUCK, Benjamin. *Redes, Liberdades e Controle: uma genealogia política da internet*. Petrópolis: RJ: Vozes, 2018.
- LYOTARD, Jean François. *A Condição Pós-Moderna*. Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. 16. ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 2015.
- MACHLUP, Fritz. Knowledge: Its creation, distribution and Economic Significance. Vol. I: *Knowledge and Knowledge production*. Princeton University Press, 2016.
- MACHLUP, Fritz. Knowledge: Its creation, distribution and Economic Significance. Vol. II: *The Branches of Learning*. Princeton University Press, 2016.
- MARCH, James G.; SIMON, Herbert. *Organizations*. New York: Wiley, 1966.
- MARIAS, Julián. *História da Filosofia*. Tradução Alexandre Pinheiro Torres. Porto: Souza & Almeida, 1985.
- MARÍAS, Julian. *História da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

- MATTHEWS, Duncan. *Globalising Intellectual Property rights: the TRIPs agreement*. London: Routledge, 2003.
- MCLUHAN, Marshall. *The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man*. Toronto: University of Toronto Press, 2011.
- MCLUHAN, Marshall. *Understanding Media: the extension of man*. England: Routledge, 2001.
- MERGES, Robert. *Justifying Intellectual Property*. Harvard: Harvard University Press, 2011.
- MESZAROS, István. *O poder da ideologia*. Tradução Magda Lopes e Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2012.
- MICHEL, Johann. *Ricoeur and the Post-structuralists: Bourdieu, Derrida, Deleuze, Foucault, Castoriadis*. USA: Rowman & Littlefield International, 2014.
- MULLAINATHAN, Sendhil; SHAFIR, Eldar. *Escassez: uma nova forma de pensar a falta de recursos na vida das pessoas*. Rio de Janeiro: Best Business, 2016.
- MUMFORD, Lewis. *Technics & Civilization*. Chicago: The University of Chicago Press, 2010.
- NILSSON, Nils. *The quest for Artificial Intelligence: a history of ideas and achievements*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Oxford: Oxford Blackwell, 2006.
- OLSON, Mancur. *A lógica da ação coletiva: os benefícios públicos e uma teoria dos grupos sociais*. Tradução Fábio Fernandez. São Paulo: EDUSP, 2015.
- OLSWANG, Simon. Accessright: An Evolutionary Path for Copyright into the Digital Era, *17Eur. Intel. Prop. Rev.* p. 215, 1995.
- OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*. Cambridge: Cambridge University Press. 1990.
- OSTROM, Elinor; HESS, Charlotte. *Understanding Knowledge as a Commons*. Massachusetts: Massachusetts Institute of Technology, 2007.
- PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in Historical Perspective*. Nashville: Vanderbilt University Press, 1968.
- PATTERSON, Lyman Ray. *The nature of copyright: a law of users rights*. Georgia: University of Georgia Press, 1991.

- PEUKERT, Alexander. Fictitious Commodities: A Theory of Intellectual Property Inspired by Karl Polanyi's "Great Transformation". *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, 1151, p. 1165, 2019.
- PIERCE, John R. *An introduction to information theory: Symbols, Signals and Noise*. New York: Dover Publications, Inc., 1980.
- PINTO, Alvaro Vieira. *O Conceito da Tecnologia*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.
- PINTO, Alvaro Vieira. *O Conceito da Tecnologia*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.
- PISTOR, Katharina. *The Code of Capital: how law creates wealth and inequality*. Princeton and Oxford Princeton University Press, 2019. p.122.
- POLANYI, Karl. *The Great Transformation: the political and economic origins four time*. 2. ed. Boston: Beacon Press, 2001.
- POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. *Direito Internacional da Propriedade Intelectual: fundamentos, princípios e desafios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.
- PONTES, Leonardo Machado. *Creative Commons: problemas jurídicos e estruturais*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.
- POOL, Ithiel de Sola. *Technologies of Freedom*. Cambridge: The Belnak Press of Harvard, 1983.
- PORTER, Michael. *Competitive Advantage of nations*. New York: The Free Press, 1990.
- POSNER, Richard. *Do we have too many Intellectual Property Rights?* Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1194&context=journal_articles. Acesso em: 20 nov. 2019.
- POSNER, Richard. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003.
- POSTER, Mark. *What's the matter with the internet?* Minnesota: University of Minnesota Press, 2001.
- POSTER, Mark; SAVAT, David. *Deleuze and New Technology*. Edinburg University Press, 2009.
- PRUDHAM, Scott. Commodification. *Journal a companion to environmental geography*, p. 125, 2009.
- PUTNAM, George. *Authors and their public in ancient times*. New York: G. P. Putnam's sons 1894.

- RAWLS, John Rawls. *Uma Teoria da Justiça*. Lisboa: Presença, 1993.
- RAYKU, Raymond Shih. F(r)ee Expression - Reconciling Copyright and the First Amendment. *Case Western Reserve Law Review*, v. 57, n. 4, p. 867, 2016.
- RAYMOND, Eric. *The Cathedral and the Bazaar: Musings on Linux and Open Source by an Accidental Revolutionary*. USA: O'Reilly Media, 1999.
- REALE, Miguel. *O Direito como Experiência: introdução à epistemologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- REESE, Anthony. Will Merging Access Controls and Rights Controls Undermine the Structure of Anticircumvention Law? *18 Berkeley Tech. L.J.*, 619, 2003.
- RIDEAU, F. 'Commentary on Condorcet's Fragments on the Freedom of the Press (1776)'. In: *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*. New York: L. Bently & M. Kretschmer, 2008.
- RIEFFEL, Eleanor; POLAK, Wolfgang. *Quantum Computing: A Gentle Introduction*. Cambridge, Massachusetts, London, England: Polak The MIT Press, 2011.
- RIFKIN, Jeremy. *A era do acesso: A Transição de Mercados Convencionais para Networks e o Nascimento de uma Nova Economia*. Tradução Maria Lúcia G. L. Rosa. Revisão Técnica: Equipe Makron Books de Treinamento. São Paulo: Makron Books, 2001.
- RIFKIN, Jeremy. *Sociedade com custo marginal zero: A Internet das coisas, os bens comuns colaborativos e o eclipse do capitalismo*. Tradução Monica Rosemberg. São Paulo: Books do Brasil Editora, 2016.
- ROFFE, Pedro. *Bilateral agreements and a TRIPS-plus world: The Chile-USA Free Trade Agreement*, p. 33. Disponível em: <https://quno.org/sites/default/files/resources/Bilateral-Agreements-and-TRIPS-plus-English.pdf>. Acesso em: 10 maio 2019.
- ROSZAK, Theodore. *The cult of information: A neo-luddite treatise on high-tech, artificial intelligence and the true art of thinking*. California: University of California Press, 1994.
- RUSSEL, Stuart; NORVIG, Peter. *Artificial Intelligence: A Modern Approach*. 3. ed. Pearson Education 2016.
- SAMUELSON, Pamela. Privacy as Intellectual Property? *52 Stan. L. Rev.*, v. 1125, p. 2, 1999.
- SANTOS, Manuel Pereira dos. *A Proteção Autoral de Programas de Computador*. São Paulo: Lumen Juris. 2008.
- SCHAUER, Frederick. *The force of law*. Cambridge: Massachusetts University Press, 2015. p. 104.

- SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Tradução Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.
- SHERMAN, Brad; BENTLY, Lionel. *The Making of Modern Intellectual Property Law: The British Experience, 1760-1911*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- SMITH, Michael; TELANG, Rahul. *Streaming, Sharing, Stealing: Big Data and the future of entertainment*. New York: MIT Press, 2017.
- STALLMAN, Richard. *Free Software, Free Society*. 2. ed. New York: Free software Foundation, Inc., 2010.
- STIGLITZ, Joseph. *Globalization and its discontents*. London: Allen Lane, 2002.
- STONE, James. *Information Theory: A Tutorial Introduction*. New York: Sebtel Press, 2015.
- SUZOR, Nicolas. Free-Riding, Cooperations, and “Peaceful Revolutions” in Copyright. *Harvard Journal of Law Technology*, p. 144, 2014.
- TAPSCOTT, Don. TAPSCOTT, Alex. *Blockchain Revolution: como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo*. São Paulo. Senai-SP Editora, 2016.
- TARIN, Bruno; BELISÁRIO, Adriano. *Copyright*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2012.
- TRAKMAN, Leon; WALTERS, Robert; ZELLER, Bruno. Is privacy and personal data set to become the new intellectual property? *International Review of Intellectual Property and Competition Law UNSWLRS 70*. p.1, 2019.
- TREVERTON, Gregory. *Film Piracy, organized crime, and terrorism*. Rand Corporation, 2009.
- VAIDHYANATHAN, SIVA. *Copyright and copywrongs: the rise of intellectual property and how it threatens creativity*. New York: University Press, 2001.
- VAVER, David Vaver. (Ed.). *Intellectual Property in the New Millennium*. Oxford: University of Oxford, 2004.
- VEBLLEN, Thorstein. *The theory of the Business Enterprise*. New York: Dover, 1994.
- VEBLLEN, Thorstein. *The Theory of Business Enterprise*. New York: Charles Scribner & Sons, 2016.
- VICENTE, Dário Moura. *A tutela Internacional da Propriedade Intelectual*. Coimbra: Ed. Almedina, 2008.

VILLARES, Fábio (org.). *Propriedade Intelectual: tensões entre o capital e a sociedade*. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

VIVAS-EUGUI, David. *Regional and Bilateral Agreements and a Trips-plus word: The Free Trade Area of the Americas (FTAA)*. Geneva, s.d. p. 1. Disponível em: <https://quino.org/sites/default/files/resources/FTAs-TRIPS-plus-English.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2019.

VOGEL, Bryan J. Intellectual Property and Additive Manufacturing / 3D Printing: Strategies and Challenges of Applying Traditional IP Laws to a Transformative Technology. *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, v. 17, n. 2. p. 884.

WALLERSTEIN, Immanuel. *Centrist Liberalism Triumphant*. Los Angeles: University of California Press, 2011 (The Modern World-System; 4).

WALLERSTEIN, Immanuel. *The modern world-system IV: Centrist Liberalism Triumphant, 1789-1914*. California: University of California Press, 2011.

WALLERSTEIN, Mitchel B.; Ellen; MOGEE, Mary Ellen; SCHOEN. *Global dimensions of Intellectual Property Rights: in science and technology*. Washington D. C.: Academy Press, 1993. p. v, preface.

WEBER, Max. *Ciência e Política: duas vocações*. Tradução Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2011.

WEBSTER, Frank. *Theories of Information Society*. 4. ed. England: Routledge, 2014.

WIENER, Norbert. *The human use of human beings: cybernetics and society*. Boston: Houghton Mifflin, 1954. (The Da Capo series in science).

WIPO Intellectual Property Handbook. *Policy, Law and Use*. 2. ed. Geneva: WIPO publication, 2004, n. 489.

ZIMMERMAN, Diane Leenheer. Authorship without ownership: reconsidering incentives in a digital age. *DePaul Law Review*, v. 52, p. 11-21, 2003.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMSON, Bruce. *Digital phoenix: why the information economy collapsed and how it will rise again*. Cambridge, Mass: MIT Press, 2005.

ADENEY, Elizabeth. *The Moral Rights of Authors and Performers*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Ser ou não ser: o dilema hamletiano do pirata e a fundamentalidade que há no acesso à informação como no direito autoral. In: *Direito de Autor e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Ed. Saraiva. 2011.

AGRE, Philip E. *Computation and human experience*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

AKDENIZ, Yaman. To link or not to link: problems with World Wide Web links on the internet. *International Review of Law, Computers and Technology*, v. 11, n. 2, 1997.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. The 'New' Intellectual Property Regime and its Economic Impact on Developing Countries. In: SACERDOTI, Giorgio (Ed.). *Liberalization of Services and Intellectual Property in the Uruguay Round of GATT*. Fribourg: Fribourg University Press, 1990.

AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. *O direito internacional privado e os desafios do mercado global: a proteção da diversidade cultural no comércio eletrônico de bens e serviços culturais*. Curitiba: Juruá, 2013.

ARAÚJO, Fernando. *A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios: o problema econômico do nível ótimo de apropriação*. Lisboa: Ed. Almedina, 2008.

ARMSTRONG, Timothy K. Digital Rights Management and the Process of Fair Use, 20 *Harv. J.L. & Tech*, v. 49, 2006.

ARMSTRONG, Timothy K. Digital Rights Management and the Process of Fair Use. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 20, n.1, Fall, 2006.

ARONOWITZ, S.; MARTINSONS, B.; MENSER, M. (Ed.). *Technoscience and cyberculture: a cultural study*. Routledge, 1996.

ARROW, Kenneth J. *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*. Reproduced by the RAND Corporation, Ca, 1959.

ARSDALE, Suzanne Van; VENZKE, Cody. Predatory Innovation in Software Markets. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 29, n.1, Fall, 2015.

ASCENSÃO, José de Oliveira; SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro. *Propriedade intelectual: direito autoral*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BALADI, Joe. Building castles made of glass: security on the internet. *U. Ark. LittleRock L. J.*, v. 21, n. 251, 1999.

BALDWIN, Peter. *The Copyright Wars: Three Centuries of Trans-Atlantic Battle*. Princeton University Press, 2014.

BARLOW, John P. *The Economy of Ideas, A Framework for Patents and Copyrights in the Digital Age*, *Wired* 2.03 (Mar. 1994), republished, John P. Barlow, Selling Wine Without Bottles, in *The Future of Copyright in a Digital Environment* 169–87 (P. Bernt Hugenholtz ed.) (Kluwer 1996)

BARLOW, John P. *A declaration of the independence of cyberspace*. Davos, Switzerland: Feb. 8, 1996.

BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BARBOSA, Denis Borges. *A propriedade intelectual no século XXI*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

BARNETT, Jonathan M. The Anti-Commons Revisited. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 29, n.1, Fall, 2015.

BARRETO, Rodrigo Ribeiro; SOUZA, Maria Carmen Jacob de. (org.). *Bourdieu e os estudos de mídia: campo, trajetória e autoria*. Salvador: Edufba, 2014

BARTOW, Ann. Electrifying Copyright Norms and Making Cyberspace More Like a Book. *48 Villanova L. Rev.*, v. 13, 2003.

BARTOW, Ann. Educational fair use in copyright: reclaiming the right to photocopy freely. *U. Pitt. L. Rev.*, v. 60, n. 149, 1998.

BARTOW, Ann. Separating marketing innovation from actual invention: a proposal for a new, improved, lighter, and better-tasting form of patent protection. *J. Small & Emerging Bus. L.*, v. 4, n. 1, 2000.

BARZEL, Yoram. *Economic Analysis of Property Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

BASSO, Maristela. *Curso de Direito Internacional Privado*. 2. ed. revisada. São Paulo: Editora Atlas, 2011

BAUCKHAGE, Tobias *The Basic Economic Theory of Copying, in Digital Rights Management: Technological, Economic, Legal and Political Aspects*. 234–49 (Eberhard Becker et al. eds.) (Springer 2003)

BAUDRILLARD, Jean. *The Ecstasy of Communication*. USA: Semiotext(e), 2012.

BEDIN, Gilmar Antonio ... [et. al.]. *Paradigmas das relações internacionais: realismo, idealismo, dependência, interdependência*. Ijuí, RS: UNIJUÍ, 2011.

BELL, Tom W. *Indelicate Imbalancing in Copyright and Patent Law, in Copy Fights: The Future of Intellectual Property in the Information Age 1–6* (Adam Thierer & Wayne Crews eds.) (CATO Institute 2002)

BELL, Tom W. Fared use v. fair use: the impact of automated rights management on copyright's fair use doctrine. *North Carolina L. Rev.*, v. 76, n. 557, 1998.

BENKLER, Yochai. *Rules of the road for the information superhighway: electronic communications and the law*. West, 1996.

BENKLER, Yochai. Free as the air to common use: First Amendment constraints on enclosure of the public domain. *N. Y. U. L. Rev.*, v. 74, n. 354, 1999.

BENKLER, Yochai. Constitutional bounds of database protection: the role of judicial review in the creation and definition of private rights in information. *Berkeley Tech. L. J.*, v. 15, n. 535, 2000a.

BENKLER, Yochai. Net regulation: taking stock and looking forward. *U. Colo. L. Rev.*, v. 71, n. 1, 203, 2000b.

BENKLER, Yochai. Taking stock: the law and economics of intellectual property rights: an unhurried view of private ordering in information transactions. *Vand. L. Rev.*, v. 53, n. 2.063, 2000c.

BENKLER, Yochai. From consumers to users: shifting the deeper structures of regulation towards sustainable commons and user access. *Federal Communications Law Journal*, v. 52, 2000.

BENKLER, Yochai. *Network Propaganda: manipulation, disinformation and radicalization in American Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 20-21.

BERLO, David K. *The Process of Communication: An Introduction to Theory and Practice*. Holt, Rinehart, 1960.

BERNERS-LEE, Tim. *Weaving the Web: the original design and ultimate destiny of the World Wide Web its inventor*. New York: Harper Collins, 2008.

BERNSTEIN, Daniel J. *Introduction to post-quantum cryptography*. Chicago: Department of Computer Science, University of Illinois at Chicago, 2009.

BERTRAND, André. *La Musique et le Droit. De Bach à Internet*. Paris: LITEC, 2002.

BING, Jon The New Evolving “Access Right”, in *Adjuncts and Alternatives to Copyright*. USA. ALAI-USA, 2002.

BIRKINSHAW, Patrick. *Freedom of Information: The Law, the Practice and the Ideal*. 2. Ed. Butterworths, 1996.

BIRKINSHAW, Patrick. Copyright Law and Free Speech after *Eldred v. Ashcroft*, 76S. *Cal. L. Rev.*, 1275, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. São Paulo: Unesp, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Política e Cultura*. São Paulo: Unesp, 2015.

BORGMAN, Christine L. *From Gutenberg to the global information infrastructure: access to information in the networked world*. Cambridge: MIT Press, 2000.

BOYLE, James. A politics of intellectual property: environmentalism for the net? *Duke L. J.*, v. 47, n. 87, 1997a.

BOYLE, James. Foucault in cyberspace: surveillance, sovereignty, and hardwired sensors. *U. Cinn. L. Rev.*, v. 177, 1997b.

BOYLE, James. The constitution under Clinton: a critical assessment: the First Amendment and cyberspace: the Clinton years. *Law & Contemp. Prob.*, v. 63, n. 337, 2000.

BOYLE, James. Cruel, mean, or lavish? Economic analysis, price discrimination and digital intellectual property. *Vand. L. Rev.*, v. 53, n. 2.007, 2000a.

BOYLE, James. Governance of the internet: a nondelegation doctrine for the digital age? *Duke L. J.*, v. 50, n. 5, 2000b

BOYLE, James. *Intellectual Property: law & the Information Society - cases & Materials: An Open Casebook* / James Boyle, Jennifer Jenkins.

BOYLE, James. *The Public Domain: enclosing the commons of the mind*. New Haven Yale University Press, 2008.

BRAMBLE, Nicholas. Preparing Academic Scholarship for an Open Access World. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 20, n.1, Fall, 2006.

BREYER, Stephen The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs. *84Harv. L. Rev.*, n.281, 1970.

BURKE, Peter. *A social history of knowledge: from Gutemberg to Diderot*. Cambridge: Polity Press. 2008.

BURSTEIN, Michael J.; MURRAY, Fiona E. Innovation Prizes in Practice and Theory. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 29, n.2, Fall, 2016.

CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas A. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, *85Harv. L. Rev.*, n.1089, 1972.

CALANDRILLO, Steve. An economic analysis of property rights and information: justifications and problems of exclusive rights, incentives to generate information, and the alternative of a Government-run reward system. *Fordham Intellectual Property, Media, and Entertainment Law Journal*, n. 301, 1998.

CARBONI, Guilherme C. *Direito de autor na obra multimídia*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2003.

CARBONI, Guilherme C. Os desafios do direito de autor na tecnologia digital e a busca do equilíbrio entre interesses individuais e sociais. *Revista da Faculdade de Direito da FAAP*, 2009.

CARBONI, Guilherme C. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2008.

CARMICHAEL, John. In support of the white paper: why online service providers should not receive immunity from traditional notions of vicarious and contributory liability for copyright infringement. *Loy. L. A. Ent. L. J.*, v. 16, n. 759, 1996.

CARREAU, Dominique. *Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

CARVALHO, Patrícia Luciane de. *Propriedade intelectual: estudos em homenagem à professora Maristela Basso*. Vol. 2. Curitiba: Juruá, 2009.

CASTELLS, Manuel. *The internet galaxy: reflections on the internet, business, and society*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

CASTELLS, Manuel. *O poder da Comunicação*. Tradução Vera Lúcia Mello. Revisão de tradução Isabela Machado de Oliveira Fraga. 1. ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

CHAPMAN, Audrey R. *Intellectual Property and the Right to Culture, in Intellectual Property and Human Rights, WIPO Panel Discussion to commemorate the 50th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights*, Geneva, Nov. 9, 1988 (1999).

CHAUI, Marilena. *Cidadania Cultural: O Direito à Cultura*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2006.

CHAVES, Antonio. *Criador da obra intelectual*. São Paulo: LTR, 1998.

CHAVES, Antonio. *Direitos Autorais na Computação de Dados*. São Paulo: LTR, 1996

CHRISTENSEN, Kory D. Fighting software piracy in cyberspace: legal and technological solutions. *Law and Pub. Policy in Int. Bus.*, v. 28, n. 435, 1997.

CLARK, Charles *The Answer to the Machine is in the Machine, in The Future of Copyright in a Digital Environment* 139–45, *Proceedings of the Royal Academy Colloquium, Amsterdam* (P. Bernt Hugenholtz ed.) (Kluwer Law International 1996).

COASE, Ronald Harry. *A firma, o mercado e o direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

COHEN, Julie E. A right to read anonymously: a closer look at copyright management in cyberspace. *Conn. L. Rev.*, v. 28, n. 981, 1996.

COHEN, Julie E. Some reflections on copyright management systems and laws designed to protect them. *Berkeley Tech. L. J.*, v. 12, n. 161, 1997.

COHEN, Julie E. Lochner in cyberspace: the new economic orthodoxy of “rights management”. *Mich. L. Rev.*, v. 97, n. 462, 1998.

COHEN, Julie E. Cyberspace and/as Space. *107 Colum. L. Rev.*, n. 210, 2007.

COHEN, Julie E. Cyberspace and privacy: a new legal paradigm? Examined lives: informational privacy and the subject as object. *Stan. L. Rev.*, v. 52, n. 1.373, 2000a.

COHEN, Julie E. Taking stock: the law and economics of intellectual property rights: copyright and the perfect curve. *Vand. L. Rev.*, v. 53, n. 1.799, 2000b.

COMMONS, John R. *Legal foundations of capitalism*. Clark, N.J.: Lawbook Exchange, 2006.

CORREA, Carlos M. Aperfeiçoando a eficiência econômica e a equidade pela criação de leis de propriedade intelectual. In: VARELLA, Marcelo Dias. (org.). *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. São Paulo: Lex Editora, 2005.

DEASLEY, Ronan. *Rethinking Copyright: History, Theory, Language*. Edward Elgar Publishing, 2006.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2017.

DELACAMPAGNE, Christian. História da filosofia no século XX. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DE LUCCA, Newton; FILHO, Adalberto Simão; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coord). Direito & Internet III – Tomo II: *Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

DE MATTIA, Fábio Maria. Do privilégio do editor ao aparecimento da Propriedade Intelectual e Artística em fins do século XVIII. *Separata de Estudos Jurídicos*. Vale do Rio dos Sinos: Unisinos, v. X, n. 28, 1980.

DEMSETZ, Harold The Private Production of Public Goods , *13J.L. & Econ.*, n. 293, 1970.

DOGAN, Pinar. Making Money by Giving It for Free: Radiohead's Pre-Release Strategy for In Raibows. *Faculty Research Working Paper Series*. Harvard: Kennedy School. June 2014

DOWBOR, Ladislau; SILVA, Hélio (org.). *Propriedade Intelectual e Direito à Informação*. São Paulo: EDUC, 2014.

DREIER, Thomas *Copyright Digitized: Philosophical Impacts and Practical Implications for Information Exchange in Digital Networks*, in WIPO Worldwide Symposium on the Impact of Digital Technology on Copyright and Neighbouring Rights. Geneva 1993 at 187–211, WIPO ed. 1993.

DREYFUS, Hubert L. *On the internet*. New York: Routledge, 2009.

DREYFUS, Hubert L. *What computers still can't do: a critique of artificial reason*. Cambridge, Mass.: MIT Press, 1992.

DREYFUSS, Rochelle; GINSBURG, Jane. *Intellectual Property at the Edge: the Contested Contours of IP*. Cambridge University Press, 2014.

DUPAS, Gilberto. *O mito do progresso: ou progresso como ideologia*. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

DUPAS, Gilberto. *Ética e poder na Sociedade da Informação: de como a autonomia das novas tecnologias obriga a rever o mito do progresso*.

DUPAS, Gilberto. Propriedade Intelectual: tensões entre a lógica do capital e os interesses sociais. In: VILLARES, Fábio (org.). *Propriedade intelectual: tensões entre o capital e a sociedade*. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2007.

DUPAS, Gilberto. *Desafios da sociedade contemporânea*. São Paulo: UNESP, 2014.

DUPUY, Jean-Pierre. *On the origins of cognitive science: the mechanization of the mind*. Cambridge, Mass.: MIT Press, 2009.

DURHAM, Alan L. Copyright and Information Theory: Toward an Alternative Model of “Authorship”. *BYU L. Rev.*, v. 69, n. 1, 2004.

DUSOLLIER, Séverine. Electrifying the Fence: The Legal Protection of Technological Protection Measures for Protecting Copyright. *21Eur. Intel. Prop. Rev.*, p. 285-97, 1999.

DWORKIN, Ronald. Is Wealth a Value? *Journal of Legal Studies*, n. 9, 1980.

EFRONI, Zohar. A Momentary Lapse of Reason: Digital Copyright, the DMCA and a Dose of Common Sense. *28Colum. J.L. & the Arts*, n. 249, 2005.

EFRONI, Zohar. Towards a Doctrine of “Fair Access” in Copyright: The Federal Circuit’s Accord. *IDEA*, v. 46, n. 99, 2005.

EINHORN, Michael A. *Media, Technology and Copyright*. Einhorn, Media, Technology and Copyright, 2004.

ELKIN-KOREN, Niva. Copyright law and social dialogue on the informationsuperhighway: the case against copyright liability of bulletin board operators. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, v. 13, n. 345, 1995.

ELKIN-KOREN, Niva. Cyberlaw and social change: a democratic approach to copyright law incyberspace. *Cardozo Arts & Ent. L. J.*, v. 14, n. 215, 1996.

ELKIN-KOREN, Niva. Copyright policy and the limits of freedom of contract. *Berkeley TechnologyLaw Journal*, v. 12, 1997.

ELKIN-KOREN, Niva. *Copyright in Cyberspace — Rights Without Laws?* *73Chi.-Kent L. Rev.*, n. 1155, 1988.

ELLUL, Jacques. *The technological society*. New York: Vintage, 2016.

EPSTEIN, Richard. A. Liberty versus Property? Cracks in the Foundations of Copyright Law. *42San Diego L. Rev.*, n., 1, 2005.

ERICKSON, John S. *Fair Use, DRM and Trusted Computing* *46Commun. ACM*34–39, 2003.

FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. São Paulo: Atlas, 2015.

- FERRY, Luc. *A Inovação Destruidora: ensaio sobre a lógica das sociedades modernas*. Tradução Vera Lúcia dos Reis. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.
- FICSON, Mihály. Copyright for the Digital Era: The WIPO “Internet” Treaties, *21 Colum.-VLA J.L. & Arts*, n. 197, 1997.
- FISHER, William. The implications for law of user innovation. *Minnesota Law Review*, v. 94, n. 5
- FISHER, William. *Promises to Keep Technology, Law and the Future of Entertainment*. California: Stanford University Press, 2004.
- GANTZ, Jonh; ROCHESTER, Jack B. *Pirates of the digital millennium: how the intellectual property wars damage our personal freedoms, our jobs, and the world economy*. USA: Financial Times Prentice Hall, 2005.
- GEIGER, Christophe. Right to Copy v. Three-Step Test: The Future of the Private Copy Exception in the Digital Environment. *Comp. L. Rev. Int.*, n. 1, p. 17-13, 2005.
- GELLER, Paul E. *Beyond the Copyright Crisis: Principles for Change*, 55J. Copyright Soc’y U.S.A . 165 (2008) Geller, *Beyond the Copyright Crisis: Principles for Change* (2008)
- GELLER, Paul E. Rethinking the Berne-Plus Framework: From Conflicts of Law to Copyright Reform. *Eur. Intel. Prop. Rev.*, n. 8, p. 391-95, 2009.
- GERVAIS, Daniel J. *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*. 2. Gervais, *The TRIPS Agreement*, 2003.
- GERVAIS, Daniel J. Towards a New Core International Copyright Norm: The Reverse Three-Step Test. *Marq. Intel. Prop. L. Rev.*, v. 9, n.1, 2005.
- GERVAIS, Daniel J. The Price of Social Norms: Towards a Liability Regime for File-Sharing. *J. Intel. Prop. L.*, v. 12, p. 39-74, 2003.
- GHOSH, Shubha. The Merits of Ownership; or, How I Learned to Stop Worryng and Love Intellectual Property Review Essay of Lawrence Lessig, The Future of Ideas and Siva Vaidhyanathan, Copyright and Copywrongs. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 15, n.2, Spring, 2002.
- GINSBURG, Jane C. *Copyright Law: Concepts and Insights Series*. Pennsylvania: University of Pennsylvania Law School, 2012.
- GINSBURG, Jane C. Essay: From Having Copies to Experiencing Works: The Development of an Access Right in U.S. *Copyright Law*, 50J. Copyright Soc’y U.S.A, v. 113, 2003.

GINSBURG, Jane C. A Marriage of Convenience? A Comment on the Protection of Databases. 82Chi.- Kent L. Rev., n. 1171, 2007.

GINSBURG, Jane C. A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America, 64Tulane L. Rev.991, 1990.

GINSBURG, Jane C. Copyright and Control Over New Technologies of Dissemination. 101Colum. L. Rev.1613, 2001.

GINSBURG, Jane C. Creation and Commercial Value: Copyright Protection of Works of Information. 90Colum. L. Rev.1865, 1990.

GORDON, Wendy J. Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors. 82Colum. L. Rev.1600, 1982.

GRACE, James. The End of the Post-Sale Confusion: How consumer 3D Printing Will Diminish the Function of Trademarkers. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 28, n.1, Fall, 2014.

HA, Louisa et al. *Broadcast via the Internet: Technology, Market, and the Future*, 11Trends in Commun, p. 155-68, 2003.

HA, Louisa et al. *Webcasting*, in *The Internet Encyclopedia* 674–86 (Hossein Bidgoli ed.) (Wiley 2004) Ha, *Webcasting* , 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como “ideologia”*. São Paulo: Unesp, 2014.

HAFNER, Katie; LYON, Matthew. *Where Wizards stay up late: The origins of the internet*. Simon & Schuster Paperbacks, 1996.

HALÉVY, Mark. *A Era do Conhecimento: princípios e reflexões sobre a ética no século XXI*. Tradução Roberto Leal. São Paulo: Editora Unesp, 2010.

HAMILTON, Marci A; SABETY, Ted. Computer Science Concepts in Copyright Cases: The Path to a Coherent Law. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 10, n.2, Winter, 1997.

HAMMES, Bruno Jorge. *O Direito de Propriedade Intelectual*. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão: Guerra e Democracia na era do império*. Tradução Clovis Marques. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2014.

HARDY, I. Trotter. The proper legal regime for “cyberspace”. *U. Pitt. L. Rev.*, v. 55, n. 993, 1994.

HARDY, I. Property (and copyright) in cyberspace. *U. Chi. Legal F.*, v. 261, 1996.

- HARDY, I. Copyright and “new use” technologies. *Nova L. Rev.*, v. 23, n. 659, 1999.
- HATCH, Senator Orrin G.; LEE, Thomas R. To Promote the Progress of Science: The Copyright Clause and Congress’ Power to Extend Copyrights. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 16, n.1, Fall, 2003.
- HEIDE, Thomas. *Copyright in the EU and U.S.: What “Access Right”?*, 48J. Copyright Soc’y U.S.A. 363 (2001) Heide, What “Access Right”? 2001.
- HEIDE, Thomas. *Access Control and Innovation Under the Emerging EU Electronic Commerce Framework*, 15Berkeley Tech. L.J.993, 2000.
- HEIDEGGER, Martin. *The question concerning technology, and other essays*. New York: Harper & Row, 1977.
- HESS, Charlotte (ed.). *Understanding knowledge as a commons: from theory to practice*. Cambridge, Mass.: MIT Press, 2007.
- HETCHER, Steven. Changing the Social Meaning of Privacy in Cyberspace. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 15, n.1, Fall, 2001.
- HEVERLY, Robert A. *The Information Semicommons*, 18Berkeley Tech. L.J.1127 (2003) Heverly, Information Semicommons, 2003.
- HILTY, Reto M. *The Expansion of Copyright Law and Its Social Justification*, in *Copyright Law and the Information Society* in Asia 1–31, 26 IIC Studies (Christopher Heath & Kung-Chung Liu eds.) (Hart 2007)
- HILTY, Reto M. *Copyright Law and the Information Society — Neglected Adjustments and Their Consequences*, 2 IIC 135 (2007)
- HOEREN, Thomas *Access Right as a Postmodern Symbol of Copyright Deconstruction?*, in *Adjuncts and Alternatives to Copyright*. 348–63, proceedings of the ALAI Congress, June 13–17, 2001 (Jane C. Ginsburg & June M. Besek eds. 2002)
- HOBART, Michael E. *Information ages: literacy, numeracy, and the computer revolution*. Baltimore : Johns Hopkins University Press, 1998.
- HORSFIELD-BRADBURY, Making Available as Distribution: File-Sharing and the Copyright Act. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 22, n.1, Fall, 2008.
- HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
- HUGENHOLTZ, P. *Bernt Copyright, Contract and Code: What Will Remain of the Public Domain?*. 26Brook. J. Int’l L.77 (2000)

- HUGHES, Justin *The Philosophy of Intellectual Property* , 77Geo. L.J.287 (1988)
- JACKSON, Matt *From Broadcast to Webcast: Copyright Law and Streaming Media*, 11Tex. Intel. Prop. L.J. 447 (2003)
- JAEGER, Till & Metzger, Axel *Open Source Software*. (2d. ed.) (C.H. Beck 2006)
- JASZI, Peter; WOODMANSEE, Martha. *Introduction to The Construction of Authorship: Textual Appropriation in Law and Literature* (2d. ed.) (Peter Jaszi & Martha Woodmansee eds.) (Duke University Press 1999)
- JENKINS, Johnatha. What Can I Information Technology do For Law. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 21, n.2, Spring, 2008.
- JOHNS, Adrian. *The nature of the book: print and knowledge in the making*. Chicago: University of Chicago Press, 1998.
- KDEPSELL, David R. *A ontologia do ciberespaço: a filosofia, a lei do futuro da propriedade intelectual*. São Paulo: Madras, 2005.
- KELSEN, Hans. *A paz pelo direito*. São Paulo: Wfm Martins Fontes, 2011.
- KESAN, Jay P.; HAYES, Carol M. Mitigative Counterstriking: Self-Defense and Deterrence in Cyberspace. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 25, n.2, Spring, 2012.
- KIEFF, Scott F. *The Case Against Copyright: A Comparative Institutional Analysis of Intellectual Property Regimes*, Working Paper, Hoover Institution, Stanford University (2004).
- KLEE, Antônia Espíndola L *et al. Direito & internet III: Marco civil da internet, lei nº 12.965/2014*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- KOCHELEK, Douglas M. Data Meaning and Antitrust. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 22, n.2, Spring, 2009.
- KOEPSSELL, David R. *Ontologia do Ciberespaço: a filosofia, a lei e o futuro da propriedade intelectual*. Tradução Priscila Ribeiro de Souza Pereira. São Paulo: Madras. 2004.
- KRIKORIAN, Gaelle. *Access to knowledge: In the age of Intellectual Property*. Zone Books, 2010.
- KU, Raymond Shih Ray. *The Creative Destruction of Copyright: Napster and the New Economics of Digital Technology*, 69U. Chi. L. Rev.263 (2002)
- KWALL, Roberta R. *Copyright and the Moral Rights: Is an American Marriage Possible?* , 38Vand. L. Rev . 1(1985)

- LANDAU, Michael *Has the Digital Millennium Copyright Act Really Created a New Exclusive Right of Access?* , 49J. Copyright Soc'y U.S.A.277 (2001)
- LANDES, William M. & Posner, Richard A. *Indefinitely Renewable Copyright* , 70U. Chi. L. Rev. (2003)
- LANGE, Denise Fabiana. *O impacto da tecnologia digital sobre o direito de autor e conexos*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1996.
- LASTOWKA, Gregory F. *Free Access and the Future of Copyright* , 27Rutgers Comp. & Tech. L.J.293 (2001) Lastowka, Free Access and the Future of Copyright (2001)
- LAZARINI, Marilena; TRETTEL, Daniela B.; MONCAU, Luiz F. M. Propriedade Intelectual: perspectivas do consumidor. In: VILLARES, Fábio. *Propriedade intelectual: tensões entre o capital e a sociedade*. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 2007.
- LEE, Tim Berners. *Weaving the Web: The original design and ultimate destiny of the world wide web*. Harper Business, 2000.
- LEMLEY, Mark A. *Ex Ante Versus Ex Post Justifications for Intellectual Property*. UC Berkeley Public Law: Paper n. 144, 2003
- LEMLEY, Mark A. *Reducing Digital Copyright Infringement Without Restricting Innovation* , 56Stan. L. Rev.1345 (2004)
- LEMLEY, Mark A. *Dealing with Overlapping Copyrights on the Internet* , 22U. Dayton L. Rev.547 (1997)
- LEMOS, Ronaldo. *Direito, Tecnologia e Cultura*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2005.
- LEMOS, Ronaldo. *Tecnobrega: o Pará reinventando o negócio da música*. RJ: Aeroplano, 2008.
- LESSIG, Lawrence. *Cultura Livre: como a mídia usa a tecnologia e a lei para barrar a criação cultural e controlar a criatividade*. USA: Penguin Books, 2004.
- LESSIG, Lawrence. *Code: and other Laws of Cyberspace*. New York: Basic Books, 2006.
- LESSIG, Lawrence. *Remix*. Nova York: Penguin, 2008.
- LICKLIDER, J. C. R. *Man-Computer Symbiosis*. Systems Research Center, 1990.
- LIEBOWITZ, Stan J. *Copyright Reconsidered: A Review of Promises to Keep*, 21Issues in Science and Technology92–95 (2005)

- LIEBOWITZ, Stan J. *Copyright in the Post-Napstar World: Legal or Market Solutions?, in Copy Fights, The Future of Intellectual Property in the Information Age*. 197–204 (Adam Thierer & Wayne Crews eds.) (CATO Institute 2002)
- LIMA, Luís Felipe Balieiro (coord). *A Propriedade Intelectual no Direito Empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos*. Barueri, SP: Manolo, 2005.
- LITMAN, Jessica. The Exclusive Right to Read , 13Cardozo Art & Entm't L.J.29 (1994).
- LITMAN, Jessica. The Public Domain , 39Emory L.J.965 (1990)
- LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Tradução Marcela Varejão. Revisão de Silvana Cobucci. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- LOTUFO, Renan; RODRIGUES, Fernando (coord.). *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LUHMANN, Niklas. *La Economía de la Sociedad*. Editorial Herder, 2017.
- LUNNEY, Glynn S., Jr. *The Death of Copyright: Digital Technology, Private Copying, and the Digital Millennium Copyright Act*, 87Va. L. Rev.813 (2001)
- LYOTARD, Jean-Francois. *A condição pós-moderna*. Rio de Janeiro: Jose Olympio, 2004.
- MAFFESOLI, Michel. *O conhecimento comum: introdução à sociologia compreensiva*. Porto Alegre: sulina, 2010.
- MANKIW, Gregory. *Introdução à Economia*. Tradução Allan Vidigal Hastings e Elizete Paes e Lima. São Paulo: Cengage Learning, 2016.
- MANN, Ronald J. Commercializing Open Source Software: Do Property Rights Still Matter? *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 20, n.1, Fall, 2006.
- MANSO, Eduardo Vieira. *A informática e os direitos intelectuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.
- MARCH, James. *Organizations / James March, Herbert Simon*. Cambridge, Mass., USA: Blackwell, 1993.
- MAZZONI, Jason. *Copyfraud and other Abuses of Intellectual Property Law*. Stanford University Press, 2011.

- MCLUHAN, Marshall. *The Mechanical Bride: Folklore of Industrial Man*. Gingko Press, Inc., 2001.
- MERGES, Robert P. *A New Dynamism in the Public Domain*, 71U. Chi. L. Rev. 183 (2004)
- MERRILL, Thomas W. *Property and the Right to Exclude*, 77Neb. L. Rev. 730 (1998)
- MIOZZO, Pablo Castro. *Interpretação jurídica e criação judicial do direito: de Savigny a Friedrich Müller*. Curitiba: Juruá, 2014.
- MOSSOFF, Adam. *Who Cares What Thomas Jefferson Thought About Patents? Reevaluating the Patent "Privilege" in Historical Context*, 92Cornell L. Rev. 953 (2007)
- MOSSOFF, Adam. *Is Copyright Property?*, 42San Diego L. Rev. 29 (2005).
- MULLAINATHAN, Sendhil, SHAFIR, Eldar. *Escassez: uma nova forma de pensar a falta de recursos na vida das pessoas e nas organizações*. São Paulo: Best Business, 2016.
- MUNZER, Stephan R. *A Theory of Property* (Cambridge University Press 1990)
- NETANEL, Neil W. *The next round of the Wipo Copyright Treaty on trips dispute settlement*. Va. J. Int'l L., v. 37, n. 441, 1997.
- NETANEL, Neil W. *Cyberspace self-governance: a skeptical view from liberal democratic theory*. Cal. L. Rev., v. 88, n. 395, 2000a.
- NETANEL, Neil W. *Cyberspace 2.0*. Tex. L. Rev., v. 79, n. 447, 2000b.
- NETANEL, Neil W. *Taking stock: the law and economics of intellectual property rights: market hierarchy and copyright in our system of free expression*. Vand. L. Rev., v. 53, n. 1.879, 2000c.
- NETANEL, Neil W. *Impose a noncommercial use levy to allow free peer to peer file sharing*. Harvard Journal of Law & Technology, n. 17, Dec. 2003.
- NOZICK, Robert, *Anarchy, State and Utopia*. New York: Basic Books, 1974
- OLIVEIRA, Arlindo. *The Digital Mind: how science is redefining humanity*. MIT Press, 2017.
- OLIVEIRA, Manfredo A. *Reviravolta Linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 2006.
- OSTROM, Elinor. *The future of the commons: beyond market failure & government regulations*. London: Institute of Economic Affairs, 2012.

- PALMER, Tom G. *Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach*, 12Hamline L. Rev. 261 (1989)
- PALMER, Tom G. *Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects, in Copy Fights, The Future of Intellectual Property in The Information Age* (Adam Thierer & Wayne Crews eds.) (CATO Institute 2002)
- PAN, Sheri B. Get to Know Me: Protecting Privacy and Autonomy Under Big Data's Penetrating Gaze. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 30, n.1, Fall, 2016.
- PATRY, William. *How to Fix Copyright*. New York: Oxford University Press, 2012.
- PATTERSON, Lyman R. *The DMCA: A Modern Version of the Licensing Act of 1662* 10J. Intel. Prop. L.33 (2002)
- PEREIRA, Alexandre Dias. *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- PESSACH, Guy *The Author's Moral Right of Integrity in Cyberspace — A Preliminary Normative Framework*, 3IIC 250–70 (2003)
- POPPER, Karl. *After the Open Society*. Routledge, 2008.
- POSNER, Richard. *Para além do direito*. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- POSNER, Richard. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2012.
- POSNER, Richard. *A economia da justiça*. Tradução Evandro Ferreira e Silva; Revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- POSNER, Richard. Intellectual Property: The Law and Economics Approach. *Journal of Economic Perspectives*, v. 19, n. 2, Spring, 2005.
- POSNER, Richard A. *Fronteiras da teoria do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- POSTER, Mark. *Deleuze and New Technology*. Edinburg University Press, 2009. Reese, Anthony Will Merging Access Controls and Rights Controls Undermine the Structure of Anticircumvention Law? , 18Berkeley Tech. L.J.619 (2003)
- POSTER, Mark. *What's the matter with the Internet?* Minneapolis : University of Minnesota, 2001.
- PUGLIESI, Márcio. *Teoria do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

- REICHMAN, J. H.; SAMUELSON, Pamela. *Intellectual property rights in data?* Vand.L. Rev., v. 50, n. 51, 1997
- ROSE, Carol. *The comedy of the commons: custom, commerce, and inherently public property.* University of Chicago Law Review, n. 53, 1986.
- ROTHCHILD, John A. *Economic Analysis of Technological Protection Measures*, 84Or. L. Rev.489 (2005)
- ROTHCHILD, John A. *The Social Costs of Technological Protection Measures*, 34Fla. St. U.L. Rev.1181 (2007).
- ROSZAK, Theodore. *The cult of information: a neo-Luddite treatise on high tech, artificial intelligence, and the true art of thinking.* Berkeley: University of California, 1994.
- RUDIGER, Francisco. *Comunicação e Teoria Crítica da Sociedade: Adorno e a Escola de Frankfurt.* Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.
- RUTHERFORD, Malcolm; SAMUELS, Warren (ed). *John R. Commons: Selected essays.* Routledge, 1996.
- SAMUELSON, Pamela. *Google Book Search and the Future of Books in Cyberspace*, 94Minn. L. Rev.1308 (2010)
- SAMUELSON, Pamela. *Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to Be Revised* , 14Berkeley Tech. L.J.519 (1999)
- SAMUELSON, Pamela. *Preliminary Thoughts on Copyright Reform*, 2007Utah L. Rev.551
- SANTOS, Laymert Garcia dos Santos. *Polítizar as novas tecnologias: o impacto socioeconômico da informação digital e genética.* São Paulo: Ed. 34, 2003.
- SANTOS, Manuel Pereira dos. *Direito Autoral.* São Paulo: Saraiva (Série GVLaw), 2014.
- SANTOS, Manuel Pereira dos (coord.). *Direito de Autor e Direitos Fundamentais.* São Paulo: Saraiva, 2011.
- SCHERER, Matthew U. *Regulation Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies.* *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 29, n.2, Spring, 2016.
- SCHILLER, Dan. *How to Think about Information* (University of Illinois Press 2007)
- SCHILLER, Herbert I. *Information and the crisis economy.* New York: Oxford University, 1986.

SCHULTZ, Jason; URBAN, Jennifer M. Protecting Open Innovation: The Defensive Patent License as a New Approach to Patent Threats, Transaction Costs, and Tactical Disarmament. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 26, n.1, Fall, 2012.

SCHULZ, Mark F. *Copynorms: Copyright Law and Social Norms, in Intellectual Property and Information Wealth*. 201–35 (Peter K. Yu ed.) (Praeger 2007)

SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalism, Socialism, and Democracy*. New York: Harper Perennial Modern Thought, 2008.

SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Tradução Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

SELTZER, Wendy. Free Speech Unmoored in Copyright's Safe Harbor: Chilling Effects of the DMCA on the First Amendment. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 24, n.1, Fall, 2010.

SHANNON, Claude E.; WEAVER, Warren. *The Mathematical Theory of Communication* (2d ed.) (University of Illinois Press 1963)

SHAPIRO, Carl. *Information rules: a strategic guide to the network economy*. Boston, Mass.: Harvard Business School, 1999.

SHAPIRO, Andrew L. *The control revolution: how the internet is putting individuals in charge and changing the world we know*. Public Affairs: 1999.

SHAPIRO, Carl. *Information Rules: A strategic guide to the network economy*. Harvard Business School Press, 1999.

SHAVELL, Steve et al. *Rewards versus intellectual property rights*. *Journal of Law and Economics*. Harvard, n. 44, 2001.

SHERWOOD, Robert M. *Propriedade Intelectual e desenvolvimento econômico*. São Paulo: Ed. USP, 1992.

SILVA, Alberto Luís Camelier da. *Propriedade intelectual no direito empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SILVEIRA, Newton. *Curso de Propriedade Industrial*. São Paulo: RT, 1982.

SIMON, Herbert A. *The sciences of the artificial*. London: MIT, 2019.

SIMON, Herbert Alexander. *The new science of management decision: the ford distinguished lectures*, v3 / Herbert Alexander Simon, Thomas L. Norton. S.l: Literary Licensing, LLC, 2012.

SMITH, Henry E. *Exclusion versus Governance: Two Strategies for Delineating Property Rights*, 31J. Legal Stud.453 (2002)

SMITH, Henry E. *Intellectual Property as Property: Delineating Entitlements in Information*, 116Yale L.J.1742(2007)

STEINER, Christine. *Intellectual Property and the Right to Culture, in Intellectual Property and Human Rights , WIPO Panel Discussion to commemorate the 50th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights*, Geneva, Nov. 9, 1988, 1999.

STIGLITZ, Joseph E. *Globalization and its discontents*. New York : W.W. Norton, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido confirme a minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte/MG: Letramento: Casa do Direito, 2017.

SURDEN, Harry. *Technological Cost as Law Intellectual Property*. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 27, n.1, Fall, 2013.

SUZOR, Nicolas. *Free-Riding, Cooperation, and “Peaceful Revolutions” in Copyright*. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 28, n.1, Fall, 2014.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Décio (org.). *Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*.

TORVALDS, Linus; DIAMOND, David. *Just for fun: the story of an accidental revolutionary*. [S.l.]: Harper Business, 2001.

TOURAINÉ, Alain. *The postindustrial society: Tomorrow Social History: Classes, conflicts, and culture in the programmed society*. Translated by Leonard F.X. Mayhew. New York: Randon House, 1971.

TREIGER-BAR-AM, Kim Kant. *Copyright: Rights of Transformative Authorship*, 25 *Cardozo Arts & Entm't L.J.* 1059 (2008)

TOURAINÉ, Alain. *The Self-Production of Society*. The University of Chicago Press, 1977.

ULMER, Eugen. *Copyright Problems Arising from the Computer Storage and Retrieval of Protected Works*, 8 *Copyright* 37–59 (1972)

VARIAN, Hal R. et al. *The Economics of Information Technology: An Introduction* (Cambridge University Press 2004).

VINJE, Thomas C. *A Brave New World of Technical Protection Systems: Will There Still Be Room for Copyright*, 18 *Eur. Intel. Prop. Rev.* 431–40 (1996).

WACHOWICZ, Marcos. *Propriedade intelectual do software e revolução da tecnologia da informação*. Curitiba: Juruá, 2006.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito, I: interpretação da Lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris, 1994.

WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. São Paulo: Cultrix, 2011.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Martin Claret, 2018.

YAKOWITZ, Jane. *Tragedy of the Data Commons*. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 25, n.1, Fall, 2011.

ZITTRAIN, Jonathan. *The rise and fall of sysopdom*. *Harvard Journal of Law and Technology*, v. 10, n. 495, 1997.

ZITTRAIN, Jonathan. *Icann: between the public and the private comments before Congress*. *BerkeleyTech. L. J.*, v. 14, n. 1.071, 1999a.

ZITTRAIN, Jonathan. *The un-Microsoft un-remedy: law can prevent the problem that it can't patch later*. *Connecticut Law Review*, 1999b.

ZITTRAIN, Jonathan. *What the Publisher Can Teach the Patient: Intellectual Property and Privacy in an Era of Trusted Privication*, The Berkman Center for Internet & Society Research Publication. 2000.

ZITTRAIN, Jonathan. *The future of the Internet and how to stop it*. New Haven [Conn.]: Yale University Press, 2008.

ZIZEK, Slavoj. *Bem-vindo ao deserto do real: cinco ensaios sobre o 11 de setembro e datas relacionadas*. São Paulo: Boitempo, 2013.

ZIZEK, Slavoj. *Problemas no paraíso: do fim da história ao fim do capitalismo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.