

Apoio: 
FORD FOUNDATION


REBRIP


Associação Brasileira
Interdisciplinar de AIDS


Rede Brasileira pela Integração dos Povos


Associação Brasileira
Interdisciplinar de AIDS

Este livro é o resultado do Seminário Nacional “Propriedade Intelectual: Interfaces e Desafios”, organizado pela Rede Brasileira pela Integração dos Povos (REBRIP). Nessa oportunidade, entidades, organizações da sociedade civil, profissionais, estudantes e pesquisadoras/es debruçaram-se sobre o tema da propriedade intelectual e suas implicações para o acesso ao conhecimento, à saúde, à segurança alimentar, especialmente dos países tecnologicamente dependentes.

Os textos aqui reunidos pretendem contribuir para esse debate, mostrando que a propriedade intelectual pode ser trabalhada de forma interdisciplinar e intersetorial, num esforço de busca coletiva e solidária de enfrentamento dos modelos que regulam a produção e a apropriação do conhecimento.

PROPRIEDADE INTELECTUAL: Interfaces e Desafios

PROPRIEDADE INTELECTUAL: Interfaces e Desafios

Organizadores: Renata Reis, Veriano Terto Júnior, Cristina Pimenta e Fátima Mello

MEDICAMENTOS

DIREITO DE AUTOR

AGRICULTURA

SOFTWARE

PROPRIEDADE INTELECTUAL: Interfaces e Desafios

Organizadores: Renata Reis, Veriano Terto Júnior, Cristina Pimenta e Fátima Mello

MEDICAMENTOS
DIREITO DE AUTOR
AGRICULTURA
SOFTWARE

Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS (ABIA)

Av. Presidente Vargas, 446/13º andar - Centro
CEP: 20071-907 - Rio de Janeiro - RJ
Telefone: (21) 2223-1040 Fax: (21) 2253-8495
E-mail: abia@abiaids.org.br <http://www.abiaids.org.br>

Diretoria

Diretor-Presidente: Richard Parker
Diretora Vice-Presidente: Regina Maria Barbosa
Secretária Geral: Miriam Ventura
Tesoureiro: José Loureiro
Coordenação Geral: Veriano Terto Jr. e Cristina Pimenta

Coordenação editorial: Wilma Ferraz
Revisão do texto: Malu Resende
Projeto gráfico e diagramação: Roberta Rangé

Apoio:     

Impressão: Reproarte

Tiragem: 1.000 exemplares

"Este estudo foi realizado com o apoio do povo dos Estados Unidos por meio da Agência dos Estados Unidos para o Desenvolvimento Internacional (USAID). O conteúdo desta publicação é de responsabilidade de seus autores e não necessariamente reflete as opiniões da USAID ou do Governo dos Estados Unidos."

CIP-Brasil. Catalogação na Fonte. Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ

P958

Propriedade intelectual : agricultura, software, direito de autor, medicamentos : interfaces e desafios / organizadores Renata Reis, Veriano Terto Júnior, Cristina Pimenta e Fátima Mello. - Rio de Janeiro : ABIA, 2007.
179 p.

Apêndice
Inclui bibliografia
ISBN 978-85-88684-33-1

1. Propriedade intelectual. 2. Patentes. 3. Propriedade industrial. 4. Acordo Geral de Tarifas e Comércio (Organização). I. Reis, Renata. II. Terto Júnior, Veriano. III. Pimenta, Cristina. IV. Mello, Fátima. V. Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS.

07-1646.

CDU: 347.77

É permitida a reprodução total ou parcial do texto desta publicação, desde que citados a fonte e os autores.

Sumário

■ ■ ■	Apresentação	05
■ ■ ■	Direitos de Propriedade Intelectual e Acesso a Medicamentos	13
	Gabriela Costa Chaves	
	Maria Auxiliadora Oliveira	
■ ■ ■	O Direito de Autor e seus Desafios:	59
	Os conflitos com a liberdade de expressão, o direito de acesso ao conhecimento, à informação e à cultura e o direito ao desenvolvimento tecnológico	
	Guilherme C. Carboni	
■ ■ ■	Considerações acerca do Impacto da Propriedade Intelectual sobre Sementes na Agricultura Camponesa	127
	Maria Rita Reis	
■ ■ ■	Computadores, Softwares e Patentes	147
	Pedro Antônio Dourado de Rezende	
	Hudson Flávio Meneses Lacerda	
■ ■ ■	ANEXOS	
	Carta do Leme	175
	Programa	179

Apresentação

A epidemia de HIV/AIDS muda como o vírus que a origina. Desde seu surgimento na década de 1980, a AIDS não interrompeu seu ciclo de interposição de desafios, nas mais diversas áreas, exigindo respostas cada vez mais articuladas entre setores também diversos, a níveis locais, regionais e internacionais.

A resposta brasileira à epidemia tem a marca da solidariedade. Esse traço tinge as reações do Brasil e dissemina-se nos fóruns onde essa resposta é demonstrada e visibilizada. A solidariedade a que nos referimos condicionam as ações de grupos, ao primeiro olhar tão díspares, a atuarem em comunhão e como um bloco, ao mesmo tempo uno e diverso, capaz de resistir a forças exteriores comuns.

A AIDS hoje tem tratamento, no entanto esse tratamento é inacessível para milhões de pessoas no mundo devido as barreiras de ordem econômica e política. As regras de propriedade intelectual, da forma como estão dispostas hoje, constituem uma dessas barreiras, posto que impedem a concorrência, impactam os preços e restringem o acesso. Nesse cenário, temas relacionados ao direito internacional, à economia e ao comércio assaltam a epidemia e passam a constar também na agenda de lutas dos movimentos organizados, sobretudo nos países em desenvolvimento.

A Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS (ABIA) compreendendo seu papel no momento político atual e o impacto das patentes na vida das pessoas que vivem com HIV e AIDS, não se furtou a responsabilidade de coordenar o Grupo de Trabalho sobre Propriedade Intelectual (GTPI). Esse grupo integra a Rede Brasileira pela Integração dos Povos (REBRIP) e se compõe de várias ONGs nacionais e internacionais preocupadas com o tema e unidas no monitoramento de políticas e na formação de ativistas, além de realização de ações de busca mitigar o efeito da propriedade intelectual na vida das pessoas.

A propriedade intelectual não impacta somente a saúde pública, mas também a segurança alimentar, a manutenção da cultura dos povos, o

acesso à informação, o direito à comunicação etc. Essa realidade demanda o encontro de lutas complementares a fim de gerar um novo laço que servirá de subsídios transponíveis entre as áreas, a partir de novas interpretações que trazem aportes de ângulos diferentes, porém sob a mesma premissa: de que o plural é melhor que o singular.

Com essa perspectiva a REBRIP congregou os mais diversos atores no campo da Propriedade Intelectual, desde que críticos à naturalização da inserção do conhecimento no rol das mercadorias. Tratou-se do **I Seminário Propriedade Intelectual: Interfaces e Desafios**, realizado no Rio de Janeiro, nos dias 29 e 30 de novembro de 2005. Essa publicação é o resultado desse encontro plural que discutiu a apropriação e a privatização crescente dos mais diversos bens intangíveis, como o conhecimento tradicional das comunidades, a informação, as artes, as fórmulas farmacêuticas e a biodiversidade.

Esperamos que os textos que se seguem contribuam para uma reflexão mais profunda sobre os temas de propriedade intelectual, seus mecanismos e impactos e, sobretudo para a proposição de alternativas ao modelo vigente. Nós da ABIA e do GTPI/REBRIP acreditamos que alternativas são possíveis se gestadas de forma conjunta e principalmente solidária entre os movimentos e os povos.

Renata Reis

Assessora de Projetos – ABIA

Veriano Terto Júnior

Coordenador Geral – ABIA



Apresentação

A REBRIP, Rede Brasileira Pela Integração dos Povos, é formada por movimentos sociais, Organizações Não Governamentais (ONGs), sindicatos e associações profissionais que se preocupam com os impactos das negociações de comércio internacional sobre os direitos e as condições de vida da população brasileira, e que buscam alternativas que assegurem estes direitos. Desde 2001, quando foi criada, a REBRIP tem realizado estudos, debates, atividades de capacitação, monitoramento, iniciativas de pressão e incidência, além de participar e promover mobilizações públicas de resistência aos acordos de livre comércio, seja no âmbito multilateral da Organização Mundial do Comércio (OMC), seja em relação aos acordos bilaterais e regionais.

A REBRIP resiste a tais acordos por considerar que eles concedem direitos aos investidores e às empresas transnacionais de violarem leis nacionais e desmantelarem políticas públicas que visam assegurar o acesso universal a serviços públicos de qualidade – inclusive a saúde –, a programas de incentivo a uma agricultura voltada para o mercado interno e para a segurança e soberania alimentar, a instrumentos de ativação de uma política industrial que crie empregos de qualidade, a políticas de proteção de nossas florestas, biodiversidade, bens comuns, cultura e educação.

Nossa rede se organiza em Grupos de Trabalho temáticos, de forma a facilitar o encontro e articulação de organizações que atuam em áreas afins. Dessa forma, o GT de Propriedade Intelectual reúne organizações sociais que atuam a favor do acesso público a saúde e aos medicamentos essenciais, monitorando as negociações internacionais e as políticas e programas do governo brasileiro, e realizando ações jurídicas, campanhas junto à opinião pública e outras iniciativas que contribuam para ampliar este acesso.

O GT de Agricultura reúne organizações e movimentos sociais do campo, visando defender a agricultura familiar e camponesa das negociações que buscam a liberalização do comércio internacional agrícola em benefício dos grandes grupos exportadores e das empresas transnacionais do setor de alimentos.

O GT Serviços é o espaço de encontro das organizações e movimentos sociais que atuam contra as privatizações e em defesa dos serviços públicos de qualidade – entre eles água, educação, saúde e energia – que são alvo do interesse das empresas transnacionais.

O GT Gênero reúne organizações de mulheres que se mobilizam para entender a dinâmica dos fluxos de comércio internacional e investimentos, e como os efeitos perversos das privatizações, da desregulação e da liberalização penalizam, em especial, o cotidiano das mulheres.

O GT Comércio e Meio Ambiente analisa e atua sobre a forma como os custos destas negociações recaem sobre o meio ambiente, resultando em uma crescente apropriação privada dos recursos naturais, de forma que os setores exportadores e as empresas transnacionais se utilizam de forma predatória de bens comuns como água, terra, sementes, biodiversidade, para aumentar seus lucros, deixando para a sociedade o ônus de pagar a conta.

O GT Parlamento monitora como estas negociações se desenvolvem no Congresso Nacional, buscando incidir sobre as propostas legislativas afins e sobre o seu processo de votação.

A diversidade de temas e questões trabalhadas pelos GTs encontra um terreno unitário e um pano de fundo comum na batalha que todos travam pelos direitos humanos em contraposição aos direitos das empresas transnacionais. Nossa luta é pelo amplo acesso aos bens comuns, com sustentabilidade, através do controle público sobre políticas que revertam o quadro de privatizações e liberalização indiscriminadas, que encontram nos acordos de livre comércio um importante veículo para o seu avanço.

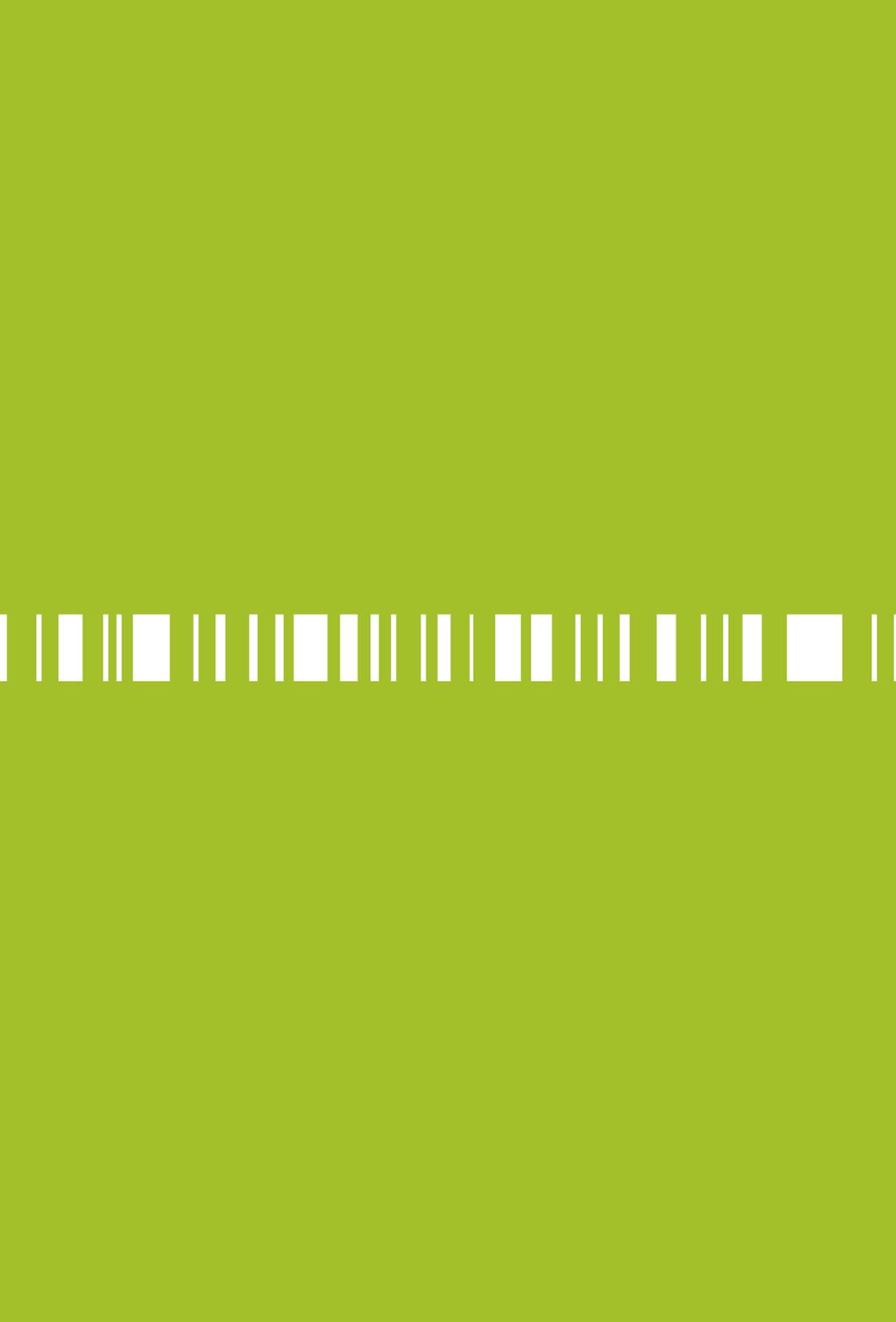
Ao promover o **Seminário Propriedade Intelectual: Interfaces e Desafios** o GT de Propriedade Intelectual deu uma contribuição ímpar a esta luta comum e à articulação entre as várias áreas de atuação da REBRIP, reunindo movimentos e organizações sociais que atuam em diversos segmentos relacionados ao debate sobre propriedade intelectual e articulando-os às demais áreas de atuação da nossa rede.

A AIDS como epidemia é resultado também de uma crise social, econômica e política. Trata-se de uma questão de desenvolvimento que deve ser enfrentada de forma integrada e articulada com outras questões e iniciativas de desenvolvimento como aquelas que estão refletidas e analisadas na publicação. É um esforço baseado na solidariedade entre todos os campos que a REBRIP agrega.

Esperamos que esta publicação contribua para que as interações desencadeadas durante o seminário rendam frutos permanentes, e que estes sejam capazes de fortalecer um amplo movimento de resistência à mercantilização do conhecimento, e de avanço da primazia dos direitos dos povos.

Fátima Mello

Secretária Executiva – REBRIP



MEDICAMENTOS



Direitos de Propriedade Intelectual e Acesso a Medicamentos

Gabriela Costa Chaves¹ & Maria Auxiliadora Oliveira²

Propriedade intelectual e saúde pública

Nos últimos dez anos, vem sendo observado um crescente debate sobre o tema dos direitos de propriedade intelectual no âmbito do setor saúde, especialmente após a entrada em vigor do Acordo TRIPS (Acordo sobre os Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio), que estabeleceu a obrigatoriedade de todos os países-membros da Organização Mundial do Comércio (OMC) de concederem patentes para cada um dos campos tecnológicos, incluindo o farmacêutico.

Se, por um lado, a proteção patentária constitui-se elemento essencial para a política industrial nos países que possuem empresas intensivas em inovações, por outro, ela possibilita o estabelecimento de altos preços que podem ter um impacto negativo no acesso a medicamentos.

Trata-se de um debate pouco maniqueísta, pois envolve diferentes atores com interesses muitas vezes divergentes. Resta avaliar se a garantia de um direito humano fundamental – o direito à saúde – e a garantia de um direito de propriedade – o direito de propriedade intelectual – podem coexistir sem conflitos.

O presente artigo discute a tensão existente entre a proteção patentária para produtos e processos farmacêuticos e o acesso a medicamentos no contexto do Acordo TRIPS e da epidemia de HIV/AIDS. Apresentam-se também as potenciais implicações negativas dos tratados de livre comércio (TLC) bilaterais e regionais para o acesso a medicamentos, que incluem dispositivos mais restritivos do que aqueles previstos no Acordo TRIPS.

¹ Farmacêutica, mestre em saúde pública, pesquisadora do NAF/ENSP/Fiocruz e farmacêutica da ABIA e MSF.

² Médica, mestre em medicina tropical, doutora em engenharia de produção, coordenadora do Núcleo de Assistência Farmacêutica da Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca da Fundação Oswaldo Cruz.

O que é uma patente?

Uma patente pode ser definida como um título de propriedade concedido pelo Estado, que assegura a seu titular exclusividade temporária para a exploração de uma determinada invenção. Em troca, todo o conhecimento envolvido no seu desenvolvimento e na sua produção deverá ser revelado para a sociedade (Barbosa, 2003b; Oliveira, 2000).

Uma invenção poderá ser patenteada quando atender aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. A invenção será considerada nova quando não estiver compreendida pelo estado da técnica, o que representa tudo aquilo que foi tornado público antes da data do depósito do pedido de patente. Ela será dotada de atividade inventiva quando não for considerada óbvia para um técnico no assunto. A aplicação industrial de uma invenção ocorre quando a invenção pode ser produzida ou utilizada em um processo industrial (Di Blasi *et al.*, 2002).

Diversas teorias fornecem elementos para compreender e justificar a necessidade de um sistema de patentes (Oliveira, 2000). A teoria do direito natural, a da recompensa, a do contrato social e a do estímulo são as mais frequentemente mobilizadas nos debates sobre os direitos de propriedade intelectual e sociedade.

A “teoria do direito natural” reconhece que a novidade deve pertencer ao seu inventor, uma vez que a invenção não existiria sem a sua criação. Assim, cabe à sociedade conceder a proteção do invento.

A “teoria da recompensa” declara que o inventor deve ter exclusividade na exploração do invento por um determinado período de tempo, como uma recompensa para a solução técnica encontrada que favorece a sociedade como um todo.

A “teoria do contrato social” pressupõe que a inexistência de alguma forma de proteção faria com o que inventor não tornasse pública a sua invenção. Assim, um “contrato” se estabelece entre a sociedade, representada pelo Estado, e o inventor; nele, o primeiro concede o direito exclusivo de exploração do invento por um determinado período de tempo, enquanto o segundo torna público



todo o conhecimento e os procedimentos utilizados no desenvolvimento da invenção.

A “teoria do estímulo” revela que o inventor deve ter o direito exclusivo para a exploração do invento, para a recuperação dos investimentos realizados no seu desenvolvimento, assim como para obter lucros provenientes de sua comercialização. Considera que a patente é um estímulo necessário para o crescimento de inovações.

Em resumo, a patente pressupõe uma “troca/negociação”, na qual os interesses entre público e privado são contemplados, ou seja, quando o Estado concede o monopólio temporário para a exploração, o titular da patente deve revelar toda a informação sobre a invenção. Entende-se, assim, que ambas as partes se beneficiam. Por isso, um sistema de patentes deve promover o equilíbrio adequado entre esses dois interesses.

Quando patentes são concedidas ao setor farmacêutico, observam-se algumas distorções que demandam uma análise mais aprofundada sobre a importância do sistema de patentes para a indústria farmacêutica, de um lado, e do medicamento como insumo essencial para a saúde, de outro.

A importância das patentes para a indústria farmacêutica

Segundo a taxonomia de Pavitt (1984) para as trajetórias dos setores tecnológicos, a indústria farmacêutica é considerada uma indústria intensiva em conhecimento (*science-based*), tendo como fonte de tecnologia a engenharia de produção, o investimento em pesquisa e desenvolvimento (P&D) e a ciência básica elaborada pelas instituições públicas.

A inovação é a principal estratégia utilizada por esse tipo de indústria para promover a competição e ganhar o mercado. Ela permite a diferenciação dos produtos mediante o desenvolvimento de novas entidades moleculares ou de modificação incremental e imitação de produtos existentes (Reis, 2004).

A apropriação das inovações se dá por meio do *know-how* da P&D, da proteção patentária, do sigilo dos processos e das economias de aprendizado dinâmico

(Pavitt, 1984). Dentre essas formas de apropriação, a patente é considerada a mais efetiva pois, ao conferir o monopólio temporário para a exploração da invenção, permite que as empresas pratiquem altos preços no mercado, garantindo o retorno seguro dos investimentos realizados em pesquisa, bem como em outras estratégias de alto risco envolvidas no processo de elaboração do produto (Reis, 2004; Hasenclever, 2002).

Além do desenvolvimento da entidade molecular, a caracterização dos seus efeitos no ser humano, assim como a realização dos ensaios pré-clínicos e clínicos exigidos para a obtenção do registro sanitário impõem altos custos para as empresas e chegam a representar a maior parte do investimento feito em P&D de um novo medicamento (Sherer, 1996).

Nessa perspectiva, a proteção patentária é uma estratégia para assegurar que as empresas inovadoras continuem investindo na evolução de novos produtos. Segundo Hasenclever (2002:14), as patentes são “um elemento fundamental para a apropriação dos benefícios futuros resultantes dos investimentos em pesquisa e desenvolvimento, que culminaram no desenvolvimento de um novo medicamento e criam vantagens absolutas de custos para as empresas que as detêm”.

Não obstante, a proteção conferida pela patente no setor farmacêutico vem sendo questionada por duas razões principais. Primeiro, porque os preços altos dos medicamentos novos representam uma das mais importantes barreiras para o acesso aos mesmos, principalmente pelas populações mais pobres do planeta (Rossi, 2003). Segundo, porque muitas patentes são concedidas para produtos e processos considerados triviais. Isto vem ocorrendo em função de os escritórios de patentes utilizarem conceitos muito flexíveis nos quesitos “novidade” e “atividade inventiva”, permitindo a proteção de produtos ou processos com modificações corriqueiras e, muitas vezes, estendendo indevidamente o tempo de duração do direito de exclusividade de determinados medicamentos (ver exemplo no Quadro 1); (Correa, 2004, 2001). Segundo Correa (2001:74), “parte substancial dos gastos em pesquisa e desenvolvimento que as empresas farmacêuticas dizem estar direcionando ao desenvolvimento de novos produtos, aplica-se na realidade à geração de uma ampla gama de patentes em torno de produtos existentes, com o claro propósito de estender o tempo de exercício dos direitos exclusivos”.

Quadro 1 - Exemplo de uso do sistema de patentes no setor farmacêutico

O medicamento paroxetina, usado como antidepressivo, foi primeiramente patenteado em 1977 pela empresa S/A Ferrosan. A patente fazia uma referência genérica à forma básica do composto e aos seus sais farmacologicamente aceitáveis. Entre os anos de 1979 e 1985, diversos artigos científicos evidenciaram que a forma cloridrato de paroxetina possuía o melhor perfil farmacocinético. No intuito de prolongar o monopólio do princípio ativo, a então empresa licenciada, Beechman, entrou com uma série de pedidos de patentes no período de 1985 a 1998. Muitos desses pedidos eram de patentes de processos que, segundo a literatura demonstra, eram absolutamente triviais no âmbito da química. No entanto, a Beechman conseguiu estender o monopólio conferido pela patente do cloridrato de paroxetina até o ano de 2006, ou seja, o produto que já deveria estar no domínio público desde 1997, está ainda protegido contra a entrada de novos concorrentes no mercado.

Trata-se de um típico caso de uso do sistema de patentes para a proteção de uma substância ativa de ampla difusão no mercado, feito através de diferentes processos que não trazem nenhuma novidade ou atividade inventiva e tampouco representam avanço terapêutico.

Fonte: *Tendencias em el patentamiento farmacéutico. Estudios de Casos* (Correa, 2001)

Características do mercado farmacêutico

O mercado farmacêutico pode ser considerado como exemplo perfeito de um mercado imperfeito. Em primeiro lugar, porque a concorrência é limitada devido à existência de oligopólios e monopólios causados por diferentes fatores. A segmentação e a conseqüente concentração do mercado por classes terapêuticas é um deles. São exemplos os casos da Roche, que já dominou 34,8% do mercado de vitaminas; da Shering, que ocupou 44,2% do mercado de corticóides; e da Johnson & Johnson, que possuía 34,8% do mercado de anti-helmínticos. A associação dessas empresas-líderes com outras que atuam no mesmo segmento de mercado de uma determinada classe terapêutica chega a ser maior do que 50%, caracterizando a formação de oligopólios (Bermudez, 1992; Marin *et al.*, 2003).

Conforme discutido anteriormente, a proteção por patentes é outra forma de impedir a concorrência. Os produtos químico-farmacêuticos podem ser facilmente copiados por empresas imitadoras, uma vez que a maioria dos métodos de química orgânica é extensamente difundida pela literatura. Essas empresas não despendem o mesmo tempo utilizado pela empresa inovadora para desenvolver o produto e também não precisam realizar todos os ensaios clínicos de eficácia e segurança realizados pela última (Reis, 2004). Assim, a patente representa uma importante estratégia para se obter o retorno financeiro do investimento feito em P&D, principalmente porque, ao retardar a entrada de outros concorrentes no mercado, possibilita o estabelecimento de preços extraordinários para os produtos protegidos (Gontijo, 2003; Pavitt, 1984).

As atividades de propaganda e marketing também contribuem para a formação de monopólios/oligopólios, porque interferem na percepção de médicos e usuários de medicamentos, promovendo a lealdade a marcas (Hasenclever, 2002; Reis & Bermudez, 2004).

Outra característica do mercado farmacêutico é o acesso limitado à informação. Por exemplo, quem consome o medicamento geralmente desconhece as informações relativas à qualidade, à segurança, à eficácia e ao uso do mesmo. Por outro lado, quem o prescreve ou trabalha diretamente com ele também tem acesso limitado à informação isenta de interesses. Isto porque parte importante das informações sobre o medicamento é produzida e divulgada pela própria empresa que o produz, a qual muitas vezes as divulga de forma enviesada, ressaltando os efeitos benéficos e omitindo os efeitos indesejáveis (Rego, 2000; Reis, 2004).

A capacidade de decidir sobre o que consumir também é limitada. Quem decide sobre o que deve ser consumido é aquele que prescreve, geralmente um médico. Quem consome é o paciente, mas quem muitas vezes paga a conta é o provedor de serviços de saúde. Este, por sua vez, para ampliar a cobertura de seu subsistema ou garantir a sua sustentabilidade financeira, procura operar com o menor custo possível (Rego, 2000).

É importante ressaltar também a não-elasticidade referente ao preço da demanda de medicamentos. O fato ocorre devido à essencialidade deste tipo de insumo e à baixa possibilidade de substituição (Hasenclever, 2002; Reis, 2004).



No entanto, ainda que o medicamento seja um bem que, ao ser indicado, deve ser consumido independente do seu preço, o determinante real do consumo é dado pelo nível de renda da população (Hasenclever, 2002).

Dados do International Market Service – IMS (*apud* MSF, 2002) evidenciam que 80% do mercado farmacêutico são consumidos por 20% da população mundial que vive nos países desenvolvidos. Adicionalmente, a relação entre o consumo de medicamentos e a renda também pode ser observada em âmbito nacional, não obstante o nível de desenvolvimento do país. No Brasil, por exemplo, os 15% da população que recebem acima de 10 salários mínimos consomem 48% dos medicamentos vendidos no país. Já os 51% da população que vivem com menos de quatro salários mínimos consomem apenas 16% (Brasil, 1998).

Por fim, considerando a estrutura do mercado farmacêutico, observa-se que ele não atende à demanda da maioria das populações dos países em desenvolvimento e dos menos desenvolvidos. A elaboração de medicamentos para o tratamento de enfermidades que atingem preferencialmente os países em desenvolvimento e os menos desenvolvidos, como a doença de Chagas, a leishmaniose, a malária, a tuberculose e outras, não constitui uma prioridade nem para as empresas e nem para os governos. A fim de caracterizar esses casos, para os quais existe uma falta de mercado devido ao baixo poder aquisitivo das populações atingidas e não há políticas públicas para minimizar o problema, os MSF (2002) propuseram o termo “doenças negligenciadas”. Chamam-se doenças globais aquelas que atingem todos os países, independente do nível de desenvolvimento – câncer, males do aparelho cardiovascular, enfermidades mentais e alterações neurológicas – e que representam o principal alvo de investimento das empresas. Outra área altamente lucrativa é a de tratamentos estéticos, o que inclui o cuidado de rugas, a alopecia, os emagrecedores, entre outros.

Concluindo, o mercado farmacêutico mundial apresenta uma série de distorções/falhas que o caracteriza como um mercado imperfeito. Retardar a entrada de novos concorrentes mediante proteção patentária garante o retorno financeiro para o investimento realizado na pesquisa e no desenvolvimento de novos produtos e constitui uma estratégia essencial para a maximização de lucros da indústria farmacêutica. Entretanto,

dificulta o acesso a medicamentos para um grande contingente da população mundial.

A importância dos medicamentos para as pessoas

Medicamentos salvam vidas e melhoram as condições de vida das populações. Quando utilizados adequadamente, são considerados como uma das estratégias terapêuticas de maior custo-efetividade, possibilitando que intervenções mais onerosas para o sistema de saúde sejam evitadas (OMS, 1993; Macsisaac *et al.*, 1994; Pepe & Osório-de-Castro, 2000). Adicionalmente, eles promovem a credibilidade dos serviços e das ações de saúde (MSH, 1997).

Por essa razão, o acesso a medicamentos vem sendo considerado como um componente essencial para a garantia de um dos direitos humanos fundamentais: o direito à saúde (Luiza & Bermudez, 2004). A mera disponibilidade e/ou existência do insumo farmacêutico não configura necessariamente o acesso a ele. Além disso, há que se considerar que ele tenha qualidade, seja corretamente indicado e utilizado e esteja disponível na hora certa e no local adequado a um preço acessível.

Segundo a OMS, mais de um terço da população mundial carece de acesso regular a medicamentos considerados essenciais. Esse quadro é mais grave em países da África e da Ásia, onde mais da metade da população não se beneficia deles (World Health Organization – WHO, 1988, 2001, 2002, 2003, 2005; Marin *et al.*, 2003).

Bermudez *et al.* (1999; *apud* Oliveira *et al.*, 2002:1432) definem acesso a medicamentos como “a relação entre a necessidade de medicamentos e a oferta dos mesmos, na qual essa necessidade é satisfeita no momento e no lugar requeridos pelo paciente (consumidor), com a garantia de qualidade e a informação suficiente para o uso adequado”.

O estudo do acesso a medicamentos, por sua vez, deve incluir atributos das necessidades da população e atributos de oferta a partir do provedor, devendo existir relações que se apresentem em dimensões mensuráveis.



WHO/MSH (2000) e Luiza (2003) propõem uma abordagem teórica para estudar/compreender o acesso a medicamentos. O modelo teórico proposto pelos autores é composto por cinco dimensões:

1. Disponibilidade – relação entre quantidade ofertada de serviço e necessidade real ou percebida dos usuários.
2. Capacidade aquisitiva – relação da capacidade do usuário de pagar pelos serviços ou produtos e o preço dos mesmos.
3. Acessibilidade geográfica – relação entre a localização da população usuária dos serviços de saúde e o percurso que esta faz para conseguir tais serviços.
4. Aceitabilidade – relação entre as “características dos produtos e serviços e as expectativas e necessidades dos usuários, bem como as normas técnicas e legais de funcionamento” (Luiza & Bermudez, 2004:51).
5. Qualidade de produtos e serviços – componente essencial do acesso que perpassa todas as dimensões anteriores.

A proteção patentária pode ter impacto em três dessas dimensões: na disponibilidade, na aceitabilidade e na capacidade aquisitiva. O estímulo à criação de novos produtos é passível de afetar as dimensões “disponibilidade” – entendida como a existência do medicamento – e “aceitabilidade”. Novos produtos podem representar avanço terapêutico quando são mais eficazes ou provocam menos efeitos adversos dos que os já existentes, ou por serem uma nova formulação capaz de facilitar a adesão dos pacientes ao tratamento (Reis, 2004).

A capacidade aquisitiva é a dimensão que merece maior atenção por ser, possivelmente, a mais afetada negativamente pela proteção patentária de produtos e processos farmacêuticos.

Encontrar o ajuste adequado entre os preços dos medicamentos e a capacidade aquisitiva dos usuários que visam adquiri-los tem sido, por diversas razões, um desafio para os governos de países desenvolvidos e em desenvolvimento. Os gastos com saúde estão crescendo em ritmo acelerado devido, principalmente, à incorporação de novas tecnologias, nas quais se inclui a fabricação de medicamentos.

Gastos com medicamentos chegam a representar de 10 a 20% das despesas com saúde em países desenvolvidos, e mais de 50% nos países em desenvolvimento (MSH/WHO, 1997; NIHCM, 2002a; HAI/WHO, 2003). Independente de ser o Estado ou as grandes seguradoras os provedores de medicamentos, a sustentabilidade do financiamento dessas novas tecnologias vem sendo questionada. Primeiro, porque os recursos são finitos em todos os países e não será possível prover tudo o que é ofertado no mercado. Segundo, porque muitas das tecnologias oferecidas nem sempre são as mais efetivas em custo quanto outras já existentes no mercado e vendidas a preços mais baixos.

Adicionalmente, a indústria farmacêutica tem lançado novos produtos para o tratamento de patologias para as quais já existem medicamentos não-patenteados e comprovadamente eficazes e seguros. A estratégia adotada é difundir para os médicos a idéia de que “o novo é sempre melhor”, induzindo-os a prescreverem medicamentos mais novos, na maioria das vezes muito mais caros, e que nem sempre representam uma vantagem terapêutica em relação ao tratamento antigo (NIHCM, 2000). Isto se reverte da maior importância no contexto atual, porque o Acordo TRIPS estabelece um período mínimo de vinte anos de vigência das patentes, durante o qual o detentor da patente terá todas as condições de influenciar os padrões prescritivos que irão garantir sua posição no mercado mesmo após a expiração da patente (Bermudez *et al.*, 2004a).

O documento da Organização Mundial da Saúde, intitulado “Como Desenvolver e Implementar uma Política Nacional de Medicamentos” (WHO, 2001), estabelece uma série de estratégias que os países devem adotar para alcançar o sucesso de cada uma das dimensões supracitadas de acesso a medicamentos. No que se refere à capacidade aquisitiva, o documento descreve como principais falhas no mercado farmacêutico, e que contribuem para a baixa capacidade aquisitiva dos países, a assimetria de informação e a falta de competição via preços entre os produtos (como consequência da proteção patentária e da lealdade às marcas). Em seguida, propõe estratégias para ampliar a capacidade aquisitiva dos países, dentre as quais se destaca a promoção da competição por meio da entrada de medicamentos genéricos no mercado. Para os produtos patenteados, ressalta a importância de se utilizarem todas as flexibilidades previstas no



Acordo TRIPS que permitam a promoção da entrada de medicamentos genéricos no mercado.

Dessa forma, a proteção patentária no setor farmacêutico envolve interesses distintos e contraditórios, pois se por um lado ela representa para a indústria farmacêutica uma importante forma de garantir o retorno do investimento, por outro, ela também possibilita o estabelecimento de preços elevados, podendo comprometer a capacidade aquisitiva dos governos de garantirem que suas populações tenham acesso regular aos medicamentos.

O Acordo TRIPS da Organização Mundial do Comércio

Para melhor compreender o significado do contexto apresentado pela assinatura e pela entrada em vigor do Acordo TRIPS, cabe descrever brevemente como se organizava até então o sistema internacional de propriedade intelectual.

A primeira iniciativa de harmonizar os direitos relativos à propriedade industrial ocorreu em 1883 com a realização da Convenção da União de Paris (CUP), que envolveu diversos países, dentre eles o Brasil. Constituiu-se como União porque representava um espaço comum de direito, o qual se baseava nos princípios da independência das patentes, do tratamento igual para nacionais e estrangeiros e dos direitos de prioridade³ (Di Biasi *et al.*, 2002). Nessa Convenção, os países tinham ampla liberdade para definir o que era patenteável em seus territórios nacionais segundo os seus progressos industriais (Barbosa, 2003b).

Assim como foi assinada a CUP, com o objetivo de criar um sistema internacional de propriedade industrial, também foi assinada, em 1886, a Convenção da União de Berna (CUB), que se refere aos direitos de autor.

³ A Independência das Patentes significa que a patente concedida em um país não tem relação alguma com a patente concedida em outro país, ou seja, a patente é um título cuja validade é nacional. O princípio de "Tratamento Igual para Nacionais e Estrangeiros" garante que todos os países signatários da União tenham as mesmas vantagens presentes nas legislações de cada país. Isto significa que os países não podem dar tratamento preferencial ou discriminatório em favor do nacional. Adicionalmente, caso as legislações nacionais apresentem prejuízo nos direitos previstos na Convenção, prevalece o que for nesta última estabelecido. O último princípio – Direitos de Prioridade – garante que o requerente de uma patente em um país tenha o direito de prioridade, por um prazo específico, para depositar o mesmo pedido em outros países signatários da CUP (Bermudez, 2000; Barbosa, 2003b).

Ela representava um espaço comum de direitos relacionados à proteção de obras artísticas e literárias.

Em 1893, a CUP e a CUB fundiram seus escritórios para criar o Escritório Unificado Internacional para a Proteção da Propriedade Intelectual – BIRPI. Em 1970, o BIRPI deu origem à Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), sediada em Genebra, Suíça (WIPO, 2003a).

A OMPI é uma organização das Nações Unidas responsável pela administração de diversos acordos internacionais relacionados à propriedade intelectual. Inicialmente, ela tinha como objetivos promover, em nível mundial, a proteção da propriedade intelectual e dar apoio administrativo às Uniões intergovernamentais estabelecidas por acordos internacionais (Oliveira, 2000). No entanto, o seu papel no sistema internacional de propriedade intelectual começou a enfraquecer quando o tema dos direitos de propriedade intelectual entrou na agenda do comércio internacional, durante a Rodada Uruguai do Acordo Geral Sobre Tarifas e Comércio (GATT – sigla do inglês *General Agreement on Tariffs and Trade*), que ocorreu entre 1986 e 1994. O GATT foi assinado em 1947 e representou um marco para as negociações multilaterais, com vistas a diminuir barreiras para o comércio internacional (Bermudez *et al.*, 2004b; Velásquez & Boulet, 1999).

A entrada do tema na agenda do GATT foi consequência de fortes pressões de setores industriais norte-americanos de computadores, *softwares*, microeletrônicos, produtos químicos, produtos farmacêuticos e biotecnologia. Um estudo publicado em 1987 pela Comissão do Comércio Internacional dos EUA mostrou que as empresas daquele país estavam perdendo US\$ 50 bilhões por ano por não existir um sistema de propriedade intelectual rígido o suficiente nos países onde seus produtos eram comercializados (Adede, 2003).

Algumas das razões que levaram os Estados Unidos a exercerem pressão para que o tema de propriedade intelectual se deslocasse da OMPI para o GATT é que neste último os países em desenvolvimento teriam um espaço limitado para definir a sua agenda, os mecanismos de sanções comerciais poderiam ser aplicados aos países não-adeptos dos padrões de proteção estabelecidos e porque haveria a possibilidade de se estabelecerem



padrões mais elevados de proteção da propriedade intelectual por meio da negociação de concessões a outras áreas comerciais, como a agricultura (Correa & Musungu, 2002).

Finalizada em abril de 1994, em Marrakesh, a Rodada Uruguai culminou com a assinatura de uma série de acordos multilaterais, dentre eles o Acordo TRIPS, e com a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC). A partir de então, a OMC passou a ser responsável pela administração de acordos comerciais multilaterais; pela organização de negociações futuras; por tentar identificar soluções para as controvérsias entre os países; pelo monitoramento de políticas comerciais dos países-membros; e em cooperar com outras organizações internacionais na elaboração de políticas econômicas em escala mundial (Velasquez & Boulet, 1999; Bermudez *et al.*, 2004b).

Enquanto a CUP possibilitava que os países definissem os campos tecnológicos passíveis de proteção patentária, o Acordo TRIPS estabeleceu o chamado “padrão mínimo” de proteção da propriedade intelectual, o qual incluía a obrigatoriedade de reconhecimento de patentes para *todos* os campos tecnológicos, incluindo a proteção de produtos e processos farmacêuticos. Na realidade, esse “padrão mínimo” elevou o padrão de proteção vigente nos países desenvolvidos, deixando os países em desenvolvimento e os menos desenvolvidos com um escopo reduzido de estratégias que pudessem favorecer as suas diferentes áreas de evolução.

É importante lembrar que países que hoje reivindicam um fortalecimento do sistema internacional de patentes passaram a reconhecer patentes para o setor farmacêutico apenas quando já tinham os seus parques industriais estruturados e com capacidade para competir no mercado internacional. Na Itália, por exemplo, o não-reconhecimento de patentes farmacêuticas possibilitou um importante crescimento de sua indústria nacional no período pós-guerra, quando o país conseguiu estabelecer a capacidade de inovar. Os Estados Unidos tiveram um significativo avanço de sua indústria farmacêutica ao não reconhecerem patentes para o setor farmacêutico, desenvolvendo então um programa de capacitação baseado nos conhecimentos produzidos pelos alemães no período da Primeira Guerra Mundial. O Japão só passou a reconhecer patentes para produtos farmacêuticos em 1976, quando já era o segundo produtor mundial de

produtos farmacêuticos e o seu mercado interno ser quase todo controlado por empresas nacionais (Bermudez, 1992).

Com a entrada em vigor do Acordo TRIPS e a criação da OMC, a OMPI aprovou duas resoluções, em 1994 e 1995, com o objetivo de melhor definir o seu papel no novo contexto do Sistema Internacional de Propriedade Intelectual. Tais resoluções conferem mandato a OMPI para fornecer assistência técnica, nos assuntos relacionados ao Acordo TRIPS, aos seus países-membros, bem como àqueles da OMC considerados como países em desenvolvimento. Isso legitimou a OMPI como organização técnica indispensável para a expansão dos padrões estabelecidos pelo Acordo TRIPS nos países em desenvolvimento (Correa & Musungu, 2002).

A partir de 2001, o Diretor Geral da OMPI instituiu a “Agenda de Patente da OMPI” (do inglês *WIPO Patent Agenda*), cujo objetivo é criar “mecanismos e programas através dos quais inventores e indústria poderão ter acesso a sistemas efetivos de patentes, em níveis nacional, regional e internacional, que os favoreçam a obter, manter e implementar suas patentes globalmente” (Correa & Musungu, 2002: 5). Conforme ressaltam Correa & Musungu (2002:5), considerando que o Acordo TRIPS estabelece de forma clara os padrões mínimos de proteção da propriedade intelectual, a Agenda de Patente da OMPI só pode visar a padrões mais elevados de proteção e harmonização.

Bermudez *et al.* (2000) discutem que a patente representa um instrumento de política econômica cuja adaptação deve acompanhar o estágio de desenvolvimento social e econômico de cada país. Nessa perspectiva, cabe perguntar: quem se beneficia com o estabelecimento de padrões mínimos para todos os países-membros da OMC, independente do nível de desenvolvimento?

Penrose (*apud* Tachinardi, 1993) considera que os benefícios da concessão de proteção patentária por um país predominantemente importador de invenções estrangeiras são questionáveis. Segundo a autora, o monopólio conferido pela patente produz efeitos, como os aumentos do preço do produto importado, da taxa de inovação do país exportador e da disponibilidade de informação tecnológica das invenções patenteadas. No entanto, ao analisar a relação custo/benefício desse sistema para os países



em desenvolvimento, a autora considera que os custos são arcados pelo país importador, enquanto os benefícios revertem quase exclusivamente para o país exportador.

Documento do Banco Mundial (World Bank, 2001) reforça esta posição na medida em que afirma que no curto prazo os países em desenvolvimento apresentam um considerável ônus para administrar o novo sistema de patentes e por pagarem pela entrada de novas tecnologias, enquanto os benefícios no longo prazo são incertos de serem alcançados.

Correa (2003) recomenda que países em desenvolvimento precisam buscar a integração entre as políticas relativas aos direitos de propriedade intelectual e as políticas de desenvolvimento nacional, considerando as áreas de crescimento industrial, saúde pública, segurança alimentar, educação e outras. Nesse sentido, ao contrário do que vem ocorrendo, os representantes dos diferentes setores envolvidos deveriam participar dos processos decisórios sobre questões relacionadas aos direitos de propriedade intelectual. A exclusão desses atores das arenas de negociação pode comprometer a adequada construção de um sistema de propriedade intelectual que, além de estar de acordo com as regras internacionais, também deve estar pactuado com os interesses nacionais.

No caso da reforma do sistema de patentes, é importante que os seguintes aspectos sejam considerados: 1. proteção do meio ambiente; 2. proteção da saúde pública; 3. promoção da competição; 4. promoção da transferência de tecnologia; 5. proteção dos consumidores; 6. apoio aos pequenos produtores; 7. respeito aos direitos do inventor de ser compensado por sua contribuição e pelo progresso científico.

O país que levar em consideração a “proteção da saúde pública” precisará elaborar uma legislação de propriedade industrial sensível à saúde. Isto significa incorporar todas as flexibilidades que habilitem os governos a atuarem de forma eficiente no campo da saúde pública e que lhes garantam uma abordagem industrial pró-competitiva (Correa, 2000; Oliveira *et al.*, 2004; Chaves & Oliveira, 2006).

As flexibilidades do Acordo TRIPS de interesse para a saúde

As flexibilidades previstas no Acordo TRIPS de interesse para o setor saúde (Quadro 2) são aquelas que favorecem, em diferentes níveis, a entrada de medicamentos genéricos no mercado. Tal como discutido anteriormente, a competição reduz os preços dos medicamentos, favorecendo o acesso a eles mediante o aumento da capacidade aquisitiva das pessoas e dos governos.

Adicionalmente, é importante ressaltar que a incorporação dessas flexibilidades na legislação nacional pode minimizar os potenciais efeitos negativos dos direitos conferidos pela patente na implementação de políticas de desenvolvimento econômico e social.

Quadro 2 - Flexibilidades previstas no Acordo TRIPS de interesse para a saúde

Flexibilidade de interesse para a saúde	Artigos do Acordo TRIPS
Período de transição para o reconhecimento de patentes para produtos e processos farmacêuticos	Artigos 65 e 66
Importação paralela	Artigo 6
Uso experimental	Artigo 30
Exceção Bolar	Artigo 30
Licença Compulsória	Artigo 31
Atuação do setor saúde nos processos de análise dos pedidos de patentes farmacêuticas	Artigo 8 (implícito)

O Acordo TRIPS estabeleceu dois tipos de períodos de transição para a adequação das legislações nacionais aos padrões nele vigentes conforme o nível de desenvolvimento de cada país. Para a reformulação da legislação, os países tiveram os seguintes prazos:



- 1 ano (até 1996) para os países desenvolvidos.
- 5 anos (até 2000) para os países em desenvolvimento.
- 11 anos (até 2006) para os países menos desenvolvidos.

Os países em desenvolvimento que não reconheciam patentes para determinados campos tecnológicos no período anterior à entrada em vigor do Acordo TRIPS tiveram um prazo adicional de cinco anos (até 2005) para fazê-lo, ou seja, aqueles países que não concediam patentes para o setor farmacêutico antes do TRIPS tinham o direito de continuar a não concedê-las até janeiro de 2005.

Para os países menos desenvolvidos que não reconheciam patentes, especificamente para o setor farmacêutico, foi estabelecido um prazo adicional de dez anos (até 2016) para fazê-lo por meio da aprovação da Declaração sobre o Acordo TRIPS e Saúde Pública (conhecida como Declaração de Doha) em 2001 (WTO, 2001).

Como os países poderiam beneficiar-se com o uso dessa flexibilidade? Primeiro, para aqueles que possuíam um parque industrial nacional de medicamentos, essa flexibilidade permitiria que suas empresas produzissem medicamentos genéricos. Isto possibilitaria a comercialização de produtos a preços mais baixos, bem como contribuiria para aumentar a capacitação tecnológica do setor. É claro que a mera existência da flexibilidade não é suficiente para promover o desenvolvimento tecnológico nacional, o qual geralmente é consequência de uma política industrial.

Para os países que não possuíam um parque industrial nacional, o fato de haver tal flexibilidade não necessariamente contribuiria para o seu desenvolvimento. No entanto, possibilitaria a importação de medicamentos genéricos a menores preços, assim como – e quando fosse o caso – o estabelecimento de uma política industrial que promovesse a diminuição da sua dependência científica e tecnológica (Musungu & Oh, 2005).

Estudos desenvolvidos por Oliveira *et al.* (2004b) e Chaves & Oliveira (2004; 2006) analisaram a incorporação das flexibilidades previstas no Acordo TRIPS favoráveis às políticas de acesso a medicamentos nas legislações de propriedade industrial de países da América Latina e

Caribe.⁴ No escopo de legislações analisadas, foi possível identificar que alguns países previram de forma parcial um período de transição para o reconhecimento de patentes no setor farmacêutico: Argentina (até 2001), Brasil (até 1997), Honduras (até 1999), Paraguai (até 2003) e Uruguai (até 2001).

Chama a atenção o caso do Brasil que, embora dispusesse de um parque industrial de medicamentos – tanto público como privado – em virtude de pressões feitas pelos Estados Unidos desde a década de 80 (Tachinardi, 1993), assim como de sanções comerciais em outros setores da economia brasileira, acabou não se beneficiando dessa flexibilidade. A Índia foi um país que a incorporou plenamente em sua legislação e a utilizou de forma eficiente. O país possui um amplo parque industrial composto majoritariamente de empresas nacionais que são responsáveis por pelo menos três quartos do mercado nacional (Chaudhuri, 2005a).

Aproveitando-se do período de transição até 2005, as diferentes empresas nacionais puderam produzir medicamentos anti-retrovirais (ARV) já protegidos por patentes em muitos países e, com a competição existente entre elas, foi possível praticar um dos menores preços mundiais (Chaudhuri, 2005b). É evidente que o uso adequado dessa flexibilidade aconteceu em decorrência de uma clara política de incentivo à indústria farmacêutica nacional, o que vem ocorrendo desde a década de 70.⁵

Chama a atenção também o caso da maioria dos países menos desenvolvidos da África que, embora tivessem até 2016 para conceder a proteção patentária para o setor farmacêutico, já o faziam muitas

⁴ Os autores analisaram legislações de propriedade industrial dos seguintes países: Argentina, Barbados, Belize, Brasil, Comunidade Andina (Bolívia, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela), Costa Rica, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, República Dominicana, Trinidad e Tobago e Uruguai.

⁵ Chaudhuri (2005a:20) destaca quatro fatores que contribuíram para o crescimento da indústria farmacêutica nacional na Índia: "1. a tradição de desenvolvimento de tecnologias de processo das empresas nacionais; 2. as externalidades associadas com o estabelecimento de duas empresas públicas principais; 3. a associação muito próxima entre os fabricantes e os laboratórios públicos; e 4. políticas de patente e industrial desde os anos 70". Na realidade, desde a Lei de Patentes de 1970, a Índia deixou de reconhecer patentes para produtos farmacêuticos..



vezes – antes mesmo da entrada em vigor do Acordo TRIPS – como consequência da adesão a outros tratados regionais⁶ (Thorpe, 2002).

A flexibilidade conhecida como importação paralela permite que o país importe um produto protegido por patentes de um outro país, onde esse mesmo produto foi colocado no mercado pelo detentor da patente ou por terceiros por ele autorizados. Segundo a doutrina da exaustão de direitos, ao comercializar o produto no país exportador, os direitos do detentor da patente já foram reconhecidos, não havendo justificativa, portanto, para que ele seja novamente recompensado pelo país importador (Correa, 2000).

Qual é a importância dessa flexibilidade para as políticas de acesso a medicamentos? Sabe-se que as empresas farmacêuticas transnacionais, com o objetivo de maximizar lucros, estabelecem preços diferenciados para um mesmo medicamento nos diferentes países. Assim, as empresas podem vender seus produtos a preços baixos nos países em desenvolvimento e nos menos desenvolvidos, e a preços mais altos nos países desenvolvidos (CIPR, 2002). No entanto, como ressalta Reis (2004), alguns produtos apresentam preços mais altos nos países em desenvolvimento do que nos países desenvolvidos. Além disso, existem diferenças importantes nos preços de produtos entre países com os mesmos níveis de renda (Reis & Bermudez, 2004).

Dessa forma, a existência da importação paralela nas legislações nacionais dos países em desenvolvimento e dos menos desenvolvidos possibilita a aquisição de um medicamento de onde ele estiver sendo comercializado ao menor preço, o que aumenta a sua capacidade de

⁶ Na África, existem duas importantes organizações relativas aos direitos de propriedade intelectual: 1. Organização Africana da Propriedade Intelectual (OAPI – sigla do inglês *African Intellectual Property Organisation*), que tem como membros Benin, Burkina Faso, Camarões, República Democrática do Congo, Costa do Marfim, Guiné Equatorial, Guiné, Gabão, Guiné Bissau, Mali, Mauritânia, Nigéria, Senegal, Chad e Togo; e 2. Organização Regional Africana de Propriedade Industrial (ARIPO – sigla do inglês *African Regional Industrial Property Organisation*), que tem como membros Botswana, Gâmbia, Ghana, Kenya, Lesotho, Malawi, Mozambique, Sierra Leone, Somália, Sudan, Swaziland, United Republic of Tanzânia, Uganda, Zâmbia e Zimbábue. Os membros da OAPI fazem parte do Acordo de Bangui (1977) que incluía a proteção de produtos farmacêuticos, enquanto os membros da ARIPO eram adeptos, dentre outros protocolos, do Protocolo de Harare, que também previa a proteção de produtos farmacêuticos (Thorpe, 2001).

compra. Países como a Argentina, Costa Rica, Comunidade Andina,⁷ Guatemala, Honduras, Nicarágua, Paraguai, República Dominicana e Uruguai (Oliveira *et al.*, 2004b; Chaves & Oliveira, 2004; 2006) prevêem este tipo de flexibilidade.

A flexibilidade “uso experimental” possibilita que o país faça uso da invenção patenteada para fins de investigação científica. Na realidade, esta é uma das formas de se promover um certo equilíbrio entre os interesses do detentor da patente e os interesses nacionais, porque permite a utilização da informação revelada pela patente com o objetivo de promover o desenvolvimento científico e tecnológico do país. (Correa, 2000, Barbosa, 2003b). Citando novamente os estudos de Oliveira *et al.* (2004b) e Chaves & Oliveira (2004; 2006), foi possível identificar este dispositivo na legislação de todos os países estudados.

Uma outra flexibilidade que deriva do uso experimental e tem importância para as políticas de promoção ao acesso de medicamentos é a chamada “exceção Bolar” ou “trabalho antecipado”. Trata-se da possibilidade de utilização da invenção patenteada para a realização dos testes necessários para a obtenção da autorização de comercialização do medicamento (registro sanitário). Assim, um produtor pode solicitar registro sanitário para um medicamento genérico durante o período de vigência da patente, de modo que, imediatamente após a sua expiração, o medicamento tenha condições de ser lançado no mercado.

Os Estados Unidos foram os primeiros a prever esse tipo de flexibilidade, quando em 1984 foi aprovada a *Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act* (conhecida também como *Hatch-Waxman Act*). Diante da existência de pelo menos 150 produtos com patentes expiradas sem nenhum medicamento genérico equivalente no mercado devido, principalmente ao longo do processo de aprovação para comercialização na agência reguladora daquele país, a *Food and Drug Administration* (FDA), e da legislação de patentes vigente no período anterior a 1984, a nova legislação buscou uma solução para os dois problemas. Primeiro, passou a permitir

⁷ Os países que compõem a Comunidade Andina são Bolívia, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela. Foi analisada a Decisão 486, de 2000, que estabelece regras relativas aos direitos de propriedade industrial para os cinco países (Oliveira *et al.*, 2004b).

o uso da invenção patenteada para fins de obtenção do registro sanitário. Segundo, não mais exigiu que o produtor de genérico repetisse todos os testes de segurança e de eficácia para o medicamento, possibilitando assim que a agência reguladora se baseasse nos dados apresentados pelo primeiro depositante do produto. Cabia ao solicitante apresentar apenas os dados que evidenciassem que o seu produto genérico possuía o mesmo princípio ativo, a mesma via de administração, dose e bioequivalência do produto inovador (Chaudhuri, 2005c; Chien, 2003).

O Canadá previu na seção 55.2 de sua legislação de patentes (1993); (WIPO, 2005) tanto a possibilidade de realização dos testes necessários para a obtenção de registro sanitário (a exceção Bolar propriamente dita), quanto a faculdade de produzir e armazenar o medicamento genérico para que o mesmo fosse lançado no mercado imediatamente após a expiração da patente. Estes dois dispositivos foram questionados pela União Européia no âmbito da OMC, com o argumento de que não estavam em concordância com o artigo 30 do Acordo TRIPS. O painel na OMC concluiu que a exceção Bolar era coerente com o disposto no referido artigo do TRIPS, enquanto a possibilidade de armazenar o produto ainda sob proteção patentária não se adequava aos dispostos no Acordo (UNCTAD-ICTSD, 2002; Correa, 2000).

Vale ressaltar que o uso de tal flexibilidade tem dupla vantagem para o país, pois além de favorecer a rápida entrada de medicamento genérico no mercado, também proporciona o aprendizado pelo uso da informação sobre a invenção.

A licença compulsória é um instrumento essencial para uma legislação de propriedade industrial que seja sensível à saúde, pois possibilita minimizar ou anular os efeitos negativos advindos do abuso dos direitos conferidos pela patente. Consiste na autorização concedida pelo Estado a uma terceira parte para o uso da invenção patenteada sem o consentimento do detentor da patente (Correa, 2000). Na realidade, a licença compulsória há muito tempo é considerada como uma estratégia potencial para regular o custo do monopólio conferido pela patente (Penrose, 1951 *apud* Chaudhuri, 2005c).

No contexto da vigência do Acordo TRIPS, muitas Organizações Não-Governamentais (ONGs) internacionais, como Médicos Sem Fronteiras

(MSF), Health Action International (HAI) e Consumer Project on Technology (Cptech) passaram a ressaltar o uso da licença compulsória como estratégia para expandir o acesso a ARVs e, em março de 1999, organizaram um primeiro encontro para debater o tema (T’Hoen, 2002).

Os Estados Unidos prevêem o uso de licença compulsória em sua legislação *antitrust* e já a utilizaram inúmeras vezes no setor farmacêutico como forma de remediar práticas anticompetitivas.

Nas décadas de 60 e 70, o exército daquele país produziu e utilizou tetraciclina e meprobamato sem a autorização dos detentores das respectivas patentes. No mesmo país, durante a década de 80, foi concedida uma licença compulsória para a insulina, produzida pela empresa Eli Lilly, sob o argumento de que a empresa estava envolvida em uma conspiração com outros fabricantes de insulina. Ela foi obrigada a licenciar o *know-how* e os direitos relativos às patentes existentes e futuras de produtos relacionados à insulina (Chien, 2003).

Ainda nos Estados Unidos, durante a década de 90, várias licenças compulsórias para medicamentos foram concedidas com o intuito de minimizar monopólios decorrentes de fusões de empresas que dominavam o mercado de uma mesma classe terapêutica. Por exemplo, em 1992, a empresa Merrioux, que controlava o mercado de vacinas anti-rábicas, fundiu-se com a empresa Connaught, que era seu potencial concorrente. A fusão consolidou um forte monopólio, que foi imediatamente minimizado pela emissão de uma licença compulsória pela Comissão Federal do Comércio (FTC – do inglês *Federal Trade Commission*), possibilitando que outras empresas produzissem o produto, o que promoveu a competição no mercado.

Em 1997, ocorreu a fusão das empresas Ciba-Geigy e Sandoz com a Novartis. A empresa resultante também teria o controle de uma outra de biotecnologia – a Chiron. Considerando que elas competiam em vários produtos, a FTC considerou que esta fusão representava uma violação à legislação *antitrust* daquele país. Por esta razão, foi concedida uma série de licenças compulsórias para produtos de interesse sanitário (Correa, 1999).



O caso do Canadá é ainda mais emblemático, porque o uso das licenças compulsórias para o setor farmacêutico possibilitou a expansão da indústria nacional de medicamentos genéricos. A partir das modificações feitas na legislação de patentes em 1969, tornou-se possível emitir uma licença compulsória tanto para produzir um medicamento, como para importar o produto acabado obtido a partir de um processo patenteado. Isto resultou na concessão de 613 licenças compulsórias para o setor farmacêutico durante o período de 1969 e 1992 (Chaudhuri, 2005c; Chien, 2003).

Sob pressão dos Estados Unidos, o Canadá foi obrigado a abolir essa prática para que pudesse aderir ao Tratado de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA – do inglês *North America Free Trade Agreement*), que envolve também o México (Love, 2001).

Os Estados Unidos utilizaram a licença compulsória como instrumento para pressionar a redução de preços de medicamentos. Em 2001, diante da ameaça de ataque bioterrorista com o Antrax, cujo tratamento envolve o uso de um antibiótico patenteado (o ciprofloxacino da Bayer), assim como do aumento excessivo do seu preço em função da demanda, o governo daquele país ameaçou a empresa detentora da patente com a emissão de uma licença compulsória. Neste contexto, a Bayer optou por reduzir o preço do produto. Abbott (2002 *apud* Chaudhuri, 2005c) chama a atenção para o fato de que nem o governo alemão nem a União Européia ameaçaram os Estados Unidos com sanções comerciais por causa da possibilidade de se emitir a referida licença compulsória.

Já no Brasil, em 2005, diante da ameaça do governo de emitir uma licença compulsória de interesse público para o medicamento ARV Kaletra (Lopinavir/Ritonavir), lobistas da indústria farmacêutica transnacional desencadearam uma forte mobilização na FTC dos Estados Unidos para que fossem estabelecidas sanções comerciais para produtos brasileiros de outros setores industriais (O Globo, 2005).

Em que pese a licença compulsória ser um instrumento potencialmente útil para a expansão do acesso a medicamentos, a sua concreta implementação nos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos

encontra uma série de barreiras, dentre as quais se destacam as seguintes (Oliveria *et al.*, 2004b; CIPR, 2002):

1. Existência de um arcabouço legal e administrativo para que ela seja facilmente aplicada.
2. Ameaça de sanções comerciais dos países desenvolvidos, em face da assimetria de poder e de dependência.
3. Baixa capacidade de produção local. O artigo 31(f) do Acordo TRIPS estabelece que o produto-alvo de licença compulsória poderá ser produzido para abastecer predominantemente o mercado interno. Embora esta questão tenha sido amplamente abordada na Declaração de Doha e na Decisão da OMC de 30 de agosto de 2003 (a ser discutida no próximo tópico), ela permanece como importante barreira.
4. O licenciado tem que ser auto-suficiente para produzir o objeto-alvo da licença compulsória.
5. Trata-se de um investimento de alto risco, uma vez que o licenciado terá que selecionar, direcionar e dedicar tempo para o desenvolvimento de um determinado produto, tentar a licença compulsória e, ainda, correr o risco de o fabricante do produto inovador praticar temporariamente um preço mais baixo no mercado.

Adicionalmente, conforme discute Chaudhuri (2005c), o Acordo TRIPS, artigo 31, estabelece procedimentos que podem tornar os processos difíceis e demorados, destacando-se os seguintes:

1. Quem solicita a licença terá que comprovar capacidade em produzir o produto patenteado.
2. Salvo nas situações de emergência nacional, extrema urgência e uso público não-comercial, o solicitante da licença compulsória deverá antes tentar uma licença voluntária.
3. A validade da licença compulsória e a remuneração do detentor da patente poderão ser alvos de revisões judiciais.
4. A licença terá validade somente pelo período necessário para atender ao problema para o qual se justificou sua concessão.

O mesmo autor, ao discutir a reforma do sistema de patentes na Índia para adequação ao Acordo TRIPS, considerou a licença compulsória difícil de

ser utilizada pelo governo. Além disso, ela envolve procedimentos mais restritivos do que aqueles estabelecidos no Acordo TRIPS.

Ao contrário do que é proposto pelo CIPR (2002) para um efetivo sistema de licença compulsória, ou seja, que envolva procedimentos diretos, transparentes e rápidos, a legislação indiana prevê um longo processo, o qual não estabelece um prazo-limite para a concessão da licença. Inclui, por exemplo, a publicação do pedido de licença em revista oficial, tempo para o detentor da patente se opor a ele, e muitas outras instâncias de contestação que podem contribuir para a demora na concessão.

Os estudos de Oliveira *et al.* (2004b) e Chaves & Oliveira (2004; 2006) mostram que ainda que quase todos os países estudados tenham a licença compulsória em suas legislações de propriedade industrial, muitos deles não previram a totalidade das condições em que ela poderia ser emitida, o que reduz as possibilidades de sua utilização por parte do governo.⁸ Destaca-se o caso do Panamá, que não possui o dispositivo de licença compulsória na legislação de patentes.

Por último, vale discutir brevemente o caso da participação do setor saúde na concessão de patentes para o setor farmacêutico. Trata-se de um dispositivo previsto na legislação de propriedade industrial brasileira, que foi incluído na Lei 10.196/01 (Brasil, 2001). Essa lei emendou a Lei 9.279/96 (Brasil, 1996) e estabeleceu em seu artigo 229-c que a concessão de patentes para produtos e processos farmacêuticos estará condicionada à anuência prévia da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

O papel da ANVISA, portanto, é o de averiguar se os requisitos de patenteabilidade – novidade, atividade inventiva e aplicação industrial – são realmente atendidos. O fato reveste-se da maior importância porque, como foi dito anteriormente, um frágil sistema de patentes permite que invenções

⁸ A Declaração de Doha (WTO, 2001), em seu parágrafo 5, reconhece o direito dos Estados-membros da OMC de determinarem as condições em que as licenças compulsórias poderão ser emitidas. Thorpe (2002), Correa (2000), Barbosa (2003) e Oliveira *et al.* (2004b) destacam as seguintes: falta de exploração da patente (o produto ou processo patenteado não é comercializado no país depois de um período de três anos), interesse público (como proteção da saúde pública), emergência nacional, remediar práticas anticompetitivas, falha em obter a licença voluntária em condições aceitáveis, falta de produção local e de patentes dependentes.

previamente protegidas por patentes tenham seu monopólio estendido por causa de pequenas modificações que não necessariamente atendem aos três requisitos de patenteabilidade.

O objetivo precípua do instituto da anuência prévia é “proteger o interesse social de possíveis riscos à saúde pública e ao desenvolvimento tecnológico do país” (Basso, 2004). Por essa razão, a ANVISA tem o papel de facilitar o processo de análise dos pedidos de patentes, transferindo técnicos especializados na área de medicamentos para o INPI.

Chaves & Oliveira (2006) argumentam que a anuência prévia da ANVISA é uma flexibilidade prevista de forma implícita no artigo 8 do Acordo TRIPS, o qual garante o direito dos Estados-membros da OMC de “adotarem medidas necessárias para proteger a saúde pública e a nutrição e para promover o interesse público em setores de vital importância para o desenvolvimento socioeconômico e tecnológico, desde que compatíveis com o disposto no Acordo”, e de prevenir-se contra o uso abusivo do direito de propriedade intelectual e de práticas restritivas ao comércio ou que sejam adversas à transferência de tecnologia (WTO, 1994).

Finalmente, pode-se afirmar que embora o Acordo TRIPS preveja flexibilidades que podem promover o acesso a medicamentos, elas não estão sendo incorporadas às legislações dos países em desenvolvimento ou dos menos desenvolvidos. Dentre as razões apresentadas por Musungu *et al.* (2004), havia a falta de técnicos especializados e o fato de muitos países receberem assistência técnica da OMPI, o que reforçou o modelo de sistema de patentes proposto pelos Estados Unidos e pela Europa.

Chaudhuri (2005c) também destaca outras duas estratégias adicionais que os Estados Unidos vêm utilizando para impedir a incorporação ou o uso das flexibilidades do Acordo TRIPS, assim como para impor padrões restritivos de proteção da propriedade intelectual: 1. os tratados de livre comércio bilaterais e regionais com dispositivos TRIPS-plus; e 2. o uso de espaço de solução de controvérsias da OMS, em que se pode obter respaldo para impor sanções comerciais aos países discordantes.

Os dispositivos TRIPS-plus dos Tratados de Livre Comércio

O Acordo TRIPS representou a primeira iniciativa multilateral, no âmbito do comércio internacional, que teve como objetivo harmonizar os padrões de proteção da propriedade intelectual em nível mundial. No que tange ao setor saúde, o “padrão mínimo” nele estabelecido, que inclui o reconhecimento de patentes no setor farmacêutico, já impôs importantes desafios no que diz respeito à promoção do acesso aos medicamentos protegidos por patentes. Isto porque, ainda que o Acordo preveja flexibilidades, as mesmas não foram plenamente incorporadas às legislações nacionais de patentes, ou muitas vezes o foram de uma forma que inviabiliza ou dificulta o seu uso. Dessa maneira, o escopo das alternativas que permitiriam aos governos atuarem de forma eficiente no campo da saúde pública é bastante limitado.

Atualmente, a negociação e a assinatura de tratados de livre comércio (TLC) bilaterais e regionais entre países desenvolvidos – principalmente os Estados Unidos – e países em desenvolvimento têm sido objetos de preocupação de representantes do setor saúde, sendo considerados, por isso, pontos-chave na agenda internacional (Abbott, 2004; Oliveira *et al.*, 2004b; MSF, 2003; Drahos, 2001; Velásquez, 2004, PNUD, 2005; Oxfam, 2004). Tais tratados possuem um capítulo sobre propriedade intelectual, o qual dispõe a respeito de uma série de mecanismos mais restritivos do que aqueles previstos no Acordo TRIPS e, por essa razão, são chamadas de TRIPS-plus (Drahos, 2001). Cabe ressaltar que muitos desses mecanismos já tinham sido propostos por representantes dos países desenvolvidos durante as negociações do Acordo TRIPS. O problema é que no âmbito multilateral eles foram rejeitados pela maioria dos participantes, porque não atendiam aos interesses dos países em desenvolvimento e dos menos desenvolvidos (Abbott, 2004; Jorge, 2004). Em uma esfera regional ou bilateral, os Estados Unidos, que têm como moeda de barganha o acesso ao seu cobiçado mercado, possuem muito mais condição de impor a sua posição, até porque é enorme a assimetria de poder que geralmente existe entre os países envolvidos.

Muitos países já assinaram os TLC com os Estados Unidos, que incluem dispositivos TRIPS-plus, dentre eles: Jordânia, Singapura, Chile, América Central (República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicarágua e Costa Rica), Austrália e Marrocos (Abbott, 2004). Além disso, os Estados

Unidos estão em processo de negociação com a Comunidade Andina, a Área de Livre Comércio das Américas (que envolve mais de 30 países), Tailândia, Panamá, Barhain e países do sul da África (Oxfam, 2004).

No que se refere aos dispositivos que podem representar barreiras adicionais para a entrada de medicamentos genéricos no mercado ou mesmo barreiras para a implementação das flexibilidades do Acordo TRIPS, merecem destaque os seguintes: a) vigência das patentes acima de 20 anos; b) vínculo entre patentes e registro de medicamentos; c) restrições para o uso de licenças compulsórias; d) proteção dos dados não divulgados para a obtenção de registro sanitário; e) restrições para a matéria patenteável; e f) revogação das patentes (Jorge, 2004).

A Oxfam (2004) fez recentemente uma análise de cinco TLC, sendo que um deles – A ALCA – ainda não foi assinado. Os outros são o NAFTA (1994), o EUA-Chile (2003), o EUA-Singapura (2003) e DR-CAFTA (2004). No que se refere à vigência da patente, todos os cinco apresentam uma possibilidade para a sua extensão além de 20 anos por razões variadas, como justificar o atraso da concessão de registro de comercialização, ou pela demora na concessão da própria patente.

O vínculo entre patente e registro sanitário impossibilita que seja concedida autorização sanitária para a comercialização de um medicamento genérico quando o mesmo ainda estiver protegido por patente. Esse tipo de dispositivo inviabiliza o uso da flexibilidade exceção Bolar, pois ainda que todos os procedimentos necessários para a obtenção do registro sejam realizados no período anterior à expiração da patente, o pedido de registro somente poderá ser feito após a sua expiração. Isso confere um tempo adicional de monopólio às empresas detentoras das patentes dos medicamentos inovadores. Esse mecanismo está previsto nos tratados de livre comércio entre os EUA-Singapura, EUA-Chile, DR-CAFTA e ALCA (minuta da proposta de 2004); (Jorge, 2004; Oxfam, 2004).

A proteção dos dados não divulgados para a obtenção de registro sanitário permite que a empresa que obteve o primeiro registro sanitário para um medicamento se beneficie de um prazo de exclusividade sobre a informação apresentada ao órgão sanitário regulador para a obtenção do registro. O que isso significa exatamente?



Quando uma empresa solicita um registro sanitário para um medicamento novo na autoridade reguladora, é obrigada a apresentar dados sobre a segurança e a eficácia da nova entidade molecular. Esses dados são obtidos através de ensaios clínicos de fase I, II e III que, além de onerosos, levam em média cinco anos para serem realizados. Adicionalmente, há o tempo utilizado para a realização dos ensaios pré-clínicos (Oliveira *et al.*, 2001; Correa, 2002b; Barbosa, 2003b).

Tanto do ponto de vista técnico como do ético, não se justifica a realização de todos os testes já feitos e apresentados pelo primeiro solicitante do registro. Ao analisar o pedido de registro do produto genérico, o órgão regulador pode ter como base os dados divulgados pelo primeiro solicitante. A proteção dos dados por um período de tempo – geralmente cinco anos – representa uma barreira para que o produtor de medicamentos genéricos faça o seu registro tendo como base os seus produtos. Esse mecanismo cria um tipo de monopólio, mesmo quando o produto não é mais protegido por patentes (Jorge, 2004), ou seja, é mais uma barreira à entrada de concorrentes no mercado de medicamentos.

Argumenta-se que tal dispositivo está em consonância com o disposto no artigo 39 do Acordo TRIPS, que trata da proteção da informação confidencial contra a competição desleal. O parágrafo 3 estabelece que “Os Membros que exigirem a apresentação de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável, como condição para aprovar a comercialização de produtos farmacêuticos ou produtos agrícolas químicos que utilizem novas entidades químicas, protegerão esses dados contra seu uso comercial desleal. Ademais, os Membros adotarão providências para impedir que esses dados sejam divulgados, exceto quando necessários para protegerem o público, ou quando tenham sido adotadas as medidas para assegurar que os dados sejam protegidos contra o uso comercial desleal” (WTO, 1994).

Naverdade, o Acordo TRIPS em nenhum momento estabelece a impossibilidade de que o registro de medicamentos similares ou genéricos seja feito com base nos dados sobre segurança e eficácia realizados e apresentados no primeiro registro. A informação encaminhada ao órgão sanitário regulador não é divulgada, mas sim aproveitada como referência (Correa, 2002b). Os tratados

de livre comércio assinados entre EUA-Jordânia, EUA-Singapura, EUA-Chile, NAFTA, DR-CAFTA prevêem este tipo de dispositivo TRIPS-plus (Jorge, 2004; Oxfam, 2004).

As restrições para o uso de licenças compulsórias ocorrem devido à redução do escopo de condições que justifiquem a emissão de uma licença compulsória, o que contraria aquilo que ficou definido no parágrafo 5 da Declaração de Doha: os países “têm liberdade para determinar as bases em que tais licenças são concedidas”.

Conforme discute Abbott (2004), os dispositivos TRIPS-plus dos TLC criam uma rede de restrições e incertezas e configuram um conjunto de importantes barreiras para a entrada de medicamentos genéricos no mercado. Questiona o autor: “o que acontecerá se o produto-alvo de uma licença compulsória precisar obter a aprovação para comercialização? O licenciado terá o direito de obter a licença para comercialização durante o período de vigência da patente e quando os dados estiverem protegidos contra o ‘uso comercial desleal’ previsto no artigo 39.3 do Acordo TRIPS?” (2004:8).

Acesso a medicamentos na agenda da OMC

Em 2001, o tema de acesso a medicamentos entrou pela primeira vez na agenda da OMC durante uma reunião do Conselho de TRIPS,⁹ em junho. Um grupo de países africanos, liderado pelo Zimbábue, incluiu o tema na pauta do Conselho de TRIPS e propôs a elaboração de uma declaração especial que afirmasse que os interesses de saúde pública deveriam prevalecer sobre os interesses comerciais (Correa, 2002).

Em setembro, o Conselho de TRIPS dedicou um dia inteiro para discutir o tema do acesso a medicamentos. O Grupo Africano, apoiado por mais 19 países, apresentou uma proposta de declaração. Nesse mesmo evento, países desenvolvidos, como EUA, Japão, Suíça, Austrália e Canadá,

⁹ O Conselho de TRIPS conta com a participação de todos os países-membros da OMC e representa uma arena decisória para definir os temas que serão levados para as Conferências Ministeriais da OMC, que acontecem a cada dois anos. Assim como o Conselho de TRIPS, há outros Conselhos que administram diversos tratados da OMC visando definir a agenda das Conferências Ministeriais (Chaves, 2005).



elaboraram uma outra proposta que defendia a idéia de que a proteção da propriedade intelectual estimulava a pesquisa e o desenvolvimento de novos medicamentos, os quais seriam de extrema importância para resolver os problemas de saúde pública (T’Hoen, 2003).

Em novembro, durante a IV Conferência Ministerial da OMC, em Doha, Qatar, que dedicou três dias para a discussão do tema de propriedade intelectual e acesso a medicamentos, foi aprovada a Declaração sobre o Acordo TRIPS e Saúde Pública (WTO, 2001), que ficou internacionalmente conhecida como “Declaração de Doha”.

Esta declaração em nada modificou o Acordo TRIPS. Na realidade, é um importantíssimo instrumento político para que os países em desenvolvimento e os menos desenvolvidos possam implementar todas as flexibilidades e as salvaguardas previstas no Acordo relacionadas à proteção da saúde pública. Representou um importante marco na história das negociações comerciais multilaterais, porque deixou explícito o fato de que os medicamentos não poderiam ser tratados como simples mercadorias (Velásquez *et al.*, 2004).

Os parágrafos 1, 2 e 3 da Declaração ressaltam os seguintes pontos:

1. A gravidade dos problemas de saúde pública que atingem países em desenvolvimento e os menos desenvolvidos.
2. A necessidade de o Acordo TRIPS fazer parte de uma frente mais ampla de ação para enfrentar os problemas de saúde pública.
3. O reconhecimento de que a proteção da propriedade intelectual é importante para o desenvolvimento de novos medicamentos, mas que também pode afetar o preço dos mesmos.

O parágrafo 4 reafirma o princípio estabelecido no artigo 8 do Acordo TRIPS: o “Acordo TRIPS não previne e nem deve prevenir os Membros de tomarem medidas para proteger a saúde pública”, além de ressaltar a questão do acesso a medicamentos como um importante componente da política de saúde. Reafirma, por fim, “o direito dos Membros da OMC de usarem, plenamente, os dispositivos do Acordo TRIPS que fornecem flexibilidades para este propósito”.

O parágrafo 5 reconhece algumas das flexibilidades previstas no Acordo TRIPS, como licença compulsória e exaustão dos direitos de propriedade intelectual, reafirmando o direito dos países de definirem as condições em que poderão ser emitidas licenças compulsórias, incluindo as circunstâncias de extrema urgência e emergência nacional.

O parágrafo 6 reconhece que os países que não tiverem capacitação tecnológica para a produção de medicamentos encontrarão problemas para emitirem licenças compulsórias no contexto do Acordo TRIPS, e estabelece que o Conselho de TRIPS deveria encontrar uma solução expedita para esse problema até o final de 2002.

A falta de capacitação tecnológica para a produção local constitui uma barreira para a emissão de licença compulsória, porque o artigo 31 (f) do Acordo TRIPS estabelece que a produção sob licença compulsória deve destinar-se predominantemente ao abastecimento do mercado interno do próprio país em que a produção é realizada. Logo, os países produtores, que seriam capazes de suprir países sem capacidade de produção local, não poderiam exportar senão uma pequena parcela de qualquer medicamento produzido sob licenciamento compulsório (Bermudez *et al.*, 2004b; Correa, 2002). Isso representava uma barreira para uma importante estratégia de aquisição de medicamentos mais baratos.

Embora o prazo original para que o Conselho de TRIPS encontrasse uma solução para o Parágrafo 6 da Declaração fosse dezembro de 2002, em virtude de uma série de impasses entre os diferentes grupos de interesse e os países envolvidos, um consenso foi alcançado em agosto de 2003 (T'Hoën, 2003; Bermudez *at al.*, 2004).

Intitulada Decisão IP/C/W/405, de 30 de agosto de 2003 (“Implementação do Parágrafo 6 da Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e Saúde Pública”), a solução do problema estabelecido no Parágrafo 6 da Declaração de Doha envolve a suspensão temporária de alguns artigos do Acordo TRIPS, tendo como objetivo que o país sem capacitação tecnológica local possa emitir uma licença compulsória e importar produtos patenteados ou o produto obtido por processo patenteadado de um outro país, o qual também tenha emitido uma licença compulsória para exportar.



Novamente, para que a Decisão seja utilizada pelos países, ela precisa ser incorporada às legislações de patentes dos países interessados em utilizá-la, seja como potencial importador, seja como exportador (Correa, 2004). O uso da referida Decisão envolve as seguintes etapas:

1. O *país-membro importador* deverá notificar ao Conselho de TRIPS o interesse em utilizar o sistema como país importador. Deverá definir o nome e a quantidade de produtos necessários; provar que é um país menos desenvolvido¹⁰ e sem capacidade de produzir os produtos em questão; e confirmar que a licença compulsória já foi ou será concedida.
2. O *país-membro exportador* utilizará o sistema estabelecido na Decisão para produzir produtos farmacêuticos para exportar para o país-membro importador. Dessa forma, o país só poderá produzir sob os efeitos desta licença compulsória a quantidade estabelecida pelo país importador; os produtos produzidos sob esta licença deverão ser claramente identificados com uma rotulagem específica; os fornecedores deverão distinguir o produto dos outros através de embalagens, cores e formas diferentes; o licenciado deverá divulgar em página eletrônica a quantidade que está sendo fornecida e as características dos referidos produtos antes de enviá-los para o país importador; e o país deverá notificar ao Conselho de TRIPS a concessão da licença compulsória, incluindo as condições anexadas para isto.

O mecanismo legal previsto na Decisão é um “waiver” – suspensão temporária de um artigo – dos artigos 31 (f) e 31 (h) do Acordo TRIPS. O “waiver” do artigo 31(f) permitirá que o país exportador possa produzir o medicamento objeto de licença compulsória para exportar. O artigo 31(h) trata da remuneração do detentor da patente mediante a concessão de uma licença compulsória. Segundo a Decisão, o país exportador deverá remunerar adequadamente o detentor da patente segundo o estabelecido neste artigo do Acordo TRIPS, levando em conta o valor econômico do uso que foi autorizado no país exportador para o país importador. Quando a licença compulsória é concedida para os mesmos produtos no país

¹⁰ Na realidade, para tentar utilizar o sistema proposto pela Decisão enquanto país importador, o país deverá ser menos desenvolvido e Membro da Organização Mundial do Comércio. Caso outro país, Membro da OMC, deseje utilizar o sistema como importador, deverá notificar a sua decisão ao Conselho de TRIPS que, por sua vez, poderá aprovar ou não o pedido (Correa, 2004).

importador, a obrigação estabelecida no artigo 31 (h) deve ser suspensa no que diz respeito à necessidade de remunerar o titular da patente, porque isso já foi feito pelo país exportador.

Cabe ressaltar que até o momento nenhum país sem capacitação tecnológica no setor farmacêutico emitiu uma Licença Compulsória para importar medicamentos tendo como base a Decisão de 30 de agosto.

Na realidade, a Decisão foi duramente criticada pelas ONGs porque, ao estabelecer tantas etapas e procedimentos para o país importador e para o exportador, tornou o processo altamente oneroso e inviável (Fleck, 2003; Bermudez *et al.*, 2004).

Considerações finais

Desde a entrada em vigor do Acordo TRIPS, os dirigentes do setor saúde vêm enfrentando desafios e embates que assumiram diferentes conformações ao longo do tempo. Inicialmente, os países em desenvolvimento e os menos desenvolvidos depararam-se com a dificuldade e o pouco esclarecimento quanto à possibilidade de incorporação de flexibilidades do Acordo TRIPS que fossem de interesse para a promoção do acesso a medicamentos. Importantes avanços na discussão sobre o Acordo TRIPS e o acesso a medicamentos tomaram força a partir do confronto ocorrido entre o governo da África do Sul e os representantes de empresas transnacionais e dos governos de seus países-sede no período de 1998 a 2001.

A questão dos medicamentos entra na agenda da Organização Mundial do Comércio por meio da organização do bloco de países em desenvolvimento e menos desenvolvidos e, finalmente, culmina com a assinatura da Declaração sobre o Acordo TRIPS e Saúde Pública – a Declaração de Doha.

Apesar de a Declaração de Doha representar um importante instrumento político para os países em desenvolvimento e os menos desenvolvidos, a maioria dos países não incorporou plenamente todas as flexibilidades do Acordo TRIPS que lhes permitiriam adotar medidas para minimizar os efeitos negativos dos monopólios conferidos pelas patentes.



De forma concomitante, a estratégia dos países desenvolvidos – principalmente os Estados Unidos – de negociar e assinar tratados de livre comércio bilaterais e regionais impôs um novo risco para os países em desenvolvimento, qual seja, o de perderem a pequena margem de manobra conferida pelo uso das flexibilidades do Acordo TRIPS. As cláusulas TRIPS-plus desses tratados inviabilizam o uso das flexibilidades.

Esse cenário confirma o que Jorge (2004) chama de estratégia tridimensional adotada pelos países desenvolvidos para elevar o padrão de proteção da propriedade intelectual, que foi implementada em três estágios: o primeiro ocorreu no nível global, que consistiu em incluir o tema da propriedade intelectual na Rodada Uruguai, a qual culminou com a assinatura do Acordo TRIPS; o segundo se deu no nível regional e compreendeu as negociações sub-regionais de acordos de livre comércio, como o NAFTA e o DR-CAFTA; enquanto o terceiro está sendo realizado no nível bilateral, com diversos acordos assinados entre os Estados Unidos e países como Chile, Jordânia, Singapura e outros. Tal estratégia tem como clara finalidade favorecer os interesses das empresas sediadas nos países desenvolvidos.

O acesso a medicamentos certamente será dificultado com o fim do período de transição para o reconhecimento de patentes destinadas ao setor farmacêutico na Índia. Isso significa que qualquer medicamento novo e que represente um concreto avanço terapêutico estará protegido da concorrência por vinte anos, permitindo que a empresa detentora da patente estabeleça o preço que melhor atenda aos seus interesses comerciais. Essa situação acarretará um ônus progressivo para os sistemas de saúde e para os pacientes, em especial para os portadores de enfermidades que atingem grande parcela da população e que dependem da constante incorporação de novos produtos, como é o caso da pandemia do HIV/AIDS.

Este cenário evidencia a importância do uso das flexibilidades do Acordo TRIPS, assim como a necessidade de identificação e implementação de outras estratégias que possibilitem ampliar o acesso regular a medicamentos para as pessoas que deles precisam. O enfrentamento dessa realidade exige um esforço multissetorial que inclui, além dos setores tradicionais da economia de um país, a participação da sociedade civil organizada.

Referências bibliográficas

ABBOTT, F. M., 2004. *The Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health and the Contradictory Trend in Bilateral and Regional Free Trade Agreement*. Geneva: Quacker United Nations Office.

ADAY, L. A.; ANDERSEN, R., 1975. *Development of Indices of Access to Medical Care*. Health Administration Press: Ann Arbor.

ADEDE, A. O., 2003. Origins and history of the TRIPS negotiations. In: Bellmann C.; Dutfield, G.; Meléndez-Ortiz, R. (Org.). *Trading in knowledge. Development perspectives on TRIPS, trade and sustainability*. London: Earthscan Publications Ltd., p. 23-35.

BARBOSA, D. B., 2003. *Uma introdução à propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Júris.

BASSO, M., 2004. A ANVISA e a concessão de patentes farmacêuticas. *Valor Econômico*. 18/Out/2004.

BERMUDEZ, J. A. Z.; OLIVEIRA, M. A.; CHAVES, G. C., 2004a. O Acordo TRIPS da OMC e os desafios para a saúde pública. In: Bermudez, J. A. Z.; Oliveira, M. A.; Esther, A. (Org.). *Acceso a medicamentos: derecho fundamental, papel del Estado*. Rio de Janeiro: ENSP/FIOCRUZ, p. 69-89,

BERMUDEZ, J. A. Z.; OLIVEIRA, M. A.; CHAVES, G. C., 2004b. Intellectual property in the context of the WTO TRIPS Agreement: What is at stake? In: Bermudez, J. A. Z.; Oliveira, M. A. (Org.). *Intellectual Property in the context of the WTO TRIPS Agreement: Challenges for public health*. Rio de Janeiro: ENSP/Fiocruz, p. 23-61.

BERMUDEZ, J. A. Z.; EPSZTEJN, R.; OLIVEIRA, M. A.; HASENCLEVER, L., 2000. *O Acordo TRIPS da OMC e a Proteção Patentária no Brasil: mudanças recentes e implicações para a produção local e o acesso da população aos medicamentos*. Rio de Janeiro: ENSP/Fiocruz.

BERMUDEZ, J. A. Z., 1992. *Remédio: Saúde ou Indústria? A produção de medicamentos no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume Dumará.

BRASIL, 1996. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos a propriedade industrial. Brasília, DF: Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, 15 de maio 1996.



BRASIL, 2001. Lei nº 10.196 de 14 de fevereiro de 2001. Altera e acresce dispositivos à Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, 16 de fevereiro de 2001.

BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1998. Portaria nº 3916/MS/GM, de 30 de outubro de 1998. Aprova a Política Nacional de Medicamentos. Brasília, DF: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 10 de novembro de 1998.

CHAUDHURI, S., 2005a. National Patents, Industrial Policy, and Rise and Growth of the Pharmaceutical Industry in Índia. In: *The WTO and India's Pharmaceuticals Industry. Patent Protection, TRIPS and Developing Countries*. p. 15-60. London: Oxford University Press.

CHAUDHURI, S., 2005b. TRIPS and Affordability and Accessibility of Pharmaceutical Products. In: *The WTO and India's Pharmaceuticals Industry. Patent Protection, TRIPS and Developing Countries*. p. 222-272. London: Oxford University Press.

CHAUDHURI, S., 2005c. Globalization of Patent Laws: Flexibilities Under TRIPS and Changes in Pharmaceutical Patents in India. In: *The WTO and India's Pharmaceuticals Industry. Patent Protection, TRIPS and Developing Countries*. p. 61-117. London: Oxford University Press.

CHAVES, G. C.; OLIVEIRA, M. A., 2004. WTO TRIPS Agreement implementation in Latin America and the Caribbean. In: Bermudez, J. A. Z.; Oliveira, M. A. (Org.). *Intellectual Property in the context of the WTO TRIPS Agreement: Challenges for public health*. Rio de Janeiro: ENSP/Fiocruz, p. 117-125.

CHAVES, G. C.; OLIVEIRA, M. A., 2006. A proposal for measuring the degree of public health-sensitivity of patent legislation in the context of the WTO TRIPS Agreement. *The Bulletin of the World Health Organization* (aceito para publicação).

CHAVES, G. C., 2005. O processo de implementação do Acordo TRIPS em países da América Latina e Caribe: análise das legislações de propriedade industrial sob a ótica da saúde pública. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro, ENSP/FIOCRUZ.

CHIEN, C. V. Cheap Drugs at What Price to Innovation: Does the Compulsory Licensing of Pharmaceuticals Hurt Innovation? *Berkeley Technology Law Journal* 2003; 18 (3): 853-903.

CIPR (Commission on Intellectual Property Rights), 2002. *Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy*. London: CIPR.

CORREA, C. M., 1999. Intellectual property rights and the use of Compulsory licenses: options for developing countries. Trade-Related Agenda, Development and Equity Working Papers. Geneva: South Centre.

CORREA, C. M., 2000. *Integrating Public Health Concerns into Patent Legislation in Developing Countries*. Geneva: South Centre. 25 Jan 2004 <http://www.southcentre.org/publications/publichealth/publichealth.pdf>

CORREA, M. A., 2001. *Tendencias en el patentamiento farmacéutico*. Ginebra: OMS.

CORREA, C. M., 2002a. Implications of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health. *Health Economics and Drugs*, EDM Series N° 12. Geneva: WHO.WHO/EDM/PAR/2002.3

CORREA, C. M., 2002b. *Protección de los datos presentados para el Registro de productos farmacéuticos. Implementación de las normas del Acuerdo TRIPS*. Ginebra: South Centre.

CORREA, C. M., 2003. Formulating effective pro-development national intellectual property policies. In: Bellmann, C.; Dutfield, G.; Meléndez-Ortiz, R. (Org.). *Trading in knowledge. Development perspectives on TRIPS, trade and sustainability*. London: Earthscan Publications Ltd., p. 209-217.

CORREA, M. A., 2004a. Ownership of knowledge-implications of the role of the private sector in the pharmaceutical R&D. In: Bermudez, J. A. Z.; Oliveira, M. A. (Org.). *Intellectual Property in the context of the WTO TRIPS Agreement: Challenges for public health*. Rio de Janeiro: ENSP/Fiocruz, p. 71-82.

CORREA, C.M., 2004b. Implementation of the WTO General Council Decision on Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health. Drug Action Programme. Geneva. World Health Organization.

CORREA, C. M.; MUSUNGU, S. F., 2002. The WIPO Patent Agenda: the risks for developing countries. *Trade-Related Agenda, Development and Equity Working Papers*, November. Geneva: South Centre.



DI BIASI, G.; GARCIA, M. S.; MENDES, P. P. M., 2002. A propriedade industrial: os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da Lei número 9.279, de 14 de maio de 1996. Rio de Janeiro: Forense.

DRAHOS, P., 2001. Bilateralism in Intellectual Property. Report commissioned by Oxfam GB as part of its Cut the Cost of Medicines Campaign. 15 Jun 2004 http://www.oxfam.org.uk/what_we_do/issues/trade/downloads/bilateralism_ip.rtf

GONTIJO, C. I. F., 2003. Propriedade Industrial no Século XXI – Direitos Desiguais. Brasília: INESC, REBRIP, Comércio com Justiça, OXFAM.

HAI (Health Action International)/WHO(World Health Organization), 2003. *Medicines Prices: A new Approach to measurement*. Geneva: WHO.

HASENCLEVER, L. (Coord.), 2002. Diagnóstico da indústria farmacêutica brasileira. Rio de Janeiro: UNESCO/FUJB/IE-UFRJ. Mimeo.

JORGE, M. F., 2004. TRIPS-plus provisions in trade agreement and their potential adverse effects on public health. *Journal of Generic Medicines* 1(3): 99-211.

LOVE, J., 2001. Compulsory Licensing: Models for State Practice in Developing Countries, Access to Medicines and Compliance with the WTO TRIPS Accord. Prepared for United Nations Development Programme. 31 10 05 <http://www.cptech.org/ip/health/cl/recommendedstatepractice.html>

LUIZA, V. L.; BERMUDEZ, J. A. Z., 2004. Acesso a medicamentos: conceitos e polêmicas. In: (J. A. Bermudez, Z.; Oliveira, M. A.; Esther, A. (Org.). *Acesso a medicamentos: derecho fundamental, papel del Estado*. Rio de Janeiro: ENSP/FIOCRUZ, p. 45-67.

LUIZA, V. L.; BERMÚDEZ, J. A. Z.; HARTZ, Z. M. A, 2002. *Acesso a Medicamentos – o compromisso e a realidade – um caminho a ser percorrido* (submetido para publicação).

LUIZA, V. L., 2003. Acesso a medicamentos essenciais no estado do Rio de Janeiro. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: ENSP/Fiocruz.

MARIN, N.; LUIZA, V. L.; OSORIO-DE-CASTRO, C. G. S.; MACHADO-DOSSANTOS, S. (Org.), 2003. *Assistência farmacêutica para gerentes municipais*. Rio de Janeiro: OPAS/OMS.

MSF (Médicos Sem Fronteiras), 2002. *Desequilíbrio Fatal – a Crise em Pesquisa e Desenvolvimento de Drogas para as Doenças Negligenciadas*. 30 Jan 2004 <http://www.msf.org.br/campanha/desequilibrio.pdf>

MSF (Médicos Sem Fronteiras), 2003. *Negociando a Saúde: propriedade intelectual e acesso a medicamentos no Acordo da Área de Livre Comércio das Américas*. Rio de Janeiro: MSF.

MSF (Médicos Sem Fronteiras), 2005. *TRIPS, P&D e Acesso a Medicamentos: Guia para o Mundo Pós 2005*. Documento realizado com base na apresentação feita por Ellen t’Hoen no dia 18 de janeiro de 2005 para Membros do Parlamento Europeu. Disponível em www.msf.org.br

MSH (Management Sciences for Health)/WHO (World Health Organization), 1997. *Managing Drug Supply*. Connecticut: Kumarian Press.

MUSUNGU, S. F.; OH, C., 2005. *The use of flexibilities in TRIPS by developing countries: can they promote Access to medicines?* Study 4C of Comissiono on Intellectual Property Rights, Innovation and Public Health. Draft Version. Geneva: South Centre/WHO.

MUSUNGU, S. F.; VILLANUEVA S.; BLASETTI R. 2004. *Utilizing TRIPS flexibilities for public health protectin through south-south regional frameworks*. Geneva: South Centre.

NIHCM (National Institute of Health Care and Management), 2000. *Prescription Drugs and Intellectual Property Protection, Finding the Right Balance Between Access and Innovation*. NICHM. 15 Mar 2003 <http://www.nihcm.org/pharm.html>

NIHCM (National Institute of Health Care and Management), 2002a. *Prescription Drug Expenditures in 2001: Another Year of Escalating Costs*. NICHM. 23 Nov 2003 URL:<http://www.nihcm.org/spending2001.pdf>

O Globo, 2005. *ONGs antiAids pedem a quebra de patentes*. 14 de maio de 2005.

OLIVEIRA, M. A.; BERMUDEZ, J. A. Z.; EPSZTEJN, R.; CHAVES, G. C.; FERREIRA, R. L.; OLIVEIRA, M. T., 2004a. *Pharmaceutical patent protection in Brazil: who is benefiting?* In: Bermudez, J. A. Z.; Oliveira, M. A. (Org.). *Intellectual Property in the context of the WTO TRIPS Agreement: Challenges for public health*. Rio de Janeiro: ENSP/Fiocruz, p. 161-175.



OLIVEIRA, M. A.; BERMUDEZ, J. A. Z.; CHAVES, G. C.; VELSQUEZ, G., 2004b. Has the implementation of the TRIPS Agreement in Latin America and the Caribbean produced intellectual property legislation that favors public health? *Bulletin of the World Health Organization*, 82 (11): 815- 821.

OLIVEIRA, M. A.; ESHER, A. F. S. do C.; SANTOS, E. M.; COSENDEY, M. A. E.; LUIZA, V. L.; BERMUDEZ, J. A. Z., 2002. Avaliação da assistência farmacêutica às pessoas vivendo com HIV/AIDS no município do Rio de Janeiro. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 18(5): 1429-1439.

OLIVEIRA, M. A.; SANTOS, E. M.; MELLO, J. M. C., 2001. AIDS, ativismo e regulação de ensaios clínicos no Brasil: o Protocolo 028. *Cadernos de Saúde Pública*, 17(4): 863-875.

OLIVEIRA, U. M., 2000. *A proteção jurídica das invenções de medicamentos e de gêneros alimentícios*. Porto Alegre: Síntese.

OXFAM, 2004. *Undermining Access to Medicines: Comparison of Five US FTAs. A Technical Note*. London: Oxfam International.

PAVITT, K., 1984. *Sectoral patterns of technical change: towards a taxonomy and a theory*. *Research Policy*, 13: 343-373. Elsevier. In: *Revista Brasileira de Inovação*, 2 (2) Julho/Dezembro, 2003.

PECHANSKY, R.; THOMAS, J., 1981. The concept of Access: Definition and Relationship to Consumer Satisfaction. *Medical Care*, 19 (2): 127-140.

PNUD, 2005. Human Development Report 2005. Disponível em <http://hdr.undp.org/reports/global/2005/>

RÊGO, E. C. L., 2000. Políticas de regulação do mercado de medicamentos: a experiência internacional. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro. 7: 367-400.

REIS, A. L. A.; BERMUDEZ, J. A. Z., 2004. Aspectos econômicos: mercado farmacêutico e preço de medicamentos. In: Bermudez, J. A. Z.; Oliveira, M. A.; Esher, A. (Org.). *Acceso a medicamentos: derecho fundamental, papel del Estado*. Rio de Janeiro: ENSP/FIOCRUZ, p. 139-155.

REIS, A. L. R., 2004. *Novos produtos no mercado farmacêutico: padrão de difusão e preços*. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: ENSP/Fiocruz.

ROSSI, 2003. *Satellite Meeting on Financing Care in Latin America and the Caribbean: Options for Large Scale Programs*. In: 2nd Forum on HIV/AIDS and STI of Latin America and the Caribbean, Havana, 8 April 2003.

T'HOEN, E. F. M., 2002. TRIPS, Pharmaceutical Patents, and Access to Essential Medicines: A Long Way From Seattle to Doha. *Chicago Journal of International Law*, 3(1):27-48.

T'HOEN, E. F. M., 2003. TRIPS, Pharmaceutical Patents and Access to Essential Medicines: Seattle, Doha and Beyond. In: Economics of AIDS and Access to HIV/AIDS Care in Developing Countries, Issues and Challenges. *International AIDS Economic Network (Org.)*, p. 39-47. 25 Jan 2004 http://www.iaen.org/files.cgi/11062_part_1_n1_%27T_Hoen.pdf

TACHINARDI, M. H., 1993. *A Guerra das Patentes*. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra.

THORPE, P., 2002. Study on the Implementation of the TRIPS Agreement by Developing Countries. *Study Paper N° 7*. London: CIPR.

UNCTAD-ICTSD, 2002. *TRIPS and Development: Resource Book, Part Two, Substantive Obligations, Patents*. Geneva: United Nations Conference on Trade and Development and International Centre for Trade and Sustainable Development.

VELASQUEZ G.; CORREA C. M.; BALASUBRAMANIAM, T., 2004. WHO in the frontlines of the access to medicines battle: The debate on intellectual property rights and public health. In: Bermudez, J. A. Z.; Oliveira, M. A. (Org.). *Intellectual Property in the context of the WTO TRIPS Agreement: Challenges for public health*, p. 83-97, Rio de Janeiro: ENSP/Fiocruz.

VELÁSQUEZ, G.; BOULET, P., 1999. *Globalization and Access to Drugs – Perspectives on the WTO/TRIPS Agreement*. WHO/DAP/98.9 Revised. Geneva: WHO.

VELASQUEZ, G., 2004. Bilateral trade agreements and Access to essential drugs. In: Bermudez, J. A. Z.; Oliveira, M. A. (Org.). *Intellectual Property in the context of the WTO TRIPS Agreement: Challenges for public health*, p. 63-69, Rio de Janeiro: ENSP/Fiocruz.



WHO (World Health Organization), 1988. *World Drug Situation*. Geneva: WHO.

WHO (World Health Organization), 2001. *How to implement and develop a national drug policy*. Second Edition. Geneva: WHO.

WHO (World Health Organization), 2001. *World Health Report*. Geneva: WHO.

WHO (World Health Organization), 2002. *World Health Report*. Geneva: WHO.

WHO (World Health Organization), 2003. *World Health Report*. Geneva: WHO.

WHO (World Health Organization), 2005. *World Drug Report*. Geneva: WHO.

WHO/MSH (World Health Organization-Management Sciences for Health), 2000. Defining and measuring access to essential drugs, vaccines, and health commodities. Report of the consultative meeting, *Ferney-Voltaire*, France, 11-13 December 2000. Em 23 de Janeiro de 2003.

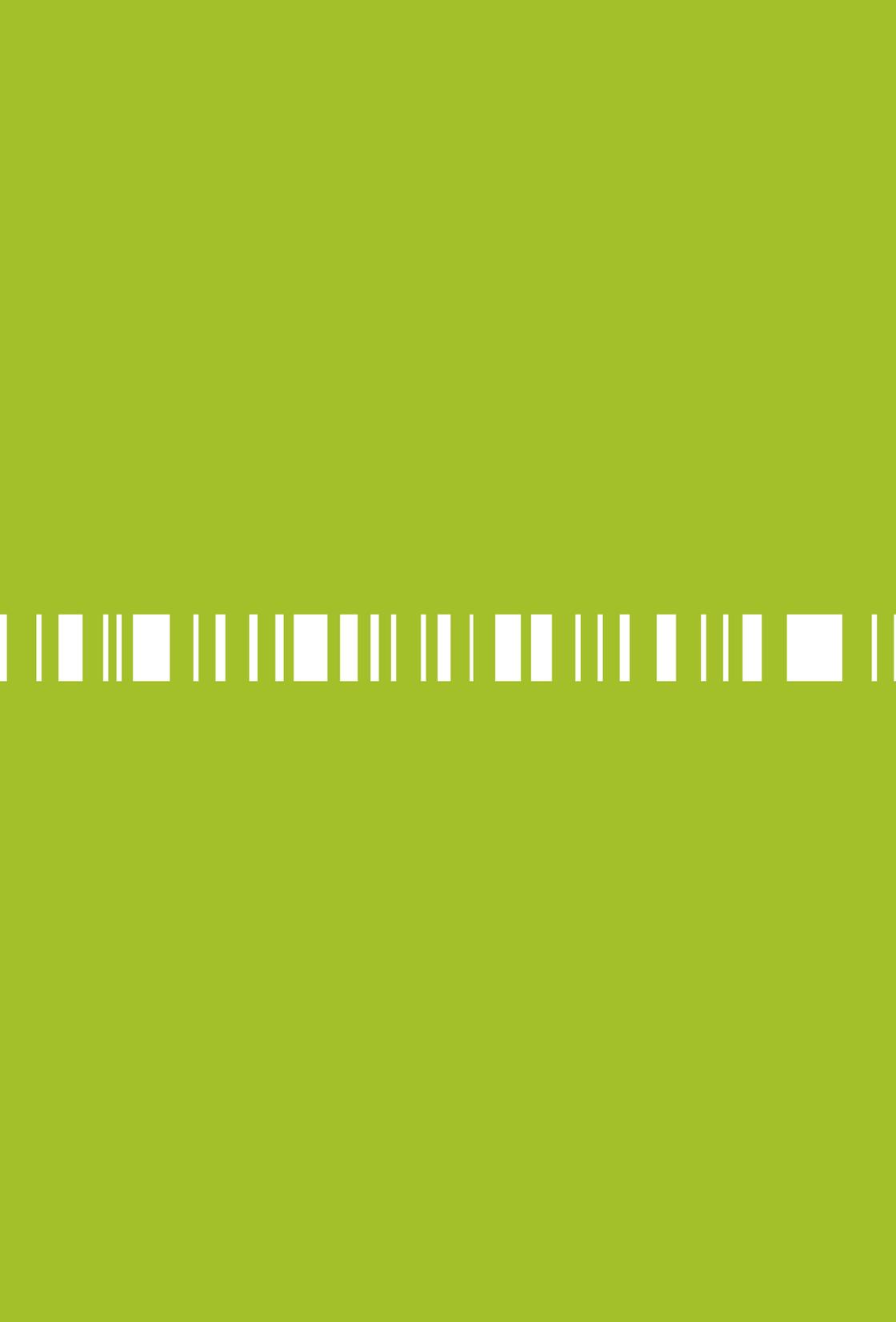
WIPO (World Intellectual Property Organization), 2003. *The Beginning*. 22 Jan 2004 http://www.wipo.int/about-wipo/en/gib.htm#P29_4637 > 22 Jan 2004.

WIPO (World Intellectual Property Organization), 2005. *Collection of Laws for Electronic Access (CLEA)*. 23 Jun 05 <http://www.wipo.int/clea/en/>

WORLD BANK, 2001. *Global Economic Prospects and Developing Countries*. Washington: World Bank.

WTO (World Trade Organization), 1994. Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. Geneva: WTO. 21 Jan 2005 http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm0_e.htm

WTO (World Trade Organization), 2001. Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health. 20 Jan 2004 http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_trips_e.pdf



DIREITO DE AUTOR



O Direito de Autor e seus Desafios:

Os Conflitos com a Liberdade de Expressão, o Direito de Acesso ao Conhecimento, à Informação e à Cultura e o Direito ao Desenvolvimento Tecnológico

Guilherme C. Carboni¹

Introdução

O direito de autor passa por significativas transformações desencadeadas principalmente pelo advento da tecnologia digital e das redes de informação que afetam o seu ponto crítico, qual seja, o conflito entre o interesse individual do autor pela concessão da tutela e o interesse coletivo pela liberdade de expressão, pelo acesso ao conhecimento, à informação e à cultura e pelo desenvolvimento tecnológico.

Além disso, a realidade tecnológica atual propicia formas mais dinâmicas de produção e de circulação de obras intelectuais, as quais conflitam com as normas do direito de autor.

Os tratados internacionais em matéria de direito de autor procuram resolver essa divergência de interesses mediante a inclusão de limitações ao direito de autor. No entanto, a mera delimitação do campo das obras protegidas e a exclusão de outras que, pelo interesse público, não devem ser objeto da tutela, não são suficientes para resolver o impasse entre os interesses individual e coletivo em matéria de direito de autor.

A seguir, discorreremos sobre os fundamentos da propriedade intelectual e do direito de autor, a sua história, o impacto da tecnologia no campo autoral, as limitações estabelecidas em lei e os conflitos com a liberdade de expressão, o direito de livre acesso ao conhecimento, à informação e à

¹ Graduado em direito pela Faculdade de Direito da USP. Pós-graduado em sociologia do direito pela Universidade Estatal de Milão, Itália. Mestre e doutor em direito civil pela Faculdade de Direito da USP. Coordenador da Área de Direitos Autorais do IDCID – Instituto de Direito do Comércio Internacional e Desenvolvimento.

cultura, e o direito ao desenvolvimento tecnológico. Visamos, ao final, poder refletir sobre os desafios que se apresentam.

1. A proteção jurídica das criações intelectuais: a propriedade intelectual

Os autores das criações intelectuais adquirem direitos exclusivos sobre suas produções, independente do valor técnico ou artístico que apresentem. Ao conjunto desses direitos resultantes do trabalho da inteligência e da criatividade dá-se o nome genérico de *propriedade intelectual*, ou ainda, *direitos intelectuais*, *direitos imateriais* ou *direitos sobre bens imateriais*.²

Apesar de o termo *propriedade intelectual* ter sido amplamente generalizado e adotado para definir os direitos relacionados à proteção das criações do intelecto humano, o fundamento da propriedade intelectual difere daquele da propriedade material. Enquanto a propriedade material se adquire por qualquer meio lícito, a propriedade intelectual surge com a materialização de uma criação intelectual em um determinado suporte.³

A propriedade intelectual divide-se em dois grupos, conforme as criações do intelecto se manifestem no campo da técnica, ou quando se apresentem como puramente estéticas. As criações intelectuais no campo da técnica são protegidas pela *propriedade industrial* e as manifestações do espírito no campo estético, pela *propriedade literária, artística e científica*, constituindo o chamado direito autoral.⁴

A propriedade industrial, que tem como objeto as marcas, as patentes e a repressão à concorrência desleal, é considerada um ramo do direito comercial, ao passo que a propriedade literária, artística e científica pertence ao direito civil. No entanto, como essas disciplinas componentes da propriedade

² Cf. CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*, v.1, p.67, 68.

³ No caso das marcas e das patentes, a propriedade não depende apenas da sua criação ou invenção, mas ainda do efetivo registro no órgão competente que, no caso do Brasil, é o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI).

⁴ O movimento de ampliação do campo de proteção do direito autoral fez com que ele passasse a também proteger obras que não são dotadas da chamada "esteticidade intrínseca". Como exemplos, podemos citar o direito autoral sobre o *software*, as bases de dados e os direitos conexos das empresas de radiodifusão sobre suas transmissões.



intelectual têm a mesma natureza, objeto e fundamento filosófico – as criações do intelecto humano – pode-se considerar a propriedade intelectual como uma disciplina jurídica autônoma.⁵

2. O direito de autor

2.1. Conceito e natureza jurídica

A Lei nº 9.610, de 19/2/1998 (“Lei 9.610/98”), em seu artigo 1º, define os direitos autorais como “os direitos de autor e os que lhe são conexos”. Entende-se por direitos conexos os direitos reconhecidos, no plano daqueles de autor, a determinadas categorias que auxiliam na criação, na produção ou na difusão da obra intelectual.⁶

Por essa razão, a expressão *direitos autorais* é mais abrangente do que *direito de autor*, pois engloba o *direito de autor* e os *direitos conexos*.

Com relação ao conceito de direito de autor, podemos entendê-lo como o conjunto de prerrogativas que a lei reconhece a todo criador intelectual sobre suas produções literárias, artísticas ou científicas, de alguma originalidade: de ordem extrapeuniária, em princípio, sem limitação de tempo; e de ordem patrimonial, ao autor, durante toda a sua vida, com o acréscimo, para os sucessores indicados na lei, do prazo por ela fixado,⁷ [ou ainda] o ramo do Direito Privado que regula as relações jurídicas, advindas da criação e da utilização econômica de obras intelectuais estéticas e compreendidas na literatura, nas artes e nas ciências.⁸

Historicamente, diversas teorias procuraram explicar a natureza jurídica do direito de autor. Segundo algumas, as criações do intelecto pertenceriam à coletividade, não podendo ser objeto de monopólio; outras tentaram igualar o direito de autor ao direito real de propriedade, ou procuraram entendê-lo como uma emanção do direito da personalidade; e há ainda variações e combinações dessas teorias.

⁵ Cf. CERQUEIRA, J. da G. Obra citada, *ibidem*.

⁶ Cf. BITTAR, C.A. *Direito de autor*, p. 152.

⁷ Cf. CHAVES, Antonio. *Direito de Autor: I princípios fundamentais*, p. 17.

⁸ Cf. BITTAR, C.A. Obra citada, p. 8.

Hoje, predomina o entendimento de que o direito de autor é um direito *sui generis*, uma vez que a sua natureza é moral – classificado como direito da personalidade – podendo, no entanto, produzir efeitos patrimoniais – que se aproximam do direito real – distintos entre si.

2.2. Evolução histórica

2.2.1. Evolução histórica no mundo

O direito autoral não era conhecido na Antigüidade, no sentido como hoje o concebemos. Na Grécia antiga, onde havia alta produção intelectual, o plágio era praticado e reconhecido, mas a única sanção era a condenação da opinião pública⁹ (portanto, uma sanção de cunho meramente moral).

Roma conheceu uma indústria livreira rudimentar, que se dedicava ao fornecimento de cópias manuscritas, as *bibliopolas* (do grego: *biblion* = livro + *polein* = vender, caracterizando o que são os editores no mundo de hoje), mediante licença dos autores. Essas cópias eram feitas nos papiros e entregues aos *glutinators*, que costuravam as folhas e as colocavam à venda. No entanto, a divisão dos direitos em pessoais, reais e obrigações não permitia conceber as criações do intelecto como objeto de direitos, pois “não havia nascido ainda a distinção entre o direito de propriedade sobre o *corpus mechanicum* e o direito sobre a criação intelectual nele incorporada”.¹⁰

Para Marie-Claude Dock, porém, o silêncio da legislação romana sobre a propriedade intelectual não significa que o direito às criações intelectuais não possa ter sido reconhecido pelos costumes, e indaga: Se a inexistência de um direito for deduzida da ausência de textos positivos, não seria afirmar que, quando a autoridade não toma, por si mesma, a iniciativa de editar uma regra, não há qualquer regra de direito? Isto seria esquecer que a regra de direito pode existir sem a intervenção da autoridade; que a regra de direito resulta não apenas da lei, mas também do costume. Seria, ainda, negar a função necessária desempenhada pelo costume em todos os sistemas jurídicos, de completar as lacunas da legislação escrita. Portanto, o costume

⁹ Cf. CHAVES, Antônio. *Criador da obra intelectual*, p. 39.

¹⁰ CHAVES, A. *Idem*, p.40, 41.



realizou essa função em Roma como ele a realiza em todos os sistemas legislativos.¹¹

Eduardo Piola Caselli diz da possibilidade de o direito de autor, em seus aspectos morais, ter sido amparado pelo direito romano em virtude da *actio injuriarum*.¹² Wilson Melo da Silva entende que “a reparação do dano moral é – até – anterior aos romanos (conforme os Códigos de Manu e de Hamurabi, da Índia e Babilônia)” e que a “injúria (etimologicamente: *in* = não + *jus, juris* = direito e, portanto, ‘não direito’) para os romanos era considerada, em sentido amplo, tudo aquilo que se fazia sem direito e, em sentido estrito, todo o ato voluntário, ofensivo da honra ou boa reputação do indivíduo”.¹³ A *actio injuriarum* possibilitava, assim, à vítima da injúria reclamar, no ano do delito, uma pena pecuniária que era fixada eqüitativamente por um júri de Recuperadores.¹⁴

Para Antônio Chaves, a proteção legislativa da criação intelectual tem menos de três séculos, pois antes dessa época não havia a preocupação com a possibilidade de reprimir a violação das criações do intelecto através de leis.¹⁵ As obras eram regidas pelas leis de propriedade material e o autor de uma obra (como manuscrito, escultura ou pintura) era considerado o proprietário de um objeto material que podia ser vendido a uma outra pessoa.¹⁶

Na Idade Média, a reprodução de uma obra era muito difícil, pois os manuscritos eram copiados à mão, o que limitava o número de exemplares. Por essa razão, a utilização de uma obra não prejudicava os direitos patrimoniais do autor, pois a sua produção não estava centrada na sua

¹¹ Nas palavras da autora: “Enfin, déduire de l’absence de textes positifs, l’inexistence d’un droit n’est-ce pas affirmer que, si l’autorité ne prend pas soin d’édicter elle-même une règle, il n’y aura aucune règle de droit ? Ce serait oublier que la règle de droit peut exister sans l’intervention de l’autorité; que la règle de droit résulte non seulement de la loi mais de l’usage. Ce serait nier le rôle nécessaire joué par la coutume dans tout système juridique pour compléter les lacunes de la législation écrite. Or, ce rôle, la coutume l’a rempli à Rome comme elle le remplit dans tout système législatif” (DOCK, Marie-Claude. *Contribution historique a l’étude des droits d’auteur*, p.10).

¹² CASELLI, Eduardo Piola. *Codice del diritto di autore – commentario*, p. 1.

¹³ SILVA, Wilson Melo da. Citado por COSTA NETTO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*, p.30, 31.

¹⁴ Cf. COMISSÃO DE REDAÇÃO DA ENCICLOPÉDIA SARAIVA DO DIREITO. *Actio injuriarum*. In: Enciclopédia Saraiva do Direito, v.4, p.225, 226.

¹⁵ CHAVES, A. Obra citada, p. 41.

¹⁶ UNESCO. *ABC do direito de autor*, p. 14.

difusão através de inúmeros exemplares. As contrafações de esculturas e pinturas, bem como o plágio, eram raros e, quando ocorriam, eram severamente condenados pela opinião pública.¹⁷

Com a invenção da imprensa pelo alemão Johann Gutenberg, no século XV, o custo de fabricação do livro diminuiu, tornando-se mais fácil a sua obtenção. No entanto, o livro só se tornou uma mídia de massa quando o seu tamanho e a sua massa atingiram um valor suficientemente baixo.¹⁸

A invenção de Gutenberg permitiu, assim, a impressão e a reprodução com maior facilidade dos exemplares de manuscritos, bem como a sua difusão ao público. Com isso, as obras impressas tornaram-se objeto de transações comerciais e fonte de lucro, inicialmente para os impressores.¹⁹ Abre-se, então, um novo horizonte para o direito autoral, diante da necessidade de uma efetiva proteção às criações intelectuais e de repressão às suas violações.

Antônio Chaves explica que, na Renascença, aparece o sistema de concessão do privilégio da publicação de obras mais célebres a determinados impressores, contando que Cunha Gonçalves aponta como a mais antiga a concessão outorgada em 1495 pela República de Veneza ao impressor Aldo, para uma edição das obras de Aristóteles.²⁰ No entanto, cita também Piola Caselli, o qual revelou que, anterior a esse acontecimento, a mesma República de Veneza teria concedido privilégios, em 1469, a Giovanni da Spira; em 1486, a Marco Antonio Sabellico; e em 1492, a Pier Francesco da Ravenna. Tais privilégios não decorriam de quaisquer direitos que esses editores tivessem adquirido dos escritores, mas apenas a título de compensação.²¹

Nessa época, os autores e os editores não reivindicavam um verdadeiro direito, mas apenas uma garantia, conferida através de um sistema de

¹⁷ UNESCO. Idem, *ibidem*.

¹⁸ Cf. LÉVY, Pierre. Citado por BAIRON, *Sérgio. Multimídia*, p.150.

¹⁹ UNESCO. Obra citada, p.14.

²⁰ GONÇALVES, Cunha. Citado por CHAVES, A. Obra citada, p.42.

²¹ CASELLI, Piola. Citado por CHAVES, A. Idem, *ibidem*.



monopólio, de que a criação intelectual e o capital empregado para a sua divulgação não sofreriam concorrência.²²

Com as idéias do Iluminismo e da Revolução Francesa, os autores começaram a tomar consciência da importância da sua contribuição intelectual e da necessidade de uma efetiva proteção de suas criações.

Antônio Chaves salienta que “o mais antigo documento de que tem notícia Gyorgy Boytha, em que aparece a expressão *copyright*, são os registros de 1701 da Stationers (papelarias) Company da Inglaterra”. Essa companhia adquiriu, em 1557, o monopólio para a publicação de livros na Inglaterra e garantiu aos seus membros, durante sua vida, os “direitos de cópia”. Para serem válidos, esses direitos deveriam ser registrados na companhia.²³

O primeiro país a ter um regulamento legal da matéria foi a Grã-Bretanha, através da célebre lei da Rainha Ana, datada de 14/4/1710, que sancionou o *copyright* “para encorajar a ciência e garantir a propriedade dos livros àqueles que são seus legítimos proprietários”; e “para encorajar os homens instruídos a comporem e a escreverem obras úteis”, através do reconhecimento de um direito exclusivo de reprodução de obras por eles criadas.²⁴

A esse respeito, Fábio Maria de Mattia comenta que houve

uma relação de causa e efeito entre a existência do privilégio do editor e o aparecimento do direito de autor. Só a reação dos autores ao monopólio estabelecido em favor dos editores poderia ter tido a força de desencadear um processo reivindicatório que culminaria, na Inglaterra, no início do séc. XVIII, e na França, nos fins do mesmo século, com o aparecimento e o reconhecimento do direito de autor, [concluindo que] o direito de autor surgiu em consequência de um instituto jurídico que o antecedeu e que foi o privilégio do editor.²⁵

²² Cf. CHAVES, A. Idem, *ibidem*.

²³ BOYTHA, Gyorgy. Citado por CHAVES, A. Idem, p.43.

²⁴ Cf. CHAVES, A. Idem, *ibidem*.

²⁵ DE MATTIA, Fábio Maria. Do privilégio do editor ao aparecimento da propriedade literária e artística em fins do século XVIII. *Revista Interamericana de Direito Autoral*, 1980, v.3, n.2, p.51.

A seguir, a Dinamarca veio a reconhecer o direito autoral, através do Decreto de 7/1/1741.

Na França, embora já tivesse surgido em 1725 uma discussão a respeito de direitos autorais, com a reclamação dos livreiros da província contra o monopólio dos de Paris, foi uma decisão de 20/3/1777, do Conselho do Rei, que estabeleceu que os privilégios não continuariam depois da morte do autor, a não ser com o consentimento dos herdeiros. Um regulamento de 1778 reconhece alguma garantia aos interesses dos escritores e em 13/1/1793 foi promulgado um decreto que consagrou o direito exclusivo dos autores de permitirem a execução de suas obras dramáticas.²⁶ A Lei de 19-24/7/1793 estendeu a proteção às obras literárias e garantiu a exclusividade de publicação, reprodução e venda por tempo determinado, com sanções e multas aos contrafactores.

Nos Estados Unidos da América, alguns estados emitiram, em 1783, decretos sobre a matéria, com a inserção, em 1789, de uma norma específica na Constituição do país e a promulgação do *Federal Copyright Act*, de 31/5/1790. Esclarece Osman Lins, citado por Antônio Chaves, que foi com a promulgação dessa lei, que se passou a entender que o autor – e não mais o editor – detém a propriedade da obra literária.²⁷

Na Alemanha, durante a primeira metade do século XIX, houve um incremento da atividade legislativa sobre direitos autorais, estendendo internacionalmente a proteção conferida pelos Estados, insuficiente para garantir os interesses dos autores. Esse movimento acabou culminando com a Convenção de Berna, formalizada em 9/9/1886, e revista em Paris (de 15/3 a 4/4/1896); Berlim (de 14/10 a 14/11/1908); Roma (de 7/5 a 2/6/1928); Bruxelas (de 6 a 26/6/1948); Estocolmo (14/7/1967); e Paris (24/7/1971).

Além disso, existe o sistema da Convenção Universal de Genebra (da UNESCO, de 6/9/1952), revisto em Paris em 1971. Outras convenções foram realizadas, como a de direitos conexos, de Roma (de 26/10/1961), e a de Genebra (de 29/10/1971).

²⁶ Cf. CHAVES, A. Obra citada, p. 44.

²⁷ CHAVES, A. Idem, ibidem.



O texto da Convenção de Berna hoje em vigor corresponde à sua última revisão em 1971, com modificações registradas em 28/9/1979. Os Estados Unidos e a União Soviética não haviam originariamente integrado a denominada União de Berna e tão somente vieram a se juntar aos demais países na Convenção Universal, realizada em 1952, em Genebra, que foi revista na mesma época da revisão de 1971 da Convenção de Berna, em Paris.

Portanto, duas convenções hoje regulam internacionalmente os direitos autorais: a Convenção de Berna e a Convenção Universal. Quanto aos direitos conexos aos de autor, o diploma regulador é a Convenção de Roma, de 1961.

Menciona Carlos Alberto Bittar que, no continente americano, o primeiro passo foi dado através do Congresso de Direito Internacional Privado de Montevideú, em 11/1/1889, revisto nessa mesma cidade em 4/8/1939, e foram realizadas outras convenções: México (27/1/1902); Rio de Janeiro (23/8/1906); Buenos Aires (11/8/1910); Caracas (17/7/1911); Havana (18/2/1928); e Washington (22/6/1946).²⁸

Diz ainda o referido autor que o Brasil aderiu a várias dessas convenções, como a de Berlim (Decreto nº 15.330, de 21/6/1922); Roma (Decreto nº 23.270, de 24/10/1933); Bruxelas (Decreto nº 34.954, de 18/1/1954); Roma (Decreto nº 57.125, de 19/10/1965, de direitos conexos) e Paris (Decreto nº 79.905, de 24/12/1975), além das convenções de Genebra (Decreto nº 48.458, de 4/7/1960); Convenção Universal, revisão de Paris (Decreto nº 76.905, de 24/12/1975 e Decreto nº 76.906, de 24/12/1975, de direitos conexos); e interamericanas, do Rio de Janeiro (Decreto nº 9.190, de 6/12/1911); Buenos Aires (Decreto nº 11.588, de 19/5/1915) e Washington (Decreto nº 26.675, de 18/5/1949). O Brasil também aderiu à convenção que instituiu a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), de Paris, de 14/7/1971 (Decreto nº 75.541, de 31/5/1975) e àquela de Bruxelas sobre sinais emitidos por satélites de comunicação, de 21/5/1974 (Decreto nº 74.130, de 28/5/1974).²⁹

²⁸ BITTAR, C.A. Obra citada, p. 13.

²⁹ BITTAR, C.A. *Idem*, p. 14.

2.2.2. *Evolução histórica no Brasil*

A primeira lei a trazer dispositivo para a proteção das criações intelectuais no Brasil foi a Lei Imperial de 11/8/1827, que criou os cursos jurídicos de São Paulo e de Olinda, ao conceder privilégio exclusivo sobre compêndio de lições.³⁰

Em seguida, o Código Criminal de 16/12/1830 instituiu, de forma pioneira na América Latina, o delito de contrafação, punido com a perda de todos os exemplares. Apesar de o Código Criminal de 1830 tipificar como crime a violação de direito autoral, a Constituição Brasileira de 1824 ainda não havia consagrado a proteção ao direito autoral, mas apenas às patentes de invenção.

A proteção ao direito autoral só veio a ser consagrada na Constituição Brasileira de 1891, dentre os direitos individuais.

A primeira lei de direitos autorais brasileira coube ao deputado Medeiros de Albuquerque, cujo projeto apresentado ao Congresso Nacional veio a se transformar na Lei nº 496, de 1/8/1898 que, dentre outros ditames, “estendeu a duração da proteção de direitos de autor e vedou alterações não autorizadas, mesmo aquelas efetuadas em obras caídas em domínio público ou não abrangidas pela proteção legal, além de outras importantes inovações dentro do ordenamento jurídico pátrio”.³¹ Antes desse projeto de lei, apareceram outros projetos na Câmara Federal, apresentados em 1856 por Gavião Peixoto e Aprígio Guimarães e, em 1875, pelo escritor José de Alencar, mas que não vieram a ser aprovados.³²

Houve posteriormente uma evolução normativa da matéria, através de diversas leis e decretos, culminando com a introdução de um capítulo especial sobre a questão no Código Civil de 1916, sob o título “Da propriedade literária, científica e artística”. Verifica-se, portanto, que o Código Civil classificou o direito de autor como um dos tópicos do Direito de Propriedade, conforme a orientação que na época prevalecia.

³⁰ Cf. BITTAR, C.A. *Idem*, *ibidem*.

³¹ Cf. COSTA NETTO, J.C. *Obra citada*, p.37, 38.

³² Cf. SANTIAGO, Oswaldo. Citado por COSTA NETTO, J.C. *Idem*, p.38.



À medida que os meios de comunicação se desenvolviam, foram surgindo inúmeros textos legais que abriram o caminho para a evolução da proteção do direito de autor e também dos direitos conexos, após a entrada em vigor do Código Civil. Dentre esses textos legais, destacamos:³³

- (i) Constituição de 1934, que reafirmou os direitos de autor.
- (ii) Código Penal (Lei nº 2.848, de 7.2.1940), em vigor até os dias atuais, que condensou a regulamentação da matéria em apenas três dispositivos, integrantes do Título III – Dos Crimes Contra a Propriedade Imaterial – Capítulo I – dos Crimes Contra a Propriedade Intelectual.
- (iii) Constituição Federal de 1946, que também reafirmou os direitos de autor.
- (iv) Lei nº 4.944, de 6/5/1966, que dispõe sobre a proteção a artistas, produtores de fonogramas a organismos da radiodifusão (direitos conexos aos direitos de autor) e foi regulamentada pelo Decreto 61.123, de 18/8/1967.
- (v) O texto constitucional de 1967, em seu artigo 150, parágrafo 25, e a Emenda Constitucional 1, de 17/10/1969, que reafirmam o direito exclusivo de utilização (e não somente de reprodução) do autor sobre sua obra intelectual. Nessa Emenda consta, no parágrafo 25 do artigo 153: “Aos autores de obra literária, artística e científica pertence o direito exclusivo de utilizá-las. Esse direito é transmissível por herança, pelo tempo que a lei fixar”.

Os dispositivos do Código Civil relativos ao direito de autor não correspondiam (apesar da atualização realizada através das diversas leis e decretos) à evolução dos meios de comunicação ocorrida na época, havendo ainda a necessidade de facilitar o manuseio da legislação autoral em um texto único.³⁴

A justificativa para tanto foi bem comentada por Henry Jessen, para quem esse processo teve início “como resultante de dois fatores fundamentais: a necessidade de consolidar as disposições esparsas sobre a matéria, de um lado, e de outro, as campanhas de descrédito movidas ou fomentadas por determinados usuários da obra musical contra as sociedades arrecadoras e a que não faltavam comumente os protestos de certos compositores insatisfeitos, enredados – quantas vezes por ignorância e ingenuidade – nas acerbas críticas às suas entidades autorais”.³⁵

³³ Cf. COSTA NETTO, J.C. *Idem*, p.39, 40.

³⁴ Cf. CHAVES, A. *Obra citada*, p. 53.

³⁵ JESSEN, Henry. Citado por CHAVES, A. *Idem*, *ibidem*.

Por iniciativa do então Ministro da Justiça Mem de Sá, foi designado o Desembargador Milton Sebastião Barbosa para refundir e atualizar a legislação brasileira relativa ao direito de autor e aos direitos conexos. Disso resultou o Anteprojeto do Código do Direito de autor e Direitos Conexos, constituído de 351 artigos, divididos em 16 títulos, e precedidos por uma minuciosa exposição de motivos, que foi publicado em separata no Diário Oficial da União em 16/6/1967 e distribuído gratuitamente aos tribunais, aos Conselhos da Ordem dos Advogados do Brasil, ao Instituto dos Advogados, às Faculdades de Direito e às entidades e pessoas interessadas.³⁶

Em maio de 1967, o Ministro da Justiça Luís Antonio da Gama e Silva nomeou uma comissão encarregada de rever esse anteprojeto. Conta Antônio Chaves que houve divergência de opiniões:

de um lado, animados de espírito francamente reformador, aquele magistrado e o autor destas linhas, refundindo completamente a contribuição preliminar, deram-lhe maior organicidade e estrutura mais rigorosa, procurando incorporar, nos 198 a que reduziram os 351 artigos primitivos, as mais recentes conquistas das legislações avançadas; [projeto denominado Barbosa Chaves] de outro lado, o antigo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Professor Cândido Mota Filho, mais conservador, apresentou um substitutivo de 89 artigos, que, sem qualquer inovação, limitou-se a uma consolidação parcial dos dispositivos mais importantes do CC e das leis esparsas posteriores.³⁷

Esses dois projetos não vingaram. O Governo, então, incumbiu o jurista José Carlos Moreira Alves, então Procurador-Geral da República, de elaborar um novo projeto de lei. Conta Antônio Chaves que, pressionado pela urgência, reduziu o projeto de Código ao de uma Lei, que foi publicada no Diário do Congresso Nacional em 28/11/1973.³⁸ Após a apresentação de algumas emendas, surgiu a Lei nº 5.988, de 14/12/1973 ("Lei 5.988/73"), que vigorou no país por aproximadamente 25 anos.

Posteriormente à entrada em vigor da Lei nº 5.988, de 14/12/1973, que permaneceu praticamente inalterada até 1998, destacamos os seguintes textos legais sobre a matéria.³⁹

³⁶ Cf. CHAVES, A. Idem, p. 54 e COSTA NETTO, J.C. Obra citada, p. 41.

³⁷ CHAVES, A. Idem, p. 55.

³⁸ CHAVES, A. Idem, p. 56.

³⁹ Cf. COSTA NETTO, J.C. Obra citada, p.43, 44.



- (i) Lei nº 6.533, de 24/5/1978 que, “dispondo sobre a regulamentação das profissões de Artista e Técnico em Espetáculo de Diversões, introduziu pioneiramente em nosso Direito a proibição de cessão e promessa de cessão de “direitos autorais conexos e decorrentes da prestação de serviços profissionais”.
- (ii) Lei nº 6.895, de 17/12/1980, que deu nova redação aos artigos 184 e 186 do Código Penal.
- (iii) Lei nº 7.646, de 18/12/1987, que dispõe sobre a proteção intelectual exclusivamente dos programas de computador. Essa Lei foi revogada pela Lei nº 9.609, de 19/2/1998, que é específica para essa matéria.
- (iv) Constituição Federal de 1988, cujo artigo 5º, inciso XXVII, estabelece que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei frisar”; e em seu inciso XXVIII, que “são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas”.
- (v) Lei nº 8.028, de 12/4/1990, que desativou o Conselho Nacional de Direito Autoral, substituindo-o pela Secretaria de Cultura, sem os órgãos que lhe eram subordinados.
- (vi) Lei nº 8.635, de 16/3/1993, que novamente alterou a redação do artigo 184 do Código Penal.

O Brasil ratificou o “Acordo Geral de Tarifas e Comércio da Rodada do Uruguai do GATT”, atual Organização Mundial do Comércio (OMC), que inclui, como um de seus anexos, os “Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relativos ao Comércio” (TRIPS). O TRIPS passou a ser aplicado no Brasil a partir do Decreto Legislativo nº 30, de 15/12/1994 e do Decreto Federal nº 1.355, de 30/12/1994.

Finalmente, a recente Lei nº 9.610, de 19/2/1998, com início de vigência 120 dias após sua publicação no Diário Oficial, ou seja, em 21/6/1998, veio a revogar a Lei nº 5.988, de 14/12/1973. Também datada de 19/2/1998 é a já citada Lei nº 9.609 (Lei do Software) que, dentre outras disposições, regula a proteção intelectual especificamente dos programas de computador.

Na verdade, a Lei 9.610/98 atendeu às pressões internacionais, tendo como intuito colocar o Brasil na mira da “globalização”. Porém, essa lei já nasceu defasada com relação à realidade tecnológica atual, pois tentou traduzir para as obras digitais os mesmos princípios que até hoje eram válidos e eficazes para as obras analógicas, quando tais princípios, na verdade, são incompatíveis.

2.3. Objeto

As obras intelectuais podem nascer de forma autônoma, sem qualquer vinculação com obras anteriores, ou destas se originarem. No primeiro caso, é uma obra originária e, no segundo, pelo processo de transformação,⁴⁰ trata-se de obra derivada, que tem como base outra preexistente e depende de prévia aprovação do criador da obra anterior. O direito de autor protege tanto a obra originária como a derivada.

Para que haja proteção autoral, a obra deve apresentar os seguintes componentes fundamentais: (a) esteticidade: as obras protegidas pelo direito de autor são as que possuem valor estético autônomo, que se encerra em si mesmo, independente da sua origem, destinação ou utilidade prática – apesar da existência de exceções a esse componente, como o direito conexo de autor das emissoras de radiodifusão, a proteção autoral do *software* e da base de dados; (b) o aporte trazido pelo autor: a obra intelectual deve resultar de uma atividade intelectual própria, que acrescenta algo de novo à realidade do mundo; (c) a forma: para que haja proteção autoral, não se leva em conta o conteúdo ou o valor estético da obra, que é um critério discutível, revestido de subjetividade, mas quaisquer formas de expressão dotadas de caráter estético intrínseco; (d) a inserção em suporte: para que haja proteção autoral, a idéia precisa ser materializada em um determinado suporte, em outras palavras, a obra deve passar do *corpus mysticum* para o *corpus mechanicum*, salvo nos casos em que a comunicação é oral, ou mediante expressão corporal, quando a criação se exaure no mesmo ato; e

⁴⁰ É importante esclarecer que a transformação difere da modificação, que constitui um dos direitos morais de autor. José de Oliveira Ascensão preleciona: “A transformação distingue-se assim da modificação. Esta visa substituir a obra existente por uma nova versão, que contém diferenças da original, mas não representa por si uma criação. A transformação coloca ao lado da obra primitiva outra obra, que representa a obra primitiva adaptada a um novo meio de expressão” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, p.176, 177).



(e) a originalidade: a obra deve ser original, isto é, composta por elementos que a tornem única e inconfundível, revestindo-se de traços e caracteres próprios. Essa originalidade deve ter caráter relativo, uma vez que é inevitável o aproveitamento, até inconsciente, do acervo cultural comum. Não se exige, pois, originalidade absoluta, mesmo porque uma mesma idéia pode ser apresentada sob formas diversas. Eduardo Vieira Manso menciona que a originalidade relativa reside na forma externa da obra, isto é, no seu *corpus mechanicum*, na estrutura imediatamente sensível de sua composição ou organização,⁴¹ que permite a proteção autoral das obras derivadas (como as adaptações, os resumos e as traduções), criadas a partir das originárias, desde que devidamente autorizadas pelos seus autores. Caso haja semelhança na forma de expressão entre duas obras criadas por autores diferentes, o plágio estará configurado.

2.4. Conteúdo

2.4.1. Os direitos morais

A proteção autoral da obra advém da materialização em suporte de uma manifestação do espírito. Em outras palavras, é com o ato da criação que surge a proteção autoral da obra.

Como todo processo de criação envolve o emprego de energia para a inserção de uma nova informação no mundo da realidade, entende-se, tradicionalmente, que o autor tem uma relação quase que “genética” com a sua obra.

Por essa razão, os direitos morais de autor são classificados como direitos da personalidade. Na definição de Rubens Limongi França, direitos da personalidade são “faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos”.⁴²

Para Adriano de Cupis, um dos maiores estudiosos da matéria, os direitos da personalidade teriam natureza positiva, uma vez que a sua existência

⁴¹ MANSO, Eduardo Vieira. *A informática e os direitos intelectuais*, p. 124.

⁴² FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade I. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v.26, p.140.

dependeria de concessão pelo ordenamento jurídico.⁴³ No entanto, essa não é a posição dominante entre os civilistas brasileiros, que argumentam que os direitos privados não são apenas aqueles reconhecidos pela lei, mas também pelo costume e pela Ciência do Direito. Assim, os direitos da personalidade teriam como fundamento as imposições da natureza das coisas, ou seja, o direito natural.⁴⁴

No entanto, é difícil conceber o direito moral de autor como um direito natural à autoria, pois a necessidade de identificação do autor de uma obra não é constante no transcorrer da história.

A esse respeito, o filósofo francês Michel Foucault, em seu ensaio intitulado *O que é um autor?*, faz uma interessante reflexão sobre o que denomina *função-autor*, definida como a “característica do modo de existência, de circulação e de funcionamento de alguns discursos no interior de uma sociedade”. Diz ele que

o discurso não era, na sua origem, um produto, uma coisa, um bem; era essencialmente um acto – um acto colocado no campo bipolar do sagrado e do profano, do lícito e do ilícito, do religioso e do blasfemo. Historicamente, foi um gesto carregado de riscos antes de ser um bem preso num circuito de propriedades. Assim que se instaurou um regime de propriedade para os textos, assim que se promulgaram regras escritas sobre os direitos de autor, sobre as relações autores-editores, sobre os direitos de reprodução, etc. – isto é, no final do século XVIII e no início do século XIX –, foi nesse momento que a possibilidade de transgressão própria do acto de escrever adquiriu progressivamente a aura de um imperativo típico da literatura. [E conclui:] Por outro lado, a função autor não se exerce de forma universal e constante sobre todos os discursos. Na nossa civilização, nem sempre foram os mesmos textos a pedir uma atribuição. Houve um tempo em que textos que hoje chamaríamos “literários” (narrativas, contos, epopéias, tragédias, comédias) eram recebidos, postos em circulação e valorizados sem que se pusesse a questão da autoria; o seu anonimato não levantava dificuldades, a sua antiguidade, verdadeira ou suposta, era uma garantia suficiente.⁴⁵

⁴³ DE CUPIS, Adriano. Citado por FRANÇA, R.L. Idem, p.142.

⁴⁴ Nesse sentido, ver FRANÇA, R.L. Idem, p.142; DE MATTIA, Fábio Maria. Direitos da Personalidade II. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v.26. São Paulo: Saraiva, 1977. p.147-165, especialmente à p.155; e BITTAR C.A. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, especialmente à p.7.

⁴⁵ FOUCAULT, Michel. *O que é um autor?*, p. 46-48.



Assim, no âmbito da tecnologia digital e da Internet, poder-se-ia defender o deslocamento da natureza do direito moral de autor do nebuloso campo naturalista da mera “ordem das coisas” para o campo funcional da identificação de quem emite a mensagem durante um discurso,⁴⁶ com base na tendência contemporânea de substituição da consciência transcendental subjetiva pela revitalização da moral através dos jogos de linguagem.⁴⁷ Sob esse aspecto, o direito moral de autor deixaria de ser visto como uma mera proteção de um valor individualista do sujeito-autor para passar a ser concebido como um interesse social no reconhecimento da identidade do emissor da mensagem.⁴⁸

Por serem classificados como direitos da personalidade, os direitos morais de autor têm as seguintes características fundamentais: a pessoalidade, a perpetuidade (não se extinguem), a inalienabilidade (não podem ser transferidos), a imprescritibilidade (podem ser demandados judicialmente a qualquer tempo) e a impenhorabilidade (não suportam constrição judicial).⁴⁹

⁴⁶ Partindo de uma noção funcional da privacidade, entendida como a possibilidade de um sujeito conhecer, controlar, endereçar, interromper o fluxo de informações que lhe dizem respeito, Stefano Rodotà vem a defini-la, de uma forma ampla, como o direito de manter o controle sobre as próprias informações. Tal definição poderia também englobar o direito moral de autor (RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti*, p.21, 101).

Sobre a proteção à intimidade na sociedade da informação, ver FROSINI, Vittorio. *Il diritto nella società tecnologica*. Milano: Giuffrè, 1981, especialmente às p.271-294.

⁴⁷ Tal fato é explicado por Franco Crespi, nas seguintes palavras: “La critica del concetto di spirito assoluto di Hegel e la crisi del concetto tradizionale di soggettività, che trova la sua espressione più radicale in Nietzsche e in Freud, ha portato alla sostituzione, nel pensiero contemporaneo, della critica della coscienza trascendentale di tipo kantiano con la critica trascendentale del linguaggio, connessa con il concetto hegeliano di spirito oggettivo: il problema del senso non viene più affrontato nei termini della sua genesi trascendentale legata all’intenzionalità della coscienza soggettiva, bensì in quelli dell’analisi logica dei modi di produzione dei significati linguistici; al paradigma coscienzialistico della tradizione filosofica viene a sostituirsi un paradigma linguistico-pragmatico” (CRESPI, Franco. *Le vie della sociologia*, p.244, 245).

Com base nessa tendência, Sergio Paulo Rouanet faz uma interessante reflexão sobre a possibilidade de reconstrução de um Iluminismo moderno, sem regredir a soluções arcaicas anteriores ao Iluminismo ou reconduzir a ação moral a fundamentos religiosos. Para tanto, ele toma como base a ética discursiva de Jürgen Habermas e explica que seria possível, “a partir de uma perspectiva discursiva, comprovar a existência de um núcleo mínimo de normas universais”. Essas normas, segundo Rouanet, estariam contidas nas próprias estruturas de interação e comunicação discursiva, e acrescenta que “a mera idéia da comunicação já aponta para o valor do entendimento mútuo e para a norma da não violência”. Assim, cada pretensão de validade remeteria a um determinado valor: “a vinculada às proposições factuais remete à verdade, a vinculada às proposições prescritivas remete à justiça, a vinculada às proposições subjetivas remete à veracidade” e assim sucessivamente (ROUANET, Sergio Paulo. “Dilemas da moral iluminista”. In: *Ética*, p.161).

⁴⁸ Nesse sentido, já se pronunciou o Tribunal de Roma em 1982: “la tutela del diritto morale d’autore realizza ad un tempo l’interesse privato e l’interesse pubblico, assicurando al titolare la possibilità di farsi riconoscere attraverso l’opera dell’ingegno [...] ed alla collettività di evitare ogni forma di inganno nell’attribuzione della paternità intellettuale, condizione prima per la difesa della cultura e della verità dell’informazione”. (Tribunal de Roma, 25 de julho de 1984. In: “Giur.it” I, 1985).

⁴⁹ Cf. BITTAR, C.A. *Direito de autor*, p. 48.

A Lei 9.610/98, em seu artigo 27, dispõe que os direitos morais de autor são inalienáveis e irrenunciáveis.

O artigo 6 *bis*, alínea 1 da Convenção de Berna, estabelece que “independentemente dos direitos patrimoniais do autor, e mesmo após a cessão desses direitos, o autor conserva o direito de reivindicar a paternidade da obra e de se opor a qualquer deformação, mutilação ou outra modificação dessa obra ou a qualquer atentado à mesma obra que possam prejudicar a sua honra ou a sua reputação”.

Porém, de acordo com o TRIPS, os países signatários deverão cumprir o disposto nos artigos 1 a 21 e apêndice da Convenção de Berna, mas não terão direitos ou obrigações com relação ao disposto pelo artigo 6 *bis* da Convenção de Berna, que assegura os direitos morais de autor. Portanto, o TRIPS não obriga os países signatários a preverem os direitos morais de autor em suas legislações internas.

Apesar dessa disposição do TRIPS, a Lei 9.610/98, em consonância com a tendência mundial e em respeito ao sistema de proteção autoral que se desenvolveu no país, manteve a proteção aos direitos morais de autor, que já eram assegurados pela Lei nº 5.988/73.

Se examinarmos o teor do artigo 24 da Lei 9.610/98, veremos que os direitos morais de autor ali apontados podem ser resumidos nos seguintes direitos: (a) direito de paternidade;⁵⁰ (b) direito à integridade e à não-modificação da obra;⁵¹ (c) direito de não-publicação e de retirada da obra de circulação;⁵² e (d) direito a exemplar único e raro da obra.⁵³

⁵⁰ De acordo com o artigo 24 da Lei 9.610/98, o direito de paternidade encontra-se previsto nos incisos I e II, a saber: “Art. 24. São direitos morais do autor: I. o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; II. o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra; (...)”.

⁵¹ Previsto nos incisos IV e V do artigo 24 da Lei 9.610/98:

“IV. o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-la, como autor, em sua reputação ou honra;

V. o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada”.

⁵² Previsto nos incisos III e VI do artigo 24 da Lei 9.610/98: “III. o de conservar a obra inédita; VI. o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem”.

⁵³ Previsto no inciso VII do artigo 24 da Lei 9.610/98: “VII. O de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado”.



Com relação ao *software*, o artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei 9.609/98, reduziu o escopo dos direitos morais de autor, que ficam limitados (a) ao direito de paternidade; e (b) ao direito à não-modificação do programa.⁵⁴

Com a morte do autor, os direitos referidos nos incisos (i) a (iv) do artigo 24 da Lei 9.610/98 são transmitidos aos sucessores, conforme estabelece o Parágrafo 1º desse mesmo artigo. O Parágrafo 3º desse mesmo artigo dispõe que, nos casos dos incisos (v) e (vi), ressalvam-se as prévias indenizações a terceiros quando couberem.

2.4.2. Os direitos patrimoniais

Os direitos patrimoniais de autor dizem respeito à utilização econômica da obra e constituem uma faculdade, uma vez que o autor pode ou não autorizar, bem como determinar as condições de uso da sua obra.⁵⁵

De acordo com Carlos Alberto Bittar, são características básicas dos direitos patrimoniais: o cunho real, o caráter de bem móvel⁵⁶ (para que seja disposto pelos meios possíveis); a alienabilidade (para permitir o seu ingresso no comércio jurídico); a temporaneidade (são protegidos por um determinado prazo legal); a penhorabilidade (a possibilidade de sofrer constrição judicial); e a prescritibilidade (a perda da ação por inércia no prazo previsto em lei).⁵⁷

O artigo 29 da Lei 9.610/98 relaciona, de maneira exemplificativa (e, portanto, não taxativa), as formas de utilização da obra, que sempre dependerão da prévia e expressa autorização do autor. São elas: I – a reprodução parcial ou integral; II – a edição; III – a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações; IV – a tradução para qualquer idioma; V – a inclusão em fonograma ou produção audiovisual; VI – a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra; VII – a distribuição para oferta de obras ou produções

⁵⁴ O artigo 2º, parágrafo 1o, da Lei 9.609/98, dispõe o seguinte:

“§ 1º. Não se aplicam ao programa de computador as disposições relativas aos direitos morais, ressalvado, a qualquer tempo, o direito de autor de reivindicar a paternidade do programa de computador e o direito de autor de opor-se a alterações não autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação do programa de computador, que prejudiquem a sua honra ou a sua reputação”.

⁵⁵ Cf. artigos 28 e 29 da Lei 9.610/98.

⁵⁶ Cf. artigo 3º da Lei 9.610/98.

⁵⁷ BITTAR, C.A. Obra citada, p. 50.

mediante cabo, fibra ótica, satélite, onda ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou a produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe pagamento pelo usuário; VIII – a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica (mediante: a) representação, recitação ou declamação; b) execução musical; c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos; d) radiodifusão sonora ou televisiva; e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva; f) sonorização ambiental; g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado; h) emprego de satélites artificiais; i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados; j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas); IX – a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero; e X – quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.

3. O impacto da tecnologia digital no campo autoral

3.1. Tecnologia digital e mudança de função do direito de autor

Os institutos jurídicos mudam de função ao sabor das mudanças históricas, adaptando-se às novas exigências sociais.

As transformações sociais, advindas principalmente das novas tecnologias, levaram a uma mudança de função do direito de autor: de mecanismo de estímulo à produção intelectual, ele passou a representar uma poderosa ferramenta da indústria dos bens intelectuais para a apropriação da informação enquanto mercadoria, ocasionando uma redução da esfera da liberdade de expressão, do acesso ao conhecimento, à informação e à cultura, transformando-se em um obstáculo a formas mais dinâmicas de criação e circulação de obras intelectuais.

Cumprir tecer alguns comentários sobre a evolução histórica da função do direito de autor a partir da ótica da esfera pública, vista por Jünger



Habermas como os diversos aspectos da vida social, nos quais a opinião pública é formada.⁵⁸

O propósito da esfera pública seria efetuar a mediação entre o Estado e a sociedade. A partir do século XVIII, os meios de comunicação – jornais, revistas, encontros na cidade, rádio e televisão – passaram a operar como espaços de interação pública. Segundo Siva Vaidhyathan, o contexto político do século XVIII foi fundamental para o desenvolvimento do direito de autor. Mas a partir do século XIX, o Estado e as instituições comerciais passaram a assumir as funções da esfera pública.⁵⁹

O acesso à esfera pública, idealmente, deveria ser o mais democrático possível e aberto a todos os cidadãos. Porém, alguns membros da esfera pública são mais ouvidos do que outros, por deterem dinheiro, credencial ou reputação, principalmente.⁶⁰

Com isso, a informação passou a ser cada vez mais “filtrada”, “editada” e “certificada” por uma classe de “peritos”, o que acabou culminando com a centralização e a corporativização da informação e do acesso e, conseqüentemente, a erosão da esfera pública. Ao assumir o controle da informação necessária para a tomada de decisões, essa classe de “peritos” aumentou sua influência sobre as formas de exercício de poder.⁶¹

Ocasionalmente, as novas tecnologias tendem a democratizar o acesso e o uso da informação, como é o caso da Internet. No entanto, as instituições

⁵⁸ Ver HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

⁵⁹ VAIDHYANATHAN, Siva. *Copyrights and copywrongs: the rise of intellectual property and how it threatens creativity*, p.6, 192. Nas palavras do autor: “the eighteenth-century public sphere was essential to the establishment of copyright law, and copyright’s subsequent transformations coincide with the general structural transformation of the public sphere. (...) As a result of this transformation, state and commercial institutions have assumed some of the functions of the public sphere (...)”. (Omissões nossas).

⁶⁰ Cf. VAIDHYANATHAN, S. Idem, p.191, 192. Na versão em inglês: “Ideally, access to the public sphere should be as democratic as possible, open to all citizens. In reality, some members of the public are louder than others, amplified by money, credentials, or reputation”.

⁶¹ Cf. LIPPMANN, Walter. Citado por VAIDHYANATHAN, S. Idem. p.6, 7. Nas palavras do autor: “(...) true, dependable, and useful information was fixable and usable, but only if a class of experts could filter, edit, and certify the information first. (...) American political culture since Lippmann’s Public Opinion has been marked by steady centralization and corporatization of information and access. Experts have simultaneously assumed control of the information necessary for decision making and increased their influence over the means of exercising power” (Omissões nossas)..

comerciais e o próprio governo, valendo-se de determinadas ferramentas (dentre as quais, o direito de autor), acabam por impedir esse processo. Portanto, o direito de autor e sua função na sociedade resultam do processo de esvaziamento da esfera pública.⁶²

Historicamente, é interessante observar que o direito de autor não nasceu como um direito de propriedade, mas como uma política do governo para concessão de um monopólio bastante restrito voltado à comercialização temporária de determinadas criações intelectuais.

Com o passar do tempo, os tratados internacionais, juntamente com a legislação dos diversos países e as decisões dos tribunais, passaram a considerar o direito de autor como algo próximo a um direito de propriedade, ou ainda, como um direito natural do criador da obra intelectual.

Nos Estados Unidos da América, contribuíram para tanto os interesses das instituições comerciais que se beneficiavam do fortalecimento desse direito e do prolongamento do prazo de proteção de suas criações intelectuais. E o direito, como produto das forças políticas dominantes em uma determinada época, não pôde deixar de proteger o fruto intelectual dessa classe hegemônica, composta de importantes instituições comerciais na área do entretenimento e das telecomunicações.

Hoje, o interesse da indústria dos bens intelectuais move todo um processo de alargamento do objeto de proteção do direito de autor e de prolongamento do seu prazo de proteção.

É por essa razão que o direito de autor mascara hoje em dia o fato de funcionar como uma poderosa ferramenta da indústria do entretenimento e da informação e não do sujeito-autor, que se vê na condição de ter que abrir mão de seus direitos em prol dessa indústria, para que possa auferir lucro com a comercialização da sua obra.

⁶² Cf. VAIDHYANATHAN, S. *Idem*, p.7. Na versão em inglês: "Occasionally, technological innovations such as the Internet threaten to democratize access to and use of information. However, governments and corporations – often through the expansion of copyright law – have quickly worked to correct such trends. Therefore, considering copyright issues as a function of the failure of the public sphere simultaneously reveals the poverty of the public sphere and the ways in which a healthy public sphere would depend on 'thin' copyright policy".

3.2. Tecnologia digital e crise da subjetividade da autoria

As novas tecnologias possibilitaram o aparecimento de um outro tipo de proposta estética, calcada na interatividade, na recombinação e na criação como ato coletivo.⁶³

As novas tecnologias permitem que as obras digitais sejam constantemente alteradas, não apenas pelo seu criador, mas também pelo usuário. Por essa razão, há quem diga que “arte acabada” seria coisa do passado, pois em meios digitais ela deveria ser entendida como “arte-processo”, uma vez que estaria em constante construção.

O jornal Folha de S.Paulo noticiou que, na Inglaterra, dois irmãos chocaram o mundo ao modificar gravuras da série “Desastres da Guerra”, de Goya, interferindo diretamente nos originais de uma tiragem completa, colorindo com aquarela os rostos dos carrascos e de suas vítimas, transmutando-os em seres com cabeça de cachorro, macaco ou palhaço. Disse a reportagem: “por fundamentados que estejam conceitualmente ao adulterar obras originais do gênio espanhol e por mais lastros na história da arte que se possam encontrar – desde o gesto iconoclasta de Duchamp ao colocar bigodes na ‘Monalisa’ de Leonardo da Vinci até o ‘Desenho Apagado de De Kooning’, por Rauschenberg – as críticas à obra dos Chapman [os dois irmãos ingleses] pulularam”.⁶⁴

⁶³ Sobre as conseqüências da interatividade e da criação como ato coletivo no âmbito do direito de autor, ver CARBONI, Guilherme C. *O direito de autor na multimídia*, especialmente as p.168-180.

Ao ser indagado sobre como ficaria a questão da subjetividade da autoria no contexto da produção tecnológica, Arlindo Machado assim se expressou: “o autor é uma herança de pelo menos cinco séculos de história da arte. A autoria não esteve presente ao longo de toda a história da cultura humana, ela é datada historicamente. A mitologia não é criada por ninguém, é fruto da história de um povo. As catedrais góticas da Idade Média não estão assinadas, quem foi o arquiteto? Foi uma civilização. Acho que estamos voltando um pouco a essa indiferenciação do autor, no sentido de que o artista hoje, ao trabalhar com um programa de computador, já está dialogando com as inteligências que estão ali; toda a engenharia que está ali foi produzida por gerações e gerações de cientistas, de engenheiros, que permitiram que aquele resultado chegasse até a mão do artista. Além disso, o artista hoje tem que dialogar com outros talentos, ele não pode dominar todas as etapas da sua criação; ele às vezes precisa de recursos de programação e tem que recorrer a um programador, ele precisa de uma modificação no hardware e precisa então de um engenheiro de hardware, então a tendência, cada vez mais, é a obra ir se tornando coletiva, isso se vê na história das artes tecnológicas: os artistas que tiveram os melhores resultados foram os que trabalharam em equipe (...). Nesse sentido, sim, a autoria, a assinatura, precisa ser relativizada” (MACHADO, Arlindo. Citado por MONACHESI Juliana. A nova subjetividade aparelhada. *Folha de S. Paulo*, Caderno Mais!, 4 de julho de 2004, p.3 (Omissões nossas).

⁶⁴ Cf. MONACHESI, Juliana. “Vandalismo conceitual”. *Folha de S. Paulo*, Caderno Mais!, 13 de julho de 2003, p.5.

Este é apenas um exemplo de uma miríade de movimentos e grupos chamados de “coletivos”, que se definem como ativistas e que realizam os mais variados trabalhos no campo das artes, que vão desde a criação de obras com base em materiais “ilegais” (isto é, utilizados sem a autorização dos detentores dos direitos autorais)⁶⁵ até a realização de projetos abertos à interatividade com o público, de forma que ele possa livremente modificar o seu conteúdo, ou ainda, aproveitá-lo na criação de suas próprias obras.

O Brasil também assiste hoje ao surgimento de inúmeros “coletivos”, que se apropriam das estratégias dos anos 1960-70 para atacar a “máquina da globalização neoliberal, contra o desmanche das instituições culturais e contra o canibalismo da produção artística pelo sistema comercial” mas, principalmente, “que diluem a autoria da obra de arte e problematizam a realidade social e cultural da região em que estão sediados”.⁶⁶

Sobre o surgimento desses novos grupos de artistas, Fernando Cocchiarale comenta:

se os grupos nos anos 70 se formavam em torno de questões reais que a todos afetavam (a ditadura, por exemplo), atualmente eles se formam por uma espécie de empatia intersubjetiva (que revela e traz à tona a crise do sujeito no mundo contemporâneo), cujo ritmo e configuração possuem uma fragilidade muito maior do que a forjada em torno de objetivos concretos coletivos. A fragilidade dos compromissos permanentes com idéias ou causas no cotidiano contemporâneo, com sua configuração híbrida e mutante, guarda uma evidente relação com a nova realidade, tecida em rede, na qual relações são refeitas continuamente a partir de novas conexões. [A respeito de que ele atribui o surgimento desses grupos, Cocchiarale respondeu:] A

⁶⁵ Há um interessante projeto nos Estados Unidos da América denominado “Illegal Art”, que defende a total liberdade de expressão, o que inclui a utilização de obras protegidas por direitos autorais sem a autorização dos respectivos titulares (Ver o website <www.illegal-art.org>).

⁶⁶ Cf. MONACHESI, Juliana. “A explosão do a(r)tivismo – o jogo das subjetividades convergentes”. *Folha de S. Paulo*, Caderno Mais!, 6 de abril de 2003, p.5. Dentre esses grupos, Juliana Monachesi destaca os seguintes: After-Ratos, A.N.T.I. Cinema, A Revolução Não Será Televisada, Atrocidades Maravilhosas, Bete Vai à Guerra, Camelo, Empreza, Entorno, Flesh Nouveau, Formigueiro, Fumaça, GRUPO, Laranjas, Los Valderramas, M.T.A.W., Núcleo Performativo Subterrânea, ogrupovapor, Rejeitados, RRADIAL, Transição Listrada, Urucum e Valmet. Além desses projetos, cabe ressaltar o trabalho de produção de música colaborativa realizado pelo coletivo Re:combo (<www.recombo.art.br>), que reúne DJs, professores de história, artistas plásticos, advogados, jornalistas, animadores, programadores e músicos de todos os cantos do Brasil. Trabalhando com músicas inacabadas e pedaços soltos de gravações individuais, o processo de criação é mais importante que o fim em si. Não existem músicas prontas, uma vez que elas estão sempre abertas a novas intervenções. (Cf. MATIAS, Alexandre. “Som na rede é aberto a invenções”. *Folha de S. Paulo*, Caderno Informática, 19 de fevereiro de 2003, p.F2).



consolidação da democracia no Brasil, combinada com as questões essenciais do mundo contemporâneo, aponta não mais para objetivos comuns a grandes grupos, antes representados pela utopia socialista, mas para aquilo que Foucault chamou de micropoderes. A luta social passa agora pelas inúmeras esferas constituídas por campos profissionais específicos ou por estamentos e minorias. Essa fragmentação de objetivos gera não só uma dispersão na esfera do sujeito como também na do objeto político. No campo das artes a subjetivação não se manifesta apenas no eixo da produção, mas no âmbito institucional. A existência de novos agentes, como o curador (cuja subjetividade pode resultar no agrupamento de artistas em torno de temas e questões que os artistas não formularam), gera fatalmente uma tensão entre esses poderes. Não há nada de errado nisso.⁶⁷

De acordo com o coletivo *Critical Art Ensemble*, o Iluminismo não conseguiu fornecer uma unidade de análise que pudesse atuar como uma base de significado. Da mesma forma que a conexão entre um significante e seu referente é arbitrária, a unidade de significado usada para qualquer análise textual específica também o é. O texto em si flui, embora o jogo de linguagem da ideologia possa dar a ilusão de estabilidade, criando um bloqueio ao manipular as pressuposições inconscientes da vida cotidiana. Conseqüentemente, um dos principais objetivos do plagiador é restaurar o fluxo dinâmico e instável do significado, apropriando-se de fragmentos da cultura e recombinao-os. Dessa forma, podem ser produzidos significados que não estavam anteriormente associados a um objeto ou a um determinado conjunto de objetos.⁶⁸

Marcel Duchamp talvez tenha sido um dos primeiros a compreender o potencial da recombinação. Sua recontextualização de objetos em relação aos quais ele era “visualmente indiferente” possibilitou-lhe deslocar os seus significados.⁶⁹

No entanto, o direito de autor não foi concebido para entender essa recontextualização das obras intelectuais. Para o direito de autor, um texto ou uma imagem utilizada em um outro contexto seria o mesmo texto ou a mesma imagem. O próprio conceito de obra adaptada reflete esse raciocínio: para que se adapte um livro para o cinema, é necessária a autorização do autor do livro. Mas

⁶⁷ COCCHIARALE, Fernando. Citado por MONACHESI, J. Idem, p.6.

⁶⁸ CRITICAL ART ENSEMBLE. *Distúrbio eletrônico*, p. 86.

⁶⁹ Cf. CRITICAL ART ENSEMBLE. Idem, ibidem.

evidentemente a obra audiovisual jamais será o livro. Assim, ao estabelecer a possibilidade de o autor de uma obra qualquer não autorizar a criação de uma obra derivada desta a partir de uma nova forma de expressão, proibem-se novas leituras ou interpretações dessa obra.

Há que se examinar ainda as questões relativas ao *software* livre e às licenças chamadas *creative commons*, que surgiram como consequência da exclusão digital propiciada pelo direito de autor. Isto porque a exclusão digital vai além da privação de computador, de linha telefônica, de provedor de acesso e mesmo de conhecimento para utilizar esses equipamentos e “navegar” na Internet. Na verdade, a exclusão digital também diz respeito à necessidade de maior liberdade de criação⁷⁰ e fruição de bens intelectuais, o que remete à questão da rigidez na estruturação do direito de autor.

Por “software livre”, entende-se a liberdade de os usuários executarem, copiarem, distribuírem, estudarem, modificarem e aperfeiçoarem um determinado programa de computador. O “software livre” tem como base quatro tipos de liberdade para os usuários do software: (a) a liberdade de executarem o programa para qualquer propósito; (2) a liberdade de estudarem como o programa funciona e adaptá-lo para as necessidades do usuário, sendo que o acesso ao código-fonte é um pré-requisito para essa liberdade; (3) a liberdade de redistribuírem cópias, de modo que o usuário possa ajudar a um terceiro; (4) a liberdade de aperfeiçoarem o programa e de liberarem os seus aperfeiçoamentos, de modo que toda a comunidade se beneficie.

Um programa de computador é considerado “software livre” se os usuários tiverem todas essas liberdades. A mera abertura do código-fonte, sem a concessão dessas quatro liberdades, caracteriza um programa de código-fonte aberto (*open source*) e não um “software livre”.

É importante ressaltar que o “software livre” não implica a aquisição gratuita do programa, pois este pode ser comercializado mediante pagamento,

⁷⁰ A esse respeito, Lawrence Lessig diz o seguinte: “digital technology could enable an extraordinary range of ordinary people to become part of a creative process. To move from the life of a ‘consumer’ (just think about what that word means – passive, couch potato, fed) of music – and not just music, but film, and art, and commerce – to a life where one can individually and collectively participate in making something new”. (LESSIG, Lawrence. *The future of ideas: the fate of commons in a connected world*, p. 9).



como qualquer outro “software não-livre” (que é comumente denominado “software proprietário”).

Também não implica uma ausência de direito de autor. De fato, existe um titular de direitos autorais sobre o “software livre”, aquele que originalmente criou o programa. O que ocorre com o “software livre” é que sua exploração e divulgação são efetuadas de forma livre, mediante uma licença denominada GPL (*General Public License*), sem a necessidade de autorização do autor primígeno para utilizar, modificar e distribuir o programa de computador.

Num primeiro momento, o “software livre” foi bastante combatido pela indústria de *software*, pois colocava em xeque o modelo do programa com código-fonte fechado e distribuído somente mediante autorização do titular dos direitos autorais. Hoje representa um novo modelo de negócio para a própria indústria de *software* que antes o combatia. Isto porque os ganhos financeiros dessa indústria estão cada vez mais se voltando para os serviços decorrentes da utilização do programa de computador do que da sua venda como produto acabado.

O desenvolvimento de “software livre” foi inclusive recomendado pela Organização Mundial do Comércio (OMC) para os países em desenvolvimento, no documento denominado “Relatório da Comissão para Direitos da Propriedade Intelectual – Integrando Direitos da Propriedade Intelectual e Políticas de Desenvolvimento”.

Nessa linha, o Governo Federal do Brasil iniciou um processo de substituição dos programas proprietários de computador pelo “software livre”. Esse mesmo fenômeno ocorreu na China, no Japão, na Coreia do Sul, na Noruega e em diversos outros países, por recomendação da OMC.

Eric Raymond comparou dois estilos distintos de desenvolvimento de *software*: o modelo de *software* comercial, denominado “catedral”, e o modelo de *software* com código-fonte aberto, denominado “bazar”.⁷¹

No modelo “bazar”, qualquer pessoa com acesso à Internet e com habilidades de programação pode integrar o processo de desenvolvimento do *software*.

⁷¹ Ver RAYMOND, Eric. The cathedral and the bazaar (disponível em <<http://www.catb.org/~esr/writings/cathedral-bazaar/cathedral-bazaar/>>: acesso em 10 de fevereiro de 2005).

É por essa razão que Raymond argumenta que o desenvolvimento do “software livre” envolve um número tão grande de horas de programação qualificada a um custo orçamentário zero que dificilmente uma grande corporação poderia dispor de algo equivalente. No modelo “bazar”, as versões do programa são lançadas e testadas diariamente pela comunidade distribuída na rede. Os problemas são rapidamente descobertos, o *software* é constantemente melhorado e as novas versões são velozmente distribuídas.⁷²

No modelo de desenvolvimento proprietário, a lógica pululante dos “bazares” e de suas “tendas” é substituída pela hierarquia da “catedral”. As versões do *software* estilo “catedral” só podem ser liberadas após inúmeros testes e a superação de todos os problemas. Além disso, os usuários não têm acesso ao código-fonte e não participam do constante aprimoramento do programa.⁷³

Para Raymond, a capacidade de inovação do “software livre” é muito mais alta do que a do “software proprietário”, tendo em vista a superioridade do modelo “bazar” sobre o “catedral”.

Passemos agora para a questão da licença *creative commons*,⁷⁴ que permite ao autor dispor da sua obra como bem entender, inclusive, abrindo mão de alguns de seus direitos autorais sobre a mesma.

A licença *creative commons* surgiu nos Estados Unidos da América, é mantida pela Universidade de Stanford, e vem sendo amplamente popularizada no Brasil, principalmente pelo incentivo que o Ministério da Cultura tem dado para que os artistas passem a utilizá-la na divulgação de suas obras.

Ao conceder a licença *creative commons*, o autor deverá optar positiva ou negativamente com relação aos quatro seguintes tópicos: (a) se haverá ou não obrigatoriedade de o usuário sempre ter de atribuir a autoria; (b) se haverá ou não permissão para uso comercial; (c) se haverá ou não

⁷² Cf. SILVEIRA, S. A. da. “Inclusão digital, software livre e globalização contra-hegemônica”. In: SILVEIRA, Sérgio Amadeu da & CASSINO, João (Org.). *Software Livre e Inclusão Digital*, p.38.

⁷³ Cf. SILVEIRA, S. A. da. *Idem*, *ibidem*.

⁷⁴ O *website* do projeto “creative commons” é <www.creativecommons.org>.



permissão para a realização de obra derivada; e (d) se a obra será ou não jogada em domínio público. Para todas essas hipóteses, a concessão da licença *creative commons* pressupõe o chamado *share alike*, que é a obrigatoriedade de o usuário somente poder disponibilizar a obra criada pelo autor com base na licença *creative commons*, e sempre sob a mesma forma (com relação aos quatro tópicos supramencionados) em que recebeu a licença do autor primígeno.

Como a licença *creative commons* é um modelo importado dos Estados Unidos da América, houve a necessidade da sua tradução e adequação à legislação autoral brasileira, trabalho esse que foi levado a cabo pelo Centro de Tecnologia e Sociedade (CTS) da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV/RJ).

Nesse trabalho, algumas questões jurídicas relativas à implementação da licença *creative commons* no Brasil foram levadas em consideração, visando adequá-la à nossa legislação autoral. São elas: (a) como o autor poderia renunciar à atribuição da autoria se, de acordo com a nossa legislação, esta é um direito moral e, portanto, irrenunciável?; (b) se o usuário não firma nenhum contrato com o autor, como seria válida a licença *creative commons*, uma vez que se tornaria uma declaração unilateral e a nossa lei exige a existência de contrato para que o autor possa renunciar a alguns de seus direitos autorais?; (c) a obrigação de o usuário redistribuir uma obra derivada da original da mesma forma em que o autor autorizou a primeira distribuição seria válida, ou o usuário que efetuou a derivação seria titular de um novo direito que não estaria condicionado ao que lhe havia sido concedido pelo autor?; e (d) poderia o autor decidir, por sua própria conta, deixar a obra cair em domínio público?

Um ponto de extrema importância, que foi considerado na adaptação da licença *creative commons* ao sistema legal brasileiro, diz respeito à possibilidade de o autor da obra primígena poder interferir na obra derivada, a ponto de determinar que a mesma seja divulgada nos mesmos moldes da que lhe deu origem. Pode-se entender, porém, que a resposta a essa indagação é afirmativa, isto é, nesses casos, o direito de autor sobre a obra derivada nasceria condicionado à vontade do autor primígeno.

Todas essas observações foram levadas em conta pelo CTS da FGV/RJ ao efetuar a adaptação da referida licença para o sistema legal brasileiro. Dessa forma, todas as licenças *creative commons*, no Brasil, exigem atribuição de autoria. Com relação à possibilidade de o autor deixar a obra cair em domínio público, tal regra somente seria aplicável nos Estados Unidos da América; não mais existe essa opção na licença brasileira.

4. As limitações ao direito de autor

Os artigos 46 a 48 da Lei 9.610/98 tratam das limitações aos direitos autorais, entendidas por Eduardo Vieira Manso como “uma consequência da função social das obras, atendendo ao inafastável interesse público pelo desenvolvimento cultural”.⁷⁵

Tais limitações têm como base: (a) o direito à reprodução de notícia;⁷⁶ (b) o direito de imagem;⁷⁷ (c) o direito dos deficientes visuais;⁷⁸ (d) o direito à reprodução de pequenos trechos;⁷⁹ (e) o direito de citação de passagens para fins de estudo, crítica ou polêmica;⁸⁰ (e) o direito ao aprendizado;⁸¹ (f) o direito de demonstração da obra à clientela;⁸² (g) o

⁷⁵ MANSO, Eduardo Vieira. “Utilização de obras intelectuais alheias para organização de antologias e compilação justapostas a obra original”. In: *Revista dos Tribunais*, v.589, nov. 1984, p.39.

⁷⁶ O artigo 46, inciso I, letra “a”, dispõe o seguinte: “Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: I. a reprodução: a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diário ou periódico, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos; b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza”.

⁷⁷ A letra “c”, inciso I, do artigo 46, diz não constituir ofensa aos direitos autorais a reprodução “de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros”.

⁷⁸ A letra “d”, inciso I, do artigo 46, diz não constituir ofensa aos direitos autorais a reprodução “de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários”.

⁷⁹ O inciso II, do artigo 46, diz não constituir ofensa aos direitos autorais, “a reprodução, em um só exemplar, de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro”.

⁸⁰ O inciso III, do artigo 46, diz não constituir ofensa aos direitos autorais, “a citação em livros, jornais ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra”.

⁸¹ O inciso IV, do artigo 46, diz não constituir ofensa aos direitos autorais, “o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou”.

⁸² O inciso V, do artigo 46, diz não constituir ofensa aos direitos autorais, “a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos

direito à representação teatral e à execução musical em domicílio e para fins didáticos;⁸³ (h) o direito de produzir prova judiciária ou administrativa;⁸⁴ (i) o direito de reproduzir pequenos trechos de obras preexistentes em obra maior;⁸⁵ (j) o direito à paráfrase e à paródia;⁸⁶ e (k) o direito de reprodução de obras situadas em logradouros públicos.⁸⁷

No que diz respeito à reprodução de notícia, artigo informativo, discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza por empresas que se dedicam à divulgação de notícias, as letras “a” e “b”, do inciso I do artigo 46, utilizam, respectivamente, os termos “imprensa diária ou periódica” e “diários ou periódicos”. Entretanto, os termos “imprensa diária ou periódica” e “diários ou periódicos” não são apropriados para identificar as empresas que se dedicam à divulgação de notícias, pois levam a crer que somente aquelas que se dedicam à imprensa escrita estariam abrangidas pelos referidos dispositivos legais.

Como grande parte da notícia que hoje circula advém da imprensa radiofônica e televisionada, bem como da Internet, por meio de empresas que não poderiam ser classificadas propriamente como “imprensa diária ou periódica”, os referidos dispositivos legais deveriam ser alterados para também abrangerem os meios radiofônicos, televisivos, eletrônicos e digitais de divulgação de notícias e os discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza.

O dispositivo mais polêmico das limitações aos direitos autorais na Lei 9.610/98 é, sem dúvida, o artigo 46, inciso II, que estabelece não constituir

⁸³ O inciso VI, do artigo 46, diz não constituir ofensa aos direitos autorais, “a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro”.

⁸⁴ O inciso VII, do artigo 46, diz não constituir ofensa aos direitos autorais, “a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa”.

⁸⁵ O inciso VIII, do artigo 46, diz não constituir ofensa aos direitos autorais, “a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores”.

⁸⁶ O artigo 47 da Lei 9.610/98 dispõe o seguinte:

“Art. 47. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito”.

⁸⁷ O artigo 48 da Lei 9.610/98 dispõe o seguinte:

“Art. 48. As obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais”.

ofensa aos direitos autorais “a reprodução, em um só exemplar, de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro”. Esse dispositivo legal reproduz, parcialmente, o artigo 49, inciso II da Lei 5.988/73,⁸⁸ porém introduzindo algumas palavras que conferem uma alteração significativa no intuito da norma.

Essa alteração de sentido no referido dispositivo da Lei 9.610/98 é provocada, sobretudo, pela substituição da expressão “de qualquer obra” (conforme a regra da Lei 5.988/73) pela “de pequenos trechos”. Com efeito, se antes era autorizada a reprodução “de qualquer obra” (o que significa: a obra inteira), hoje somente se podem reproduzir “pequenos trechos” de uma obra.

Podemos exemplificar, dizendo que, sob a égide da Lei 5.988/73, um livro inteiro poderia ser reproduzido, desde que não se destinasse à utilização com intuito de lucro. Com a entrada em vigor da Lei 9.610/98, não se pode mais copiar um livro inteiro, mas apenas pequenos trechos, ainda que para uso particular e sem intuito de lucro, sob pena de essa reprodução caracterizar violação de direitos autorais.

Conforme preleciona José de Oliveira Ascensão, há que se distinguir duas hipóteses da reprodução de obra intelectual: (a) quando envolve uso privado; (b) quando não envolve uso privado.⁸⁹

Segundo Ascensão, o uso privado escapa ao direito de autor, pois ainda que diminua os proveitos que poderiam ser retirados das obras, não é função do direito de autor garantir o lucro dos intervenientes nas atividades econômicas que se tornaram menos lucrativas em consequência da variação de meios técnicos.⁹⁰

Na hipótese de não envolver uso privado, Ascensão menciona que ainda há que se identificar se a reprodução está relacionada à comercialização ilícita ou se há outras formas de utilização da obra intelectual. No primeiro caso, Ascensão diz que o caminho para coibi-la é a repressão; porém, ele adverte que, dada a sua ampla difusão, dificilmente se poderia esperar um

⁸⁸ “Art. 49. (...) II. a reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, contanto que não se destine à utilização com intuito de lucro”.

⁸⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Obra citada, p.248, 249.

⁹⁰ ASCENSÃO, J. de O. Idem, p. 249.

completo êxito. É a segunda hipótese que reflete o principal problema, pois envolve a conciliação de interesses entre, de um lado, a expansão dos meios de informação no ensino, na investigação científica, na empresa e na comunicação pública em geral e, de outro, a defesa dos interesses dos titulares quanto ao benefício pela utilização da obra. E complementa dizendo que se não está em causa a comercialização ilícita, as proibições não têm eficácia, além de não fazerem sentido.⁹¹

No que tange ao enquadramento legal da reprografia – entendida como todos os processos que permitem a reprodução de documentos – Ascensão preleciona que há uma tendência a recorrer a sistemas de remuneração coletiva⁹² (que pressupõem autorizações genéricas para a prática dos atos de reprografia e cópia privada) em detrimento da remuneração individual que, segundo ele, seria inviável. Exemplificando, Ascensão menciona que ninguém pensa que um instituto de pesquisa, antes de fazer uma reprodução para os seus trabalhos, procuraria o autor de um determinado artigo para lhe pedir permissão para utilizá-lo.⁹³

Diz ainda Ascensão que a remuneração coletiva, nos países que a instituíram, tem sido obtida pela negociação de um montante global a ser atribuído a cada instituição, ou por cada categoria de instituições, como compensação pela reprografia, como se fez na Alemanha em relação aos estabelecimentos de ensino. Porém, uma vez instituída a remuneração coletiva, a reprografia tem que ser livre. Caso contrário, haveria uma duplicação de remunerações, o que não faria o menor sentido.⁹⁴

Existem ainda as formas indiretas de remuneração pela reprografia, mediante a taxação dos próprios aparelhos reprodutores. Esses modelos são utilizados por alguns países para a remuneração devida pela reprodução de fonogramas e videofonogramas.

⁹¹ ASCENSÃO, J. de O. *Idem*, *ibidem*.

⁹² Segundo Délia Lipszyc, além de promoverem e divulgarem as obras, bem como arrecadarem, remunerarem e distribuírem direitos, as sociedades de gestão coletiva devem cumprir ainda outro papel importantíssimo: o de desempenharem atividades culturais dirigidas ao aperfeiçoamento das capacidades técnicas e artísticas de seus membros e ao melhoramento de sua produção autoral, mediante a organização de cursos destinados à formação musical, dramático-musical e literária, entre outras. (LIPSYC, Délia. *Derecho de autor e derechos conexos*, p.465).

⁹³ ASCENSÃO, J. de O. Obra citada, p. 251 e 252.

⁹⁴ ASCENSÃO, J. de O. *Idem*, p.251, 252.

O problema é que hoje a maior parte das reproduções de fonogramas de videofonogramas ocorre na Internet. Portanto, a taxação de aparelhos reprodutores seria completamente inócua.

É interessante observar que não há no referido artigo 46, inciso II, da Lei 9.610/98, qualquer referência à possibilidade de reprodução integral de obra intelectual protegida para fins educacionais, didáticos ou de pesquisa, o que seria imprescindível para o desenvolvimento cultural e científico do nosso país; isto tem acarretado verdadeiras distorções na prática da cópia privada de documentos no Brasil. Como exemplo, há que se mencionar o fato de as empresas copiadoras não efetuarem, na prática, cópias em um número superior a 10% (dez por cento) do número de páginas de um livro, com base em uma interpretação de que a expressão “pequenos trechos” deveria corresponder a esse percentual. O resultado é a perversão da lei para favorecer interesses meramente corporativistas, pois a lei não estabelece limitações quantitativas. Algumas instituições de ensino chegaram até mesmo a proibir a cópia de livros e apostilas para evitar problemas.⁹⁵ Quem perde com isso não é somente o estudante, o pesquisador ou o cientista mas, em última instância, o próprio país.

Essa mesma expressão “pequenos trechos” é utilizada pelo artigo 46, inciso VIII, da Lei 9.610/98. De acordo com esse artigo legal, não constitui ofensa aos direitos autorais “a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores”.⁹⁶

O artigo supramencionado permite a reprodução de “pequenos trechos” e de “obra integral, quando de artes plásticas”, contanto que “a reprodução em

⁹⁵ Em matéria do dia 4 de março de 2005, o jornal O Estado de S. Paulo divulgou a seguinte notícia: “A polícia vai investigar a participação de professores das principais universidades de São Paulo no esquema de reprodução ilegal de livros em copiadoras na cidade. Desde que foi aberto inquérito para apurar a prática, os homens da Delegacia de Estelionato do Departamento de Investigações sobre o Crime Organizado (Deic) apreenderam 612 pastas deixadas por professores em lojas para que seus alunos copiassem trechos de livros e textos didáticos” (GODOY, Marcelo. “Deic apura a ação de professores em xerox”. *O Estado de S. Paulo*, 4 de março de 2005). Como se vê, os meios de comunicação estão tratando o assunto como mais um “caso de polícia” e não buscando um aprofundamento do debate.



si não seja o objetivo principal da obra nova”. Tratando-se, portanto, de obra maior desenvolvida com base em obras de terceiros, deve-se inicialmente verificar se, no seu processo criativo, cada reprodução de pequenos trechos ou da totalidade de uma obra de artes plásticas representa o objetivo principal do produto final, de modo a permitir a aplicação desse limite legal.

Já tivemos a oportunidade de, em outra sede, exemplificar: quando se trata de uma música com letra, a reprodução de um pequeno trecho de obra literária alheia não representa, sem dúvida, o objetivo principal da obra final. O mesmo se diga com relação ao filme que, em uma de suas cenas, mostra uma obra de artes plásticas. Ou ao livro que cita pequenos trechos de um livro de outro autor. Em todos esses casos – já dissemos – não é difícil determinar se a reprodução representa o objetivo principal da obra final.⁹⁷

É importante ressaltar que, de acordo com o artigo em tela, a exigência de que essas reproduções não constituam o objetivo principal da obra final deve ser sempre acompanhada do requisito de não prejuízo à exploração normal da obra reproduzida, ou aos legítimos interesses dos autores. Assim, se o público deixar de adquirir os suportes em que se encontram as partes das obras reproduzidas na obra maior, pelo fato de esta ser suficiente à fruição dessas obras, a limitação legal não se impõe, caracterizando a violação de direitos autorais.

Também já alertamos para o fato de o artigo 46 da Lei 9.610/98 tratar apenas da reprodução e não da execução pública. Dessa forma, a execução pública da reprodução de trechos de música, por exemplo, ainda que tenha sido feita em atenção às regras do artigo 46, incisos III e VIII da Lei 9.610/98, necessita de prévia autorização do autor. Naquela sede, tivemos a oportunidade de defender que a previsão apenas da reprodução (no capítulo das limitações aos direitos autorais) se mostra insuficiente às exigências das obras que contenham trechos de músicas de terceiros, mesmo que voltadas

⁹⁶ Sobre esse artigo, cumpre mencionar que a inovação com relação à Lei 5.988/73 reside no fato de ele ter excluído a exigência de caráter científico, didático ou religioso da obra. Com efeito, o artigo 49, inciso I, letra “a” da Lei 5.988/73, estabelecia o seguinte: “Art. 49. Não constitui ofensa aos direitos autorais: I. a reprodução:

a) de trechos de obras já publicadas, ou ainda que integral, de pequenas composições alheias no contexto de obra maior, desde que esta apresente caráter científico, didático ou religioso, e haja a indicação da origem e do nome do autor” (Negrito nosso).

⁹⁷ Cf. CARBONI, Guilherme C. Obra citada, p. 158.

ao estudo, à crítica ou à polêmica; ou ainda, que não causem prejuízo à exploração normal da obra reproduzida, nem aos interesses dos autores. Isso porque reproduzir sem que se possam executar publicamente os trechos reproduzidos torna a limitação incompleta.⁹⁸

Dessa forma, uma alteração legal visando incluir a exibição pública nos dispositivos supracitados, descaracterizando, portanto, como violação de direitos autorais os casos em que a finalidade da obra maior não prejudique o interesse individual dos autores envolvidos, seria, sem dúvida, um passo significativo para o aprimoramento da função social do direito de autor.⁹⁹

A Lei do Software também estabelece limitações ao direito de autor no que tange aos programas de computador. O artigo 6º, inciso I, do referido diploma legal dispõe não constituir ofensa aos direitos do titular de programa de computador “a reprodução, em um só exemplar, de cópia legitimamente adquirida, desde que se destine à cópia de salvaguarda ou armazenamento eletrônico, hipótese em que o exemplar original servirá de salvaguarda”. De acordo com o referido artigo legal, também constituem limitações ao direito de autor de programa de computador: (a) “a citação parcial do programa, para fins didáticos, desde que identificados o programa e o titular dos direitos respectivos” (inciso II); (b) a ocorrência de semelhança de programa a outro, preexistente, quando se der por força das características funcionais de sua aplicação, da observância de preceitos normativos e técnicos, ou de limitação de forma alternativa para a sua expressão” (inciso III); e (c) “a integração de um programa, mantendo-se suas características essenciais, a um sistema aplicativo ou operacional, tecnicamente indispensável às necessidades do usuário, desde que para o uso exclusivo de quem a promoveu” (inciso IV).

A previsão das limitações, tanto na Lei 9.610/98 como na Lei do Software, são taxativas e, portanto, não comportam interpretação extensiva.

⁹⁸ Cf. CARBONI, G. C. *Idem*, p.161, 162, *supra*.

É importante ressaltar que a previsão contida no artigo 46, inciso VI da Lei 9.610/98, que diz respeito aos limites ao direito autoral sobre a representação teatral e a execução pública de obras musicais, não resolve a questão. Isto porque essa norma trata da obra como um todo e não da utilização de suas partes, como é o caso do artigo 46, incisos III e VIII, da Lei 9.610/98. Além disso, a limitação somente é aplicada à execução em recesso familiar e, quando a obra tem caráter didático, nos estabelecimentos de ensino.

⁹⁹ Cf. CARBONI, G. C. *Idem*, p. 162.



Verifica-se, assim, que as limitações aos direitos autorais traçadas pela legislação brasileira não são suficientes para resolver os conflitos entre o direito individual do autor e o interesse público à livre utilização de obras intelectuais. A enumeração fechada dessas limitações contraria a função social do direito de autor. É por essa razão que se pode argumentar que a regulamentação das limitações aos direitos autorais deveria se dar na forma de princípios gerais (tal como no *fair use* norte-americano) e não na enumeração de situações taxativas. Isto porque o princípio geral pode ser moldado pelo juiz no caso concreto, além de sobreviver mais facilmente às mudanças sociais e tecnológicas.

5. Conflitos entre direito de autor e liberdade de expressão, direito de livre acesso ao conhecimento, à informação e à cultura e direito ao desenvolvimento tecnológico

5.1. Regulamentação dos conflitos nas declarações e nos tratados internacionais

A Declaração Universal dos Direitos do Homem consagrou como direitos humanos tanto o relativo à cultura como o de autor, o que significa que deve haver um equilíbrio entre eles.

A Declaração de Princípios da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação, de dezembro de 2003, ressalta a importância do direito de autor, mas assevera que o acesso ao conteúdo também deve ser garantido.

A Convenção de Berna não trata do direito de acesso à cultura. Ao regular as limitações ao direito de autor, esta Convenção traça a chamada “regra dos três passos” para que haja limitação ao direito de autor nas legislações dos países signatários: (a) que se trate de casos especiais, (b) expressamente tipificados e de interpretação restrita, e (c) que não atentem contra a exploração normal da obra nem causem prejuízo injustificado ao autor.

A Convenção de Berna também contém um Anexo que regula a concessão de “licença compulsória” para a tradução de obras que não tenham sido traduzidas em uma língua de uso geral em um determinado país em desenvolvimento, após um período de três anos, ou um período mais longo determinado pela

legislação do país, a contar da data da primeira publicação de uma obra, ou ainda, caso estejam esgotadas todas as edições da sua tradução.

Pode-se dizer que a função social do direito de autor encontra-se expressa no artigo 7º do TRIPS ao dispor que “a proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e a difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico, e de uma forma conducente ao bem-estar social econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações”.

Também o artigo 8º, itens 1 e 2 do TRIPS, é muito importante para a regulamentação da função social do direito de autor, na medida em que estabelece claramente que os países-membros podem prever ou alterar as suas legislações de propriedade intelectual de forma a: (a) privilegiar setores de importância vital para o país ou privilegiar o interesse público ao desenvolvimento socioeconômico e tecnológico; e (b) adotar medidas apropriadas para evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual.

Em setembro de 2002, a Organização Mundial do Comércio (OMC) concluiu um relatório que apresenta uma série de apontamentos importantes relativos aos princípios modernos da propriedade intelectual. De acordo com o Relatório da OMC, os direitos de propriedade intelectual têm que ser considerados como um dos meios pelos quais as nações e a sociedade podem promover a concretização dos direitos humanos, econômicos e sociais como instrumentos de política pública que conferem privilégios a indivíduos ou a instituições com o propósito de tão-somente contribuir para o bem público maior.

Em 26 de agosto de 2004, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) comunicou o recebimento de uma proposta formal do Brasil e da Argentina para o estabelecimento de uma agenda sobre desenvolvimento no âmbito daquela Organização. Segundo a referida proposta, o tema do desenvolvimento é um dos maiores desafios da comunidade internacional, razão pela qual diversos programas e acordos o trouxeram para o centro das preocupações e das ações da comunidade internacional. Ainda segundo a proposta endereçada à OMPI, os direitos de propriedade intelectual

devem ser entendidos como um instrumento de promoção da inovação tecnológica, bem como de transferência e disseminação de tecnologia, não devendo levar a altos padrões de proteção de forma independente em relação ao nível de desenvolvimento do país considerado. Portanto, o papel da propriedade intelectual e seu impacto no desenvolvimento devem ser cuidadosamente avaliados no caso concreto, de forma a que a ação política possa assegurar que os seus custos não superem os seus benefícios.

Apesar de alguns poucos países em desenvolvimento terem adotado legislação contendo limitações mais abrangentes ao direito de autor, a maior parte deles apenas incorporou as limitações clássicas a esse tipo de direito, por entenderem que atenderiam melhor às suas respectivas situações, visando a uma proteção eficaz das criações intelectuais de seus nacionais. Essa foi a tônica nos países da América do Sul, que se conformaram aos princípios e às regras básicas das legislações européias que estabelecem um maior nível de amparo aos criadores, prevalecendo entre nós o caráter “subjetivista” e “privatístico” do direito de autor.

5.2. A proteção constitucional do direito de autor

No Brasil, os direitos de propriedade intelectual foram incluídos no rol dos direitos e das garantias fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal. A propriedade industrial está prevista no inciso XXIX e o direito de autor, nos incisos XXVII e XXVIII desse mesmo artigo.¹⁰⁰

A proteção dos direitos de propriedade industrial está prevista no artigo 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal, que dispõe:

XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País (Negrito nosso).

¹⁰⁰ De acordo com Fábio Konder Comparato, “quando a propriedade não se apresenta, concretamente, como uma garantia da liberdade humana, mas, bem ao contrário, serve de instrumento ao exercício de poder sobre outrem, seria rematado absurdo que se lhe reconhecesse o estatuto de direito humano, com todas as garantias inerentes a essa condição”. (COMPARATO, Fábio Konder. Citado por BARBOSA, Denis Borges. “Bases constitucionais da propriedade intelectual”. In: *Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, n.59, jul/ago de 2002, p.18).

Da leitura do artigo supracitado, verifica-se que a Constituição Federal, ao positivizar o direito fundamental à propriedade industrial, determinou que o direito concedido aos autores de inventos deve ter por princípio e também como limite o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

A situação é bastante diversa no que diz respeito à positivação do direito de autor como direito fundamental na Constituição Federal brasileira, cujo artigo 5º, incisos XXVII e XXVIII, dispõe:

XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixa.

XXVIII – são assegurados, nos termos da lei:

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
- b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.

Pela própria natureza jurídica do direito de autor (que tem como conteúdo direitos morais personalíssimos e direitos patrimoniais) e de sua evolução histórica como direito predominantemente individual, nem a Constituição Federal e nem a Lei 9.610/98 positivaram as suas dimensões social e solidária. Assim, podemos dizer que prevalece, em nossa legislação, a concepção individualista do direito de autor, o que representa, sem dúvida, um atraso, se considerarmos a evolução de outros direitos fundamentais.

Também não há na Constituição Federal brasileira qualquer menção expressa à função que o direito de autor deveria desempenhar na sociedade, tal qual ocorre com os direitos de propriedade industrial, conforme visto acima.

5.3. Direito de autor e liberdade de expressão

A liberdade de expressão é assegurada pelo artigo 5º, inciso IX, da Constituição Federal, que dispõe:

IX - É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

A liberdade de expressão encontra limites no tocante às diversões e aos espetáculos públicos, aos programas ou às programações de rádio e televisão e à propaganda de produtos, práticas e serviços sob determinadas circunstâncias traçadas pela Constituição Federal.

Podemos dizer que o direito de autor também é uma restrição ao pleno exercício da liberdade de expressão. À medida que aumenta o grau de proteção do direito de autor (tanto em relação ao seu escopo, quanto ao prazo de proteção), aumenta o nível de interferência e de restrição à liberdade de expressão. Esta não pode se manifestar de forma totalmente livre sobre uma expressão antes criada, a menos que haja uma expressa anuência do seu criador ou em circunstâncias explicitamente admitidas por lei, em caráter de exceção.

Nos Estados Unidos da América, a liberdade de expressão é considerada um dos mais importantes bens jurídicos. Portanto, as discussões envolvendo possíveis conflitos entre direito de autor e liberdade de expressão são bastante profícuas naquele país.¹⁰¹ Edwin Baker menciona que o direito autoral confere poderes a um particular para limitar o discurso de outrem, pois permite que o particular “A” diga ao particular “B” que ele não pode dizer, publicar ou distribuir um conteúdo específico, porque “A” já disse isso (de uma forma fixada em suporte tangível) ou comprou de alguém que já havia obtido anteriormente o direito de isso dizer.¹⁰²

Denis Borges Barbosa faz menção a um interessante julgado da Suprema Corte dos Estados Unidos, que entendeu que o conflito entre o direito à informação e o direito autoral se acha moderado pelo princípio de que o último é uma exclusividade sobre a forma e não sobre o conteúdo da

¹⁰¹ Principalmente no que diz respeito aos limites do direito de autor em face do First Amendment da Constituição norte-americana, que dispõe: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or **abridging the freedom of speech**, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances” (Negrito nosso).

¹⁰² Nas palavras do autor: “Copyright similarly empowers one private party to limit another’s speech. It potentially allows one private party, A, to tell another, B, that she cannot say (or publish or distribute) specific content, for example, because A has already said it (in a manner that was fixed in a tangible medium) or has bought the right to say it from someone who had already obtained the copyright”. (BAKER, Edwin. “First Amendment Limits on Copyright”. In: *Vanderbilt Law Review*, April, 2002, p.892).

informação. Assim, somente quando a informação é íntegra e indissociável da forma (“o direito de citação como segurança do efeito estético da segunda obra”), haveria um claro conflito entre tais direitos.¹⁰³

Os tratados internacionais e as legislações em matéria de direito de autor distinguem as idéias (que, em princípio, não são passíveis de proteção) das expressões (estas, sim, protegidas). Dessa maneira, o direito de autor não limitaria as idéias que circulam na sociedade, mas apenas algumas formas particulares de expressão dessas idéias, pelo fato de já terem sido anteriormente criadas por uma outra pessoa.¹⁰⁴

O monopólio estabelecido sobre a forma de uma determinada idéia (que é o fundamento do direito de autor) visa à apropriação da informação enquanto mercadoria. Como seria muito difícil imaginar uma sociedade em que as idéias abstratas fossem passíveis de proteção, a fórmula encontrada – e que seria mais facilmente controlável, do ponto de vista prático – foi a da proteção apenas do modo de expressão e não da idéia em si.

O problema é que a liberdade de expressão, se entendida de maneira mais ampla, não compreenderia apenas a liberdade de se expressar sobre o conteúdo do que já foi dito (idéia), mas também sobre a forma como algo foi dito (expressão).

No entanto, o direito de autor não permite que alguém possa livremente se expressar sobre a forma de uma determinada idéia sem a devida autorização do seu criador, ainda que a intenção seja oferecer uma nova leitura ou interpretação da mesma. É por essa razão que a criação de obra derivada depende da expressa anuência do autor da obra primígena,¹⁰⁵ o que acarreta uma redução de possibilidades de releituras ou de novas interpretações da obra original. Se, por exemplo, um cineasta tem uma visão particular sobre uma determinada obra literária e pretende criar um filme nela baseado, o autor pode impedir tal criação, caso não atenda às exigências por ele impostas.

¹⁰³ BARBOSA, D. B. Obra citada, p. 22.

¹⁰⁴ Cf. BAKER, E. Obra citada, p. 896. Diz o autor: “The law distinguishes uncopyrightable facts and ideas from copyrightable expression. Copyright assertedly does not limits ideas within the marketplace at all by only particular expressions of those ideas”.

¹⁰⁵ Conforme determina o artigo 29 da Lei 9.610/98, “depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: (...) a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações”.



Apesar do conflito filosófico existente, não há, do ponto de vista jurídico, uma real colisão entre o direito de autor e a liberdade de expressão. Como a Constituição Federal brasileira positivou tanto o direito de autor como a liberdade de expressão enquanto direitos fundamentais, ambos devem coexistir, apesar das diferenças, pois a própria concepção do direito de autor já remete à idéia de uma limitação à liberdade de expressão.

5.4. Direito de autor e direito de livre acesso à informação e à cultura

O direito de livre acesso à informação e à cultura está previsto nos artigos 5º, inciso XIV, e 215, da Constituição Federal, que dispõem:

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

A leitura dos dispositivos acima permite constatar que tais direitos são informados pelo princípio da universalidade, isto é, são direitos garantidos a todos¹⁰⁶ ou, em outras palavras, direitos sociais.

Com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, atenua-se progressivamente a nítida separação – típica do Estado constitucional do século XIX – entre os poderes públicos e a sociedade dos sujeitos privados. Entre o Estado e os particulares introduzem-se poderes que constituem a origem dos direitos sociais. No entanto, as sociedades decidiram conservar o Estado de direito para não sacrificar ilimitadamente a esfera jurídica autônoma dos indivíduos. É justamente dessa opção que surge a constante tensão entre os direitos sociais e os direitos individuais garantidos pela Constituição Federal.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 312.

¹⁰⁷ Cf. DEL NERO, João Alberto Schützer. “O significado jurídico da expressão ‘função social da propriedade’”. In: *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, v.3, 1997, p.82.

Tércio Sampaio Ferraz Junior comenta que a efetividade dos direitos sociais depende não apenas das regulamentações infraconstitucionais, como também do orçamento do Estado. Os direitos sociais na Constituição contêm um encargo vinculador para o legislador, sem que haja uma correspondente linha diretora para o preenchimento desse encargo,¹⁰⁸ conforme se pode depreender da leitura dos artigos acima citados.

No caso dos direitos culturais, a sua positivação na Constituição Federal se deu na forma de normas programáticas, pois o legislador não regulou imediatamente o seu objeto, mas apenas estabeleceu um programa de ação com relação ao mesmo.¹⁰⁹

O direito de acesso à informação e à cultura é, sem dúvida, o que possui uma maior possibilidade de conflito com o direito de autor, principalmente na sociedade da informação, que tem a Internet como um dos principais instrumentos de divulgação do conhecimento e do saber.

Com a Internet, a faculdade de acesso à informação e à cultura ampliou-se exponencialmente. Em consequência, o direito de autor também teve o seu âmbito de proteção alargado, em virtude da divulgação das obras intelectuais nesse novo meio. O desafio que se impõe é o de equacionar o direito de autor com o direito social de acesso à informação e à cultura, de forma que a esfera pública volte a ser um espaço destinado à livre formação da opinião pública.¹¹⁰

Há que se atentar também para as questões relativas à “inclusão digital”, envolvidas em uma opção por um direito autoral rígido a ponto de provocar um menor

¹⁰⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*, p. 117.

¹⁰⁹ De acordo com Eros Roberto Grau, “as Constituições dos Estados capitalistas passaram, desde o início deste século, a consagrar determinados direitos económicos e sociais. Tais ‘direitos’, no entanto, são concebidos como destituídos de eficácia. Vale dizer, são ‘direitos’ aos quais não corresponde nenhuma garantia jurídica de operacionalização. Aí a teorização das *normas programáticas*. Com isso os jogadores dotados de poder de dominação impedem que os demais se afirmem capazes de realizar suas metas e de conquistar seus objetivos. As conquistas que historicamente seriam logradas por estes últimos antecipam-se os titulares do capital, paternalisticamente ofertando-as a eles. O mínimo que estes últimos ousariam conquistar, assim, é a eles atribuído como uma dádiva daqueles. Atribuído, porém, apenas e tão-só formalmente, como ‘direito’ inscrito no texto constitucional, não juridicamente obtível. O fato, todavia, é que tais ‘direitos’ não constituem senão uma ‘concessão’ que serve a interesses bem definidos, na medida em que contribuem eficazmente à continuidade do jogo. Aparentando, por vezes, corresponderem a verdadeiras ‘conquistas’, tais ‘direitos’ nada mais consubstanciam senão estratégicas concessões de um dos jogadores, que ‘perde’ neste ou naquele lance, para que o jogo continue a ser jogado, segundo as regras que o ordenam” (GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*, p.17, 18).

¹¹⁰ Ver HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.



acesso à informação e à cultura. Isto porque – conforme já salientado – a “inclusão digital” não visa somente a um maior acesso à infra-estrutura e ao conhecimento necessário para a obtenção de informações nas redes de informação, mas também a uma maior liberdade na criação¹¹¹ e na fruição de bens intelectuais, o que remete à necessidade de flexibilização do direito de autor.

Como exemplo de um conflito concreto entre o direito de autor e o direito de acesso à informação e à cultura, podemos mencionar o projeto de digitalização do acervo de algumas discotecas municipais, com o intuito de proteger as obras musicais da deterioração dos discos. O intuito desses projetos é evidentemente social, isto é, o de garantir o direito da população de continuar ouvindo as músicas contidas no acervo da discoteca.

No entanto, é bem provável que se argumente que a digitalização do acervo da discoteca pública não seria permitida sem a expressa anuência dos titulares dos direitos autorais sobre as músicas, pois tal processo envolve uma reprodução integral da obra em um outro suporte físico (no caso, passa-se do disco de vinil para o CD), o que – em tese – violaria os artigos 5º, inciso VI,¹¹² 29, inciso I,¹¹³ 31¹¹⁴ e 46, inciso II,¹¹⁵ todos da Lei 9.610/98, principalmente porque o artigo 4º desta mesma Lei estabelece que os negócios jurídicos envolvendo direitos autorais devem ser interpretados restritivamente.

Na Lei 9.610/98, não há qualquer previsão de que a reprodução integral de uma obra intelectual deva ser permitida em determinadas situações a serem definidas

¹¹¹ A esse respeito, Lawrence Lessig diz o seguinte: “digital technology could enable an extraordinary range of ordinary people to become part of a creative process. To move from the life of a ‘consumer’ (just think about what that word means – passive, couch potato, fed) of music – and not just music, but film, and art, and commerce – to a life where one can individually and collectively participate in making something new”. (LESSIG, Lawrence. Obra citada, p. 9).

¹¹² “Art. 5º. Para os efeitos desta lei, considera-se:

(...)

I – reprodução – a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido”.

¹¹³ “Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

I – a reprodução parcial ou integral”.

¹¹⁴ “Art. 31. As diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas ou de fonogramas são independentes entre si, e a autorização concedida pelo autor, ou pelo produtor, respectivamente, não se estende a quaisquer das demais”.

¹¹⁵ “Art. 42. Não constitui ofensa aos direitos autorais: (...) II – a reprodução, em um só exemplar, de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro”.

com base na finalidade da reprodução e no seu impacto mercadológico. Se, no exame da sua finalidade, verificar-se que o interesse público deva prevalecer, o direito de autor precisaria sofrer uma limitação.

No exemplo acima, é evidente que o interesse público de acesso da população ao acervo da discoteca – que somente poderia ser assegurado, em longo prazo, através do processo de digitalização dos discos – deve prevalecer sobre os direitos autorais e conexos dos compositores e das gravadoras sobre as músicas que fazem parte do seu acervo. Portanto, apesar de ter sido previsto de forma genérica na Constituição Federal brasileira, o direito de acesso à informação e à cultura deve ser invocado para garantir o acesso da população ao acervo da discoteca, apesar de a Lei 9.610/98 não ter incluído tal hipótese nos seus artigos 46 a 48 que tratam das limitações ao direito de autor.

Importantes subsídios para sustentar essa tese e para uma melhor interpretação dos conflitos entre o direito de autor e o direito de acesso à informação e à cultura advêm da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948; da Declaração de Princípios da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação, de dezembro de 2003; e do Relatório da Comissão para Direitos da Propriedade Intelectual – Integrando Direitos da Propriedade Intelectual e Políticas de Desenvolvimento, da Organização Mundial do Comércio (OMC), de setembro de 2002.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem consagrou como direitos humanos tanto o direito à cultura como o direito de autor, o que significa que deve haver um equilíbrio (apesar do aparente conflito) entre esses dois direitos.¹¹⁶

¹¹⁶ Sobre o equilíbrio entre o direito à cultura e o direito de autor, o atual Ministro da Cultura, Gilberto Gil, assim se expressou em seu discurso no 1º Congresso Internacional da Propriedade Intelectual, realizado em São Paulo, no dia 31/3/2003: “é evidente que os interesses econômicos neste ramo de direito são consideráveis. No entanto, é importante salientar que os direitos de propriedade intelectual sempre se pautaram pela busca de um equilíbrio entre os direitos do criador, que deve receber uma justa compensação pelo seu esforço criador, e o conjunto da sociedade, que deve ter garantido o seu direito de acesso à informação, à tecnologia e ao patrimônio cultural comum.

Tenho afirmado que não cabe ao Estado fazer cultura, mas, sim, proporcionar condições necessárias para a criação e a produção de bens culturais, sejam eles artefatos ou mentefatos. O acesso à cultura é um direito básico de cidadania, assim como o direito à educação, à saúde, à vida num ambiente saudável. Neste sentido, reveste-se da maior importância – no âmbito dos direitos autorais – a busca de uma legislação equilibrada e que tenha como objeto principal a efetiva proteção dos criadores nacionais” (GIL, Gilberto. Discurso no 1º Congresso Internacional da Propriedade Intelectual, realizado em São Paulo, no dia 31/3/2003: <http://www2.cultura.gov.br/scripts/discursos.idc?codigo=83>, consultado em 21/12/2004).



A Declaração de Princípios da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação, de 2003, no capítulo sobre “acesso à informação e ao conhecimento” (Capítulo 3), estabelece, em linhas gerais, que todos devem ter acesso à informação, às idéias e ao conhecimento e contribuir para fomentá-los; à eliminação de barreiras que impedem o acesso equitativo à informação para realizar atividades sociais, econômicas, políticas e culturais, entre outras; à facilitação de acesso à informação de domínio público; ao incentivo ao desenvolvimento de um domínio público rico e à proteção da informação contra toda apropriação indevida; ao acesso universal e equitativo ao conhecimento científico.¹¹⁷ Dispõe ainda no capítulo sobre “diversidade e identidade culturais, diversidade lingüística e conteúdo local” (Capítulo 8) que é essencial promover a produção de conteúdos e a acessibilidade aos mesmos, independente de propósitos educativos, científicos, culturais ou recreativos, em diferentes idiomas e formatos.

Verifica-se que a tendência apontada pela Declaração de Princípios da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação é no sentido da prevalência do direito de acesso à informação e à cultura sobre o direito de autor, em determinadas circunstâncias, principalmente quando estiverem em jogo interesses sociais, econômicos e culturais de um povo.

¹¹⁷ Segue o inteiro teor dos artigos da Declaração de Princípios da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação que tratam dessa questão:

“3) Acesso à informação e ao conhecimento.

24. Que todos possam ter acesso e contribuir para a informação, as idéias e o conhecimento é indispensável em uma sociedade da informação inclusiva.

25. É possível melhorar o intercâmbio e o incremento dos conhecimentos mundiais para favorecer o desenvolvimento, se forem eliminadas as barreiras que impedem o acesso equitativo à informação para realizar atividades econômicas, sociais, políticas, sanitárias, culturais, educativas e científicas, e se for facilitado o acesso à informação que existe no domínio público, o que pode ser alcançado, entre outras coisas, mediante o design universal e a utilização de tecnologias auxiliares.

26. Um domínio público rico é um fator essencial para o crescimento da sociedade da informação, já que gera múltiplos benefícios, tais como um público informado, novos empregos, inovação, oportunidades comerciais e o avanço da ciência. O acesso sem barreiras à informação de domínio público é essencial na sociedade da informação, como também o é a proteção de tal informação contra toda apropriação indevida. Há que se fortalecer as entidades públicas, tais como bibliotecas e arquivos, museus, coleções culturais e outros pontos de acesso comunitário, para promover a preservação dos registros de documentos e o acesso livre e equitativo à informação.

(..)

28. Esforçamos-nos para propiciar o acesso universal e equitativo ao conhecimento científico e a promover a criação e divulgação de informação científica e técnica, inclusive de iniciativas de acesso aberto para as publicações científicas”.

O Relatório da Comissão para Direitos da Propriedade Intelectual – Integrando Direitos da Propriedade Intelectual e Políticas de Desenvolvimento, da Organização Mundial do Comércio (OMC) foi bem claro quanto à necessidade de cada país (especialmente aqueles em desenvolvimento) produzir, de acordo com as suas necessidades, políticas próprias de direitos de propriedade intelectual a serem elaboradas com a participação de representantes do governo, do setor privado e de organizações não-governamentais (ONGs).

Dentre as diversas soluções que o referido relatório propõe para os problemas relativos à aplicação, de forma idêntica, dos direitos de propriedade intelectual (especialmente os de autor, *software* e Internet) nos países desenvolvidos e naqueles em desenvolvimento, cabe destacar a recomendação de que estes últimos deveriam ter a permissão de manter ou de adotar exceções abrangentes para usos em educação, pesquisa e bibliotecas em suas leis de direitos autorais.¹¹⁸ Daí a preocupação internacional redobrada com o acesso à informação e à cultura por parte dos países em desenvolvimento, como o Brasil.

Cumpre-nos também examinar a questão do acesso à informação nas bases de dados, que são protegidas pela Lei 9.610/98, desde que, por sua seleção, organização ou disposição de conteúdo, sejam dotadas de originalidade.¹¹⁹

Há uma discussão internacional para saber se a proteção à base de dados deveria abranger não apenas aquelas dotadas de originalidade, mas também as que tenham recebido consideráveis investimentos qualitativos e quantitativos no seu processo de criação, de forma a justificar uma proteção *sui generis* adicional, independente da proteção pelo direito de autor, conforme recomendação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), com o apoio

¹¹⁸ De acordo com o citado Relatório, "o desenvolvimento e a difusão da tecnologia digital permitem criar, sem autorização e a custo nulo, quantidades ilimitadas de cópias fiéis de obras protegidas, bem como distribuí-las instantaneamente por todo o mundo. Os setores de direitos autorais reagem empregando tecnologia digital, sob a forma de técnicas de criptografia e medidas antivolação, suplementadas por direito contratual e formas *sui generis* de proteção de bancos de dados. Os críticos argumentam que tais medidas restringem efetivamente o 'uso justificável' e podem reduzir a capacidade de acesso à informação de professores, estudantes, pesquisadores e consumidores, particularmente em países em desenvolvimento. Segundo tal perspectiva, há necessidade de novas abordagens para garantir a manutenção de isenções para 'uso justificável' neste contexto digital".

¹¹⁹ O artigo 7º, inciso XIII, dispõe o seguinte: "Art. 7º. São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

(...)

XIII. As coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual".

da *Association Internationale pour La Protection de La Propriété Intellectuelle* (AIPPI).¹²⁰

Na Europa, a Diretiva 96/9/CE, de 11 de março de 1996, do Parlamento Europeu e do Conselho, já prevê a proteção *sui generis* das bases de dados.¹²¹ O que chama a atenção é o fato de que a mesma não fica restrita à forma de organização dos dados (conforme estabelece o citado artigo 7º, inciso XIII, da Lei 9.610/98), mas também abrange uma parte do conteúdo da base de dados.¹²²

Portanto, a eventual adoção pelo Brasil de uma proteção *sui generis* das bases de dados, nos termos descritos acima, representaria um grave risco. Em primeiro lugar, conferir um direito fundamentado em “consideráveis investimentos qualitativos ou quantitativos” levaria, sem dúvida, a interpretações subjetivas que muitas vezes poderiam ter como suporte apenas o valor do investimento e não a originalidade da obra, em total desconformidade com o nosso sistema de concessão de direitos de propriedade intelectual. Em segundo lugar – e o que é mais importante – o fato de a proteção *sui generis* das bases de dados não se restringir à forma de organização dos dados, mas também abranger parte do conteúdo, representaria um sério obstáculo ao exercício do direito de acesso à informação contida nessas bases de dados.¹²³

¹²⁰ De acordo com a Questão Q182 da AIPPI, foi adotada uma resolução relativa à proteção de bases de dados em nível nacional e internacional. Os itens 4 e 5 dessa resolução dispõem o seguinte:

“4) This protection should only be granted when qualitatively and/or quantitatively substantial investment has been made in the obtaining, verification or presentation of the contents of the database.

5) Harmonized protection for databases achieved through a *sui generis* right or other proprietary right should be available irrespective of any copyright protection”.

¹²¹ O Capítulo III, artigo 7º, item 1, da Diretiva 96/9/CE dispõe o seguinte:

“1. Os Estados-membros instituirão o direito de o fabricante de uma base de dados proibir a extração e/ou a reutilização da totalidade ou de uma parte substancial, avaliada qualitativa ou quantitativamente, do conteúdo desta, quando a obtenção, a verificação ou a apresentação desse conteúdo representar um investimento substancial do ponto de vista qualitativo ou quantitativo”.

¹²² O artigo 8 da Resolução da AIPPI estabelece o seguinte:

“8) The right holder of a protected database should have the right to prohibit reproduction or transfer to another medium (extration) and making available (re-utilization) of **the whole or a qualitatively or quantitatively substantial part of the contents of the database**. Collection of information or data from sources other than the protected database should not be prohibited on this basis (Negrito nosso).

O item 2, letra “a”, do artigo 7º, Capítulo III, da Diretiva 96/9/CE dispõe:

“2. Para efeitos do presente capítulo, entende-se por:

a) “Extração”: a transferência permanente ou temporária da totalidade ou de uma parte substancial do conteúdo de uma base de dados para outro suporte, seja por que meio ou sob que forma for”.

¹²³ De acordo com James Boyle, a adoção da Diretiva 96/9/CE não fez crescer a produção de bases de dados na Europa, ao contrário dos Estados Unidos da América, que não adotaram a proteção *sui generis*. (BOYLE, James. *James Boyle: a natural experiment*: <http://news.ft.com/cms/s/4cd4941e-3cab-11d9-bb7b-00000e2511c8.html>, consultado em 4 de janeiro de 2005).

Segundo Clóvis Silveira, “estudos recentemente realizados por especialistas e submetidos em encontros promovidos pela OMPI indicam que a proteção *sui generis* das bases de dados não-originais, tal como proposta atualmente, repercutiria negativamente nos círculos científicos e acadêmicos de todo o mundo, como também nos países em desenvolvimento”. O autor aponta os seguintes argumentos contrários à adoção da proteção *sui generis* das bases de dados: (a) a proteção *sui generis* elevará os custos das pesquisas, o que as tornará proibitivas para os países em desenvolvimento; (b) dará lugar a um aumento dos custos das empresas de Internet nas comunidades locais e obstaculizará sua difusão; (c) as empresas que tomam iniciativas para compilar bases de dados sobre os recursos e o patrimônio locais podem chegar a obter efetivo monopólio, destrutivo, com efeitos negativos sobre o desenvolvimento e o acesso à informação; (d) em resumo, a proteção *sui generis* para as bases de dados não-originais poderá ter como conseqüências a redução significativa na disponibilidade de informações e dados gratuitos; a criação de monopólios perpétuos aos titulares de bases de dados; a diminuição do livre fluxo de informação científica no mundo; o surgimento de obstáculos ao desenvolvimento da Internet e novas dificuldades para os países em desenvolvimento.¹²⁴

Uma outra perspectiva importante dos direitos culturais diz respeito ao direito-dever estatal de formação do patrimônio cultural brasileiro e proteção dos bens de cultura como forma de propriedade de interesse público.

De acordo com o artigo 216 da Constituição Federal brasileira, “constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I – as formas de expressão; II – os modos de criar, fazer e viver; III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico”.

¹²⁴ SILVEIRA, Clóvis. “Bancos de dados originais e não-originais”. In: *Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, n.69, mar./abr. de 2004, p.35.



O parágrafo 1º do artigo 216 da Constituição Federal dispõe que “o poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação”.

Cumpra-se verificar se, ao proteger o patrimônio cultural, seja através do registro, tombamento ou mesmo desapropriação, o Estado poderia interferir nas obras protegidas pelo direito autoral.

Podemos dizer que o Estado poderia, sim, interferir nas obras protegidas pelo direito autoral, até na forma de desapropriação, visando ao cumprimento do seu dever de zelar pela proteção do patrimônio cultural brasileiro. Portanto, tal interferência deve ter como fundamento e limite a proteção do patrimônio da cultura nacional e, conseqüentemente, os excessos não seriam permitidos, pois – aí sim – haveria violação de direitos autorais.

Um exemplo interessante para ilustrar esse conflito foi o caso envolvendo a estátua do Cristo Redentor, no Rio de Janeiro. No primeiro semestre de 2004, os jornais divulgaram que os herdeiros do escultor do Cristo estariam pleiteando que as pessoas não mais comercializassem camisetas e *souvenirs* contendo a imagem do Cristo pois, estando vivos, seriam os detentores dos direitos autorais sobre a escultura.

A proprietária da estátua do Cristo Redentor é a Arquidiocese do Rio de Janeiro, que arrecadou contribuições para que o monumento fosse erguido e cuidou da sua construção. Por se tratar de uma escultura colocada em local público, ninguém (nem a própria Arquidiocese) pode impedir a sua livre representação por parte de outras pessoas, pois o artigo 48 da Lei 9.610/98 estabelece que “as obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais”.

Não entraremos aqui na discussão envolvendo a titularidade dos direitos autorais sobre o Cristo Redentor por parte dos herdeiros do escultor. Ainda que se parta do pressuposto de que os herdeiros são os detentores dos direitos autorais, e considerando que à época da construção do Cristo ainda não havia o artigo de lei supracitado (ou um dispositivo legal semelhante), os herdeiros do escultor não podem fazer jus a um rendimento pela utilização

da imagem do Cristo – mesmo que para fins comerciais – uma vez que o mesmo se tornou não apenas um patrimônio cultural, mas um símbolo da cidade do Rio de Janeiro e do Brasil.

Hoje, exemplos como este podem ser facilmente resolvidos com base no referido artigo 48 da Lei 9.610/98 que privilegia o interesse social de livre representação de obras que, pelo fato de estarem localizadas em logradouros públicos, pertencem ao patrimônio cultural da localidade. Nesse caso, portanto, o artigo 216 da Constituição Federal, com base no princípio da proporcionalidade, deve sobrepor-se ao direito patrimonial de autor, não havendo que se falar no pagamento de *royalties* aos herdeiros do escultor, já que se trata de um importante patrimônio cultural brasileiro.

Em suma, não obstante o fato de o direito de acesso à informação e à cultura (que é um dos direitos que compõem os chamados “direitos culturais”) ter sido positivado como norma programática em nossa Constituição Federal, e de o direito de autor não estabelecer a possibilidade de sua limitação na forma de um princípio geral em situações em que deva prevalecer, o primeiro destes dois direitos deverá ser invocado em determinadas situações concretas (como as descritas nos exemplos acima) sempre que o interesse público tiver de prevalecer sobre o interesse particular do autor.

5.5. Direito de autor e direito ao desenvolvimento tecnológico

Os artigos 170, inciso III, 218 e 219 da Constituição Federal estabelecem as diretrizes da política científica e tecnológica do país. Vejamos:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

III – função social da propriedade; (...)

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas. (...)



Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos da lei federal.

Isabel Vaz, citando Nuno Tomaz Pires de Carvalho, menciona que tendo como base as modalidades contemporâneas de produção de tecnologia, verifica-se a superação das iniciativas individuais ou isoladas de inventores, o que as insere num contexto mais amplo em que o Estado, através de medidas de política econômica, ocuparia um espaço considerável, posição esta institucionalizada pelos artigos 218 e 219 da Constituição Federal, que deveria contribuir para o redimensionamento dos direitos de propriedade intelectual na legislação ordinária.¹²⁵ Para a autora, não apenas os direitos de propriedade industrial, mas também os direitos de autor estariam subordinados às diretrizes da política científica e tecnológica estabelecida pelos artigos 218 e 219 da Constituição Federal, pois todas as formas de propriedade estariam vinculadas ao princípio da função social.¹²⁶

No entanto, a mesma Isabel Vaz admite que o princípio da função social aplicado sobre os bens intelectuais protegidos pelo direito de autor manifesta-se por meio de limitações ao seu aspecto meramente patrimonial,¹²⁷ já que os direitos morais de autor, por serem direitos personalíssimos, não seriam – em tese – suscetíveis de limitação por parte do Estado.

Como exemplo de conflito entre o direito de autor e o direito ao desenvolvimento tecnológico, podemos citar o famoso caso norte-americano envolvendo, de um lado, a Universal City Studios e a Walt Disney Production e, de outro, a Sony Corporation (fabricante de videocassetes Betamax) e algumas lojas que comercializam os videocassetes no varejo. Em 1976, as primeiras ingressaram com uma ação contra as segundas, na Califórnia, alegando que algumas pessoas tinham usado videocassetes Betamax, produzidos pela Sony, para gravar programas de televisão de titularidade da Universal Studios e da Walt Disney, o que violaria os direitos autorais das últimas com relação a seus programas de televisão. O caso foi examinado exclusivamente da ótica do uso privado, uma vez que não houve comercialização ou execução pública dessas gravações.

¹²⁵ Cf. CARVALHO, Nuno Tomaz Pires de. Citado por VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*, p.422.

¹²⁶ VAZ, I. *Idem*, p. 419.

¹²⁷ VAZ, I. *Idem*, p. 447.

A Corte Distrital concluiu que a gravação de programas de televisão para uso privado, sem comercialização ou reprodução pública, não configuraria infração aos direitos autorais da Universal Studios e da Walt Disney. Entendeu, ainda, que as gravações não ocasionavam um impacto econômico negativo para as autoras, razão pela qual deveriam ser permitidas, desde que para uso exclusivamente privado.

A Corte de Apelações, por sua vez, anulou o julgamento da Corte Distrital, pois entendeu que a gravação de programas televisivos através de videocassetes, ainda que para uso privado, não configuraria *fair use* (o uso justificado). Assim, não seria necessário às autoras provarem qualquer prejuízo econômico, uma vez que o efeito cumulativo ocasionado pela reprodução em massa através dos videocassetes produziria uma diminuição no mercado das autoras. Isso valeria não apenas para as autoras, mas para todos os titulares de direitos autorais sobre programas de televisão.

No entanto, a Suprema Corte acabou decidindo a favor da Sony, com base no argumento de que a venda dos videocassetes ao público em geral não contribuía para a infração dos direitos autorais de terceiros. De acordo com a decisão da Suprema Corte, a venda de equipamentos de reprodução, por si só, não configura infração se o produto é usado com propósitos legítimos. Portanto, a questão era saber se o aparelho de videocassete poderia ser utilizado de modo significativo comercialmente, de forma a não constituir infração aos direitos autorais de terceiros.

Essa utilização, para a Suprema Corte, satisfazia plenamente tal critério, pois as gravações seriam privadas e não comerciais. Se existem milhões de proprietários de aparelhos de videocassetes que fazem cópias de eventos esportivos televisivos, transmissões religiosas e programas educacionais e se os titulares dos direitos autorais sobre esses programas consideram tal prática bem-vinda, a atividade de prover o equipamento que torna tais cópias possíveis não deveria ser reprimida. Além disso, quando se considera que a reprodução doméstica simplesmente permite a um telespectador assistir a um programa pelo qual não se exigia pagamento, o fato de a obra ter sido reproduzida não deve ser entendido como contrário ao princípio do *fair use*.



Outro importante exemplo de conflito entre o direito de autor e o direito ao desenvolvimento tecnológico concerne às atuais discussões envolvendo a tecnologia *peer-to-peer*, que é uma forma de distribuição de conteúdo na Internet que tem como base a troca, ou ainda, o compartilhamento de arquivos entre as pessoas, sem que haja uma empresa ou entidade centralizadora¹²⁸ para o fornecimento desse conteúdo que ocorre, portanto, de forma descentralizada.

Para proteger suas criações intelectuais da chamada “pirataria digital”, a indústria do entretenimento, através da Recording Industry Association of América (RIAA), tem travado, nos Estados Unidos da América, uma verdadeira batalha contra os usuários da tecnologia *peer-to-peer*, com a inclusão de medidas drásticas, como a propositura de ações judiciais contra diversos usuários que, na sua grande maioria, são universitários que têm como hábito trocar músicas e filmes através da Internet.

Nos Estados Unidos da América, conforme anuncia Nehemias Gueiros Jr.,

a comunidade de Hollywood vem se batendo pela aprovação, no Congresso, do chamado *Induce Act*, que transformaria em ilegais todas as empresas envolvidas na troca de arquivos via Internet, sujeitando-as às penalidades da legislação com pesadas multas e até encerramento de suas atividades. A moção, entretanto, está sob fogo cerrado no Senado americano, principalmente por parte do setor de fabricantes de alta-tecnologia de informática e eletroeletrônicos, sob a alegação de que a lei daria à indústria do entretenimento poder de veto sobre novas tecnologias. Mas o relatório federal, não convencido por esses argumentos, considera a troca de arquivos via Internet um crime federal e uma das mais perigosas ameaças ao Direito Autoral no mundo contemporâneo. [Também diz Gueiros Jr. que] o cinema é outro alvo prioritário da megaoperação, em que fica latente a disposição dos grandes estúdios de cinema, empresas fonográficas e fabricantes de *software* de não permitirem sequer a cópia única de *back-up* de DVDs, que é considerada por grande parte da opinião pública como *fair-use* (algo como “uso razoável”).¹²⁹

¹²⁸ Como o Napstet que – este sim – era um website que continha músicas protegidas por direitos autorais e que permitia ao usuário “baixar” tais músicas gratuitamente e sem qualquer autorização do titular dos respectivos direitos autorais. Por força de uma decisão judicial, o Napster foi condenado a não mais permitir que o usuário “baixasse” as músicas gratuitamente e, hoje, isso é feito somente mediante pagamento.

¹²⁹ GUEIROS JR., Nehemias. “Propriedade intelectual precisa de mais atenção do governo”. In: *Revista Consultor Jurídico*, de 18/10/2004 (www.conjur.com.br, consultado em 10/12/2004).

As medidas judiciais que vêm sendo tomadas contra os usuários da tecnologia *peer-to-peer* refletem a tentativa de se manter o atual modelo de distribuição de músicas. Este tem como base a comercialização de um suporte físico (no caso, o CD), sem considerar que a Internet não apenas questiona tal modelo (pelo fato de que, nela, a distribuição de obras se dá com base na cópia), mas que este pode representar também um novo meio de o autor ter a sua obra divulgada.

Para coibir a distribuição não-autorizada de obras intelectuais na Internet, foi criado um sistema de proteção de direitos autorais, denominado *Digital Rights Management* (DRM), que se baseia em mecanismos tecnológicos para controlar e restringir a reprodução, a execução e a distribuição de obras na forma digital, desabilitando a utilização e a comercialização ilegais dessas obras. O sistema DRM habilita os proprietários (ou licenciadores) de conteúdo digital a distribuírem e a controlarem esse conteúdo, de maneira a prevenir a distribuição e, conseqüentemente, o uso não-autorizado dessas obras.

Geralmente, o sistema DRM protege o direito de autor através da codificação das informações, ou pela inserção de “marcas d’água” em conteúdos digitais, de modo que estes só possam ser acessados por usuários autorizados. Uma “chave” (constituída por uma senha) individual para a utilização do conteúdo é provida ao usuário final que tenha comprado o direito de uso (geralmente limitado), de impressão ou de redistribuição da obra. Quando um usuário adquire um arquivo de conteúdo, o sistema DRM checa a sua identidade, contata uma instituição bancária para efetuação do pagamento, decodifica o arquivo e, por fim, atribui a “chave” ao usuário para acesso futuro.

No entanto, todos os sistemas DRM falharam na tentativa de proteger os direitos de autor e, ao mesmo tempo, respeitar os direitos dos compradores de uma obra. Até hoje, nenhum sistema foi bem-sucedido na tentativa de prevenir a cópia ilegal e a chamada “pirataria”. Além disso, após um determinado tempo, as obras protegidas por direitos autorais caem em domínio público, podendo ser usadas livremente por qualquer pessoa. Porém, os sistemas DRM normalmente utilizados não possuem esse limite temporal e, mesmo que seja possível criá-lo, ainda não há mecanismos para remover o sistema de controle de cópias que foi embutido nas obras que se tornaram de domínio público.



Os sistemas DRM impedem qualquer tipo de cópia, mesmo aquelas permitidas pela legislação de direitos autorais dos diversos países, o que significa que podem constituir uma séria violação às limitações desses direitos.

Alguns defensores do DRM têm abraçado a posição de que a sua tecnologia permitiria atingir os fins desejados sem causar danos aos usuários e aos seus computadores. Outros acreditam que os titulares dos direitos autorais deveriam ter o direito de decidir sobre a forma de distribuição de suas obras, mantendo sobre elas o controle. Nesse caso, o DRM seria um dos meios para que a efetivação desse direito se tornasse possível.

O fato é que o sistema DRM não traz benefícios para a sociedade. Cory Doctorow, em seu interessante *DRM Talk*, menciona que sempre que uma nova tecnologia começa a atrapalhar o direito de autor, é este que vem a ser modificado e não o contrário. Para ele, o direito de autor não é uma proposição ética, mas utilitária. A nova tecnologia a perturbar o direito de autor normalmente visa simplificar e baratear a criação, a reprodução e a distribuição de obras intelectuais. Doctorow diz que as novas tecnologias sempre nos dão mais arte – e com maior amplitude – sendo esta a sua função. Metaforizando, ele fala que “as novas tecnologias nos dão tortas maiores para que uma maior quantidade de artistas possa tirar seus pedaços”.¹³⁰

¹³⁰ DOCTOROW, Cory. *DRM Talk*. (<http://craphound.com/msftdrm.txt>, consultado em 13 de janeiro de 2005). O texto completo em inglês é o seguinte: “Whenever a new technology has disrupted copyright, we’ve changed copyright. Copyright isn’t an ethical proposition, it’s an utilitarian one. There’s nothing *moral* about paying a composer tuppence for the piano-roll rights, there’s nothing *immoral* about not paying Hollywood for the right to videotape a movie off your TV. They’re just the best way of balancing out so that people’s physical property rights in their VCRs and phonographs are respected and so that creators get enough of a dangling carrot to go on making shows and music and books and paintings.

Technology that disrupts copyright does so because it simplifies and cheapens creation, reproduction and distribution. The existing copyright businesses exploit inefficiencies in the old production, reproduction and distribution system, and they’ll be weakened by the new technology. But new technology always gives us more art with a wider reach: that’s what tech is *for*.

Tech gives us bigger pies that more artists can get a bite out of. That’s been tacitly acknowledged at every stage of the copyright since the piano roll. When copyright and technology collide, it’s copyright that changes.

Which means that today’s copyright – the thing that DRM nominally props up – didn’t come down off the mountain on two stone tablets. It was created in living memory to accommodate the technical reality created by the inventors of the previous generation. To abandon invention now robs tomorrow’s artists of the new businesses and new reach and new audiences that the Internet and the PC can give them.”

O próprio Relatório da Comissão para Direitos da Propriedade Intelectual – Integrando Direitos da Propriedade Intelectual e Políticas de Desenvolvimento, da Organização Mundial do Comércio (OMC), anteriormente citado, dispõe:

o advento da era digital oferece aos países em desenvolvimento grandes oportunidades de acesso a informações e a conhecimentos. A criação de bibliotecas e arquivos digitais, o aprendizado a distância via Internet e a capacidade de cientistas e pesquisadores para acessarem, em tempo real, sofisticadas bases de dados de informação técnica *on-line* são apenas alguns exemplos. Mas o advento da era digital também trouxe ameaças novas e sérias ao acesso ao conhecimento e à sua difusão. Em particular, existe o risco real de que o potencial da Internet no mundo em desenvolvimento venha a ser perdido, à medida que os detentores de direitos autorais apliquem tecnologia para impedir o acesso público por intermédio de sistemas *pay-to-view*.

Entretanto, os recentes tratados internacionais sobre direito de autor¹³¹ estabelecem que os países contratantes devem inserir em suas legislações internas uma adequada proteção legal para evitar a supressão de dispositivo tecnológico inserido em obras intelectuais pelos respectivos autores para o exercício de seus direitos.

Com relação a esta questão, no Brasil, o artigo 107, incisos I e II, da Lei 9.610/98, dispõe:

Art. 107. Independentemente da perda dos equipamentos utilizados, responderá por perdas e danos, nunca inferiores ao valor que resultaria da aplicação do disposto no art. 103 e seu § único, quem:

- I. alterar, suprimir, modificar ou inutilizar, de qualquer maneira, dispositivos técnicos introduzidos nos exemplares das obras e produção protegidas para evitar ou restringir sua cópia;
- II. alterar, suprimir ou utilizar, de qualquer maneira, os sinais codificados destinados a restringir a comunicação ao público de obras, produções ou emissões protegidas ou a evitar a sua cópia.

¹³¹ Como o Tratado sobre Direito de Autor de 2006 da OMPI (artigo 11) e a Diretiva 2001/29/CE de 2001 do Parlamento Europeu e do Conselho (artigo 47).



As mudanças ocasionadas pela tecnologia digital demandam uma outra interpretação dos conflitos envolvendo o direito de autor e as novas tecnologias que visam ampliar e dinamizar as formas de expressão cultural e artística, bem como a distribuição das obras intelectuais.

O desenvolvimento tecnológico não pode ser coibido pelo direito de autor. Em caso de conflito, ele deve ser adaptado à nova realidade tecnológica e não o contrário, uma vez que o princípio do desenvolvimento tecnológico é mais importante para o país do que a proteção individual do direito de autor, cuja função é exatamente propiciar o progresso tecnológico e cultural do país.

6. Reflexões finais: perspectivas e desafios

A hipótese de uma sociedade sem o direito de autor poderia ser levada em consideração. Também haveria que se considerar um novo direito, mais brando, para regular a criação intelectual e sua exploração econômica.

Entretanto, do ponto de vista do interesse público, algumas funções do direito de autor ainda justificam a sua existência. São elas: (a) função de identificação do autor, entendida como o interesse da sociedade em saber o verdadeiro autor de uma obra intelectual, com fundamento no princípio da transparência e da veracidade das informações como norteadores de um espaço público democrático; (b) função de estímulo à criação intelectual, através da concessão de um direito exclusivo ao autor; (c) função econômica, mediante a apropriação da informação e da obra intelectual enquanto mercadoria; e (d) função política, que diz respeito ao direito de autor enquanto instrumento de política cultural (pois ao versar sobre a criação e a utilização econômica das obras intelectuais, o direito de autor não deixa de ser um instrumento que visa promover a produção, a distribuição e o uso da cultura) e à questão da exclusão digital, que vai além da privação de computador, de linha telefônica, de provedor de acesso e mesmo de conhecimento para utilizar esses equipamentos e “navegar” na Internet, pois também se relaciona à necessidade de maior liberdade de criação e fruição de bens intelectuais, o que remete à verificação da estrutura do sistema de proteção autoral e à discussão de sua função social.

O direito de autor tem como função social a promoção do desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico, mediante a concessão de um direito exclusivo para a utilização e a exploração de determinadas obras intelectuais por um certo prazo, findo o qual a obra cai em domínio público e pode ser utilizada livremente por qualquer pessoa.

Os tratados internacionais e a legislação brasileira já possuem mecanismos para restringir os direitos de autor. Isto porque a regulamentação de sua função social não se exaure com a imposição de limitações legais ao seu exercício. É possível defender uma regulamentação mais abrangente da função social do direito de autor, de forma a abarcar não apenas as limitações previstas em lei, mas também as limitações relativas ao seu objeto e ao prazo de proteção que compõem a própria estrutura do direito de autor (“restrições intrínsecas”). Também podem ser abarcadas as que dizem respeito ao seu exercício, como a aplicação dos princípios da função social da propriedade e dos contratos, da teoria do abuso de direito e das normas constitucionais em matéria de direito de acesso à informação e à cultura, assim como ao desenvolvimento tecnológico (“restrições extrínsecas”).

A crescente ampliação das obras protegidas pelo direito de autor, impulsionada pelos interesses da indústria de bens intelectuais, e propiciada pelo rol meramente exemplificativo da Convenção de Berna e das legislações internas dos países signatários, levou a uma certa banalização do objeto da proteção autoral, já que o que importa hoje é proteger o chamado “conteúdo” comercializável, seja ele obra ou não. Com isso, expande-se a proteção do direito de autor para obras que, em princípio, não a justificariam, como é o caso do *software* e das bases de dados. O direito de autor passa assim a proteger o investimento que, afinal, acaba por beneficiar apenas a empresa, sendo que a tutela foi estruturada com finalidade diversa, distorcendo todo o regime legal.

Cabe também indagar se o progressivo aumento do prazo da proteção autoral na legislação dos diversos países e a previsão da proteção do *software* por cinquenta anos – findos os quais um programa de computador obviamente estaria obsoleto – não representariam um exagero que devesse ser revisto pela comunidade internacional, para que se pudesse determinar um prazo mais adequado à atual realidade tecnológica. Isto serviria de



estímulo ao investimento em bens intelectuais, mas em prazo suficiente para não obstaculizar o livre acesso a eles.

A previsão de hipóteses fechadas para a limitação dos direitos de autor na Lei 9.610/98 contraria a função social do direito de autor. É por essa razão que deveria ser debatida a regulamentação das limitações na forma de princípios gerais (tal como no *fair use* norte-americano) e não a enumeração de situações taxativas. Isto porque o princípio geral pode ser moldado pelo juiz no caso concreto, além de sobreviver mais facilmente às mudanças sociais e tecnológicas.

A cópia privada, sem intuito de lucro – direto ou indireto – escapa ao direito de autor e deve ser liberada. Diferentemente, a reprodução para utilização pública deveria ser coibida, a menos que não haja outra forma de utilização da obra intelectual, que deve ser sempre justificada com base em um evidente interesse público, principalmente em matéria de educação, cultura e investigação científica.

A Constituição Federal brasileira e a nossa atual legislação de direito de autor não contêm dispositivos adequados para solucionar os possíveis conflitos entre os interesses do autor e os da coletividade nas situações descritas neste artigo. Somente através da introdução de princípios destinados a resguardar a função do direito de autor como instrumento de interesse público, voltado ao progresso cultural e tecnológico, na extensão permitida pelos tratados internacionais, é que poderemos ter um balanceamento mais claro dos interesses conflitantes individuais e coletivos inerentes ao direito de autor.

Por fim, a aplicação da função social do direito de autor deveria ser entendida como uma contribuição para que o seu uso abusivo fosse coibido e para que fosse reafirmada a sua função de mecanismo voltado para o desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico dos povos e não um fim em si mesmo.



Bibliografia

- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- BAIRON, Sérgio. *Multimídia*. São Paulo: Global, 1995.
- BAKER, Edwin. "First Amendment Limits on Copyright". In: *Vanderbilt Law Review*, April, 2002.
- BARBOSA, Denis Borges. "Bases constitucionais da propriedade intelectual". In: *Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, n.59, jul./ago. de 2002, p.16-39.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- _____. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- CARBONI, Guilherme C. *O direito de autor na multimídia*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- CASELLI, Eduardo Piola. *Codice del diritto di autore – commentario*. Torino: Utet, 1943.
- CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*, v.I. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1946.
- CHAVES, Antônio. *Direito de autor: I princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- _____. *Criador da obra intelectual*. São Paulo: Ltr, 1995.
- COMISSÃO DE REDAÇÃO DA ENCICLOPÉDIA SARAIVA DO DIREITO. "Actio Injuriarum". In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v.4. São Paulo: Saraiva, 1977. p.225, 226.
- COSTA NETTO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. São Paulo: FTD, 1998.
- CRESPI, Franco. *Le vie della sociologia*. Bologna: Il Mulino, 1994.
- CRITICAL ART ENSEMBLE. *Distúrbio eletrônico*. Tradução de Leila de Souza Mendes. São Paulo: Conrad, 2001.
- DEL NERO, João Alberto Schützer. "O significado jurídico da expressão 'função social da propriedade'". In: *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, v.3, 1997, p.79-97.
- DE MATTIA, Fabio Maria. "Do privilégio do editor ao aparecimento da propriedade literária e artística em fins do século XVIII". In: *Revista Interamericana de Direito Autoral*, v.3, n.2, 1980.
- _____. "Direitos da Personalidade II". In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v.26. São Paulo: Saraiva, 1977. p.147-165.

DOCK, Marie-Claude. *Contribution historique a l'étude des droits d'auteur*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1962.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. São Paulo: Atlas, 2002.

FOUCAULT, Michel. *O que é um Autor?* Lisboa: Vega, 1992.

FRANÇA, Rubens Limongi. "Direitos da personalidade I". In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v.26. São Paulo: Saraiva, 1977. p.140-147.

FROSINI, Vittorio. *Il diritto nella società tecnologica*. Milano: Giuffrè, 1981.

GODOY, Marcelo. "Deic apura a ação de professores em xérox". *O Estado de S. Paulo*, 4 de março de 2005.

GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

LESSIG, Lawrence. *The future of ideas: the fate of commons in a connected world*. New York: Random House, 2001.

LIPSZYC, Délia. *Derecho de autor e derechos conexos*. Buenos Aires: Ediciones Unesco/Cerlallac/Zavalía, 1993.

MANSO, Eduardo Vieira. *A informática e os direitos intelectuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

_____. "Utilização de obras intelectuais alheias para organização de antologias e compilação justapostas a obra original". In: *Revista dos Tribunais*, v.589, nov. 1984, p.39.

MATIAS, Alexandre. "Som na rede é aberto a invenções". *Folha de S. Paulo*, Caderno Folha Informática, 19 de fevereiro de 2003, p.F2.

MONACHESI, Juliana. "Vandalismo conceitual". *Folha de S. Paulo*, Caderno Mais!, 13 de julho de 2003, p.4-7.

_____. "A nova subjetividade aparelhada". *Folha de S. Paulo*, Caderno Mais!, 4 de julho de 2004, p.3.

_____. "A explosão do a(r)tivismo – o jogo das subjetividades convergentes". *Folha de S. Paulo*, Caderno Mais!, 6 de abril de 2003, p.5-9.

RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti*. Bologna: Il Mulino, 1995.

ROUANET, Sergio Paulo. "Dilemas da moral iluminista". In: NOVAES, Adauto (org.). *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura, 1992, p.149-162.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVEIRA, Clóvis. "Bancos de dados originais e não-originais". In: *Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, nº 69, mar./abr. de 2004, p.31-35.

SILVEIRA, Sérgio. "Inclusão digital, software livre e globalização contra-hegemônica". In: SILVEIRA, Sérgio Amadeu da & CASSINO, João (orgs.). *Software Livre e Inclusão Digital*. São Paulo: Conrad Editora do Brasil, 2003, p.17-47.

UNESCO. *ABC do direito de autor*. Trad. Wanda Ramos. Lisboa: Editorial Presença, 1981.

VAIDHYANATHAN, Siva. *Copyrights and copywrongs: the rise of intellectual property and how it threatens creativity*. New York: New York University Press, 2001.

VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

Endereços Consultados na Internet

BOYLE, James. *James Boyle: a natural experiment*. (<<http://news.ft.com/cms/s/4cd4941e-3cab-11d9-bb7b-00000e2511c8.html>>: acesso em 4 de janeiro de 2005).

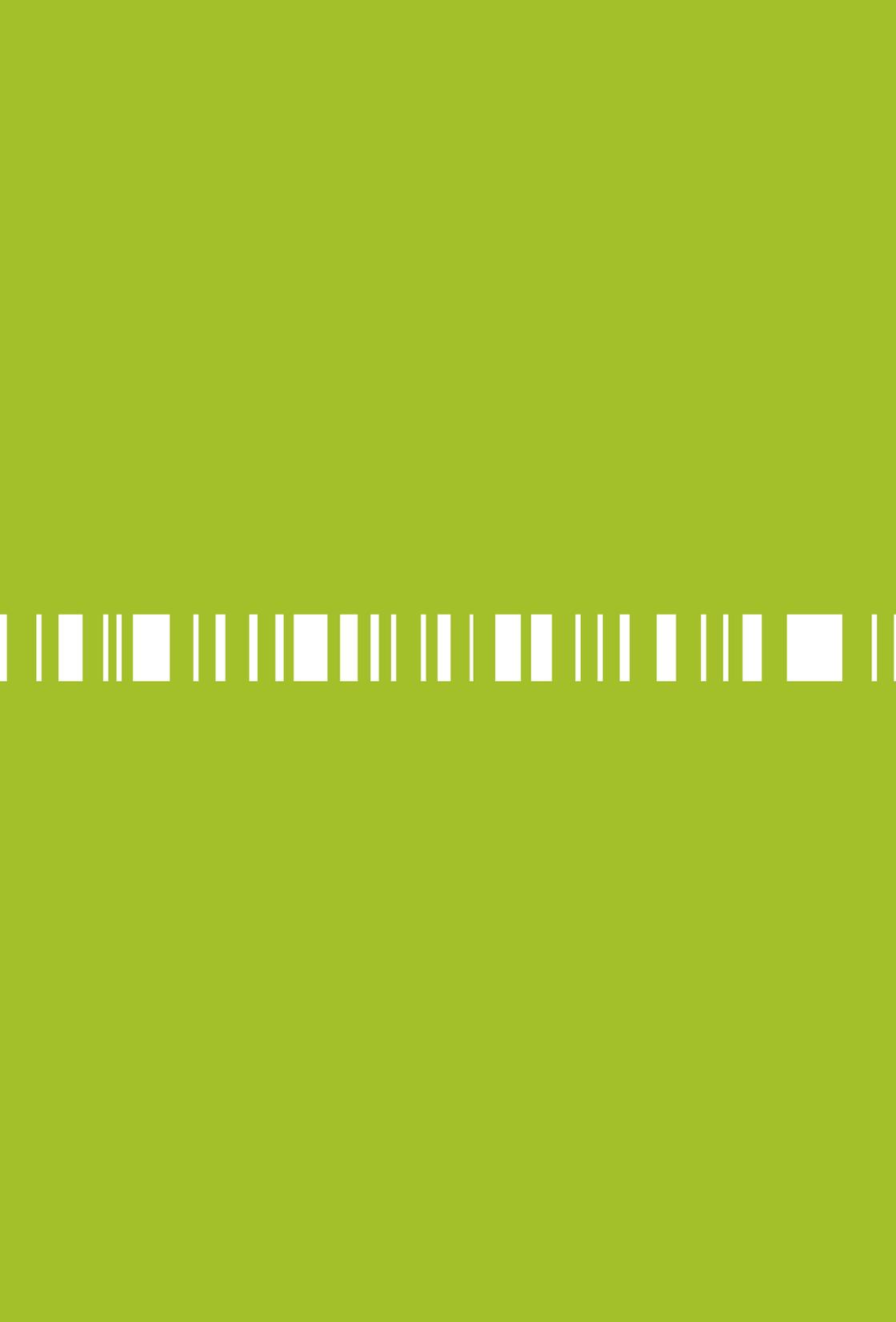
DOCTOROW, Cory. *DRM Talk*. (<<http://craphound.com/msftdrm.txt>>: acesso em 13 de janeiro de 2005).

GUEIROS JÚNIOR, Nehemias. "Propriedade intelectual precisa de mais atenção do governo". In: *Revista Consultor Jurídico*, de 18/10/2004 (<www.conjur.com.br>: acesso em 10 de dezembro de 2004).

MOREIRA, Gilberto Passos Gil. Discurso no 1º Congresso Internacional da Propriedade Intelectual, realizado em São Paulo, no dia 31/3/2003. (<<http://www2.cultura.gov.br/scripts/discursos.idc?codigo=83>>: acesso em 21 de dezembro de 2004).

RAYMOND, Eric. *The cathedral and the bazaar* (disponível em <<http://www.catb.org/~esr/writings/cathedral-bazaar/cathedral-bazaar/>>: acesso em 10 de fevereiro de 2005).

SCHIER, Paulo Ricardo. "Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais". In: *Jus Navegandi* (<<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4531>>: acesso em 27 de agosto de 2004).



AGRICULTURA



Considerações acerca do Impacto da Propriedade Intelectual sobre Sementes na Agricultura Camponesa

Maria Rita Reis

A semente é tanto meio de produção como produto. Quer se trate de povos tribais dedicados aos cultivos móveis, quer se trate de camponeses praticando a agricultura sedentária, ao fazerem a plantação, os lavradores também reproduzem o elemento necessário de seus meios de produção. A semente, então, representa ao capital um empecilho biológico simples: dadas as condições apropriadas, ela se reproduz e se multiplica. (Vandana Shiva)

I. Introdução

O debate sobre a propriedade intelectual e seus impactos na agricultura camponesa insere-se necessariamente em um contexto amplo, relacionado às transformações promovidas pela chamada “Revolução Verde” na agricultura. Esta consistiu, em síntese, na política agrícola elaborada pelos Estados Unidos e exportada para os países pobres e em desenvolvimento a partir da década de 50. Significou a abertura, a ampliação e a concentração de mercados para as empresas norte-americanas nos setores de sementes, fertilizantes, pesticidas e maquinário, dando um caráter industrial à agricultura e implantando um modelo agrícola que se viabiliza por meio de extensas áreas de terra, da monocultura e de pequena variedade de sementes.

Os custos sociais desse processo foram a concentração de renda, a expulsão de um grande contingente de trabalhadores e pequenos agricultores do campo e o estabelecimento da dependência do setor agrícola dos países pobres aos insumos desenvolvidos pelas transnacionais, além da intensa degradação do meio ambiente.

A estratégia de criação de dependência tecnológica tem como principal instrumento os mecanismos de propriedade intelectual, cujo papel foi relevante desde a primeira fase da Revolução Verde, quando da introdução massiva dos pesticidas e dos herbicidas na agricultura.

Conforme destacado por NAIDIN:

(...) ao contrário dos produtos inorgânicos, cujas matérias-primas eram acessíveis ao mercado, seus substitutos sintéticos passaram a ser protegidos por patentes, além de exigirem domínio da tecnologia de processamento de intermediários químicos derivados, por transformações sucessivas, da petroquímica e carboquímica. Assim, à introdução de inovações primárias, correspondeu o surgimento de barreiras tecnológicas que redundaram no aumento da concentração econômica e financeira em torno das empresas.¹

No final da década de 70, a necessidade de inovação tecnológica das empresas produtoras de insumos químicos – em grande parte alimentada pelo fato de os direitos de propriedade intelectual dos produtos químicos desenvolvidos pela Revolução Verde estarem perdendo a validade em decurso do tempo – levou-as a investirem com muito mais força no melhoramento vegetal, orientado sempre em função da utilização dos insumos químicos (fertilizantes e agrotóxicos) produzidos pelas próprias empresas.

A viabilidade desta estratégia exige a ampliação dos direitos de propriedade intelectual sobre formas de vida, através da proteção dos “direitos dos melhoristas” e, posteriormente, das plantas transgênicas.

A apropriação dos recursos genéticos por meio de mecanismos de propriedade intelectual é um componente extremamente relevante para a reprodução do modelo de agricultura pensado pela Revolução Verde, fato este responsável pela enorme pressão realizada pelos países do Norte para a ampliação dos direitos de propriedade intelectual nos países do Sul.

II. Agrobiodiversidade e agricultura camponesa

O desenvolvimento e a diversificação das plantas (e dos animais) utilizados para a alimentação foram fruto de uma atividade cultural dos agricultores e, sobretudo, das agricultoras.

¹ Naidin, Leane C. Crescimento e Competição na Indústria de Defensivos Agrícolas no Brasil. Dissertação de mestrado – CPDA/UFRRJ, Rio de Janeiro, 1985, p. 19.



Através dos séculos, a relação da humanidade com a biodiversidade foi responsável pela domesticação de espécies selvagens e sua transformação nas plantas que conhecemos hoje. Não é sem razão que as áreas do planeta com maior biodiversidade são também aquelas em que as comunidades tradicionais habitaram.

A constante diversificação e o aperfeiçoamento das características das plantas são produto e parte fundamental da sustentabilidade da atividade agrícola dos camponeses, pois permitem que o agricultor possa adaptar seus cultivos às características específicas de cada agroecossistema. De acordo com Vandana Shiva:

a biodiversidade sempre foi e é um recurso local comunitário. Um recurso é propriedade comunitária quando existem sistemas sociais que os utilizam segundo princípios de justiça e sustentabilidade. Isso envolve a combinação de direitos e responsabilidades entre usuários, a combinação de utilização e conservação e um sentido de co-produção com a natureza.²

São muitas as práticas culturais associadas ao desenvolvimento da agrobiodiversidade. É muito comum, por exemplo, que em algumas regiões os casais recebam, ainda hoje, como presente de casamento sacos de semente. As práticas de colheita, armazenagem e seleção de sementes são frequentemente associadas a ritos culturais específicos.³

Ainda que as últimas décadas tenham sido caracterizadas por um aumento na concentração da terra, pela expulsão de agricultores e pela extensão das áreas de monocultura, de acordo com Altieri (2003), “mais de 2,5 milhões de hectares, somente na América Latina, abrigam a agricultura tradicional na forma de campos cultivados, policulturas e sistemas agroflorestais”.⁴

Para esses agricultores, a semente desempenha, sem dúvida, um papel fundamental.

² Shiva, Vandana. *Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento*. Petrópolis: Vozes, 2003.

³ Cf. Carvalho, Horácio Martins (Org.). *Sementes: patrimônio do povo a serviço da humanidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2003.

⁴ Altieri, Miguel. *Sementes Nativas: Patrimônio da humanidade e essencial para a integridade cultural e ecológica da agricultura camponesa*. São Paulo: Expressão Popular, 2003.

No Brasil, a prática de reservar sementes para uso próprio é muito significativa até mesmo para setores expressivos de grandes proprietários de terra.

Embora não existam estatísticas oficiais recentes sobre este fato, a análise dos dados da Associação Brasileira de Sementes e Mudas, os quais relacionam às áreas plantadas de determinadas culturas a quantidade de sementes vendidas, permite concluir que parte muito significativa das lavouras é cultivada com sementes produzidas pelos próprios agricultores.

Área plantada com sementes próprias, por cultura

Cultura	Total da área plantada com Sementes Próprias
Feijão	87%
Arroz	70%
Milho	32%
Soja	43%

Fonte: Abrasem www.abrasem.com.br

Nota-se que mesmo nos cultivos altamente dependentes de insumos, como a soja, é relevante a prática de armazenar sementes e reservá-las para a próxima safra.

As culturas em que é maior a atividade de reservar sementes para uso próprio são aquelas produzidas por agricultores familiares, o que é comprovado pela comparação com dados do IBGE, segundo os quais a agricultura familiar no Brasil é responsável pela produção de 30% da produção agropecuária global, chegando a 60% de alguns produtos básicos, como feijão e arroz – culturas que mais apresentam taxa de utilização de sementes armazenadas pelos próprios agricultores.

Se considerarmos os agricultores que produzem alimentos para subsistência, a prática de reservar sementes adquire maior importância, pois a totalidade deles mantém esta tradição.



De acordo com Cordeiro:

o manejo da diversidade de espécies e da diversidade varietal dos cultivos tem sido um elemento central para a sustentabilidade dos sistemas agrícolas. É esta diversidade que vem permitindo aos agricultores, ao longo do tempo, tanto enfrentarem os limites quanto aproveitarem as potencialidades que as condições socioambientais locais oferecem. Sistemas de produção tradicionais encontrados nos diferentes centros de diversidade dos cultivos agrícolas atestam que esta é uma opção consciente dos agricultores e não apenas o resultado natural de processos evolucionários.⁵

A agricultura tradicional é responsável pela conservação *in situ* da base genética dos alimentos consumidos pela humanidade. Tais recursos são fundamentais não apenas para os agricultores tradicionais, mas também para a agricultura industrial que necessita da variabilidade genética para promover adaptabilidade a pragas, climas e outras características. Mesmo a utilização de técnicas de engenharia genética e a criação de plantas transgênicas dependem da utilização da variabilidade genética.

Por este motivo, foi marcante a criação de bancos de germoplasma privados em países do Norte. Coradin atesta:

antes de vigorar a Convenção de Diversidade Biológica, foram coletadas em torno de 75% das cerca de 6 milhões de amostras de material fitogenético de interesse para a agricultura, hoje mantidas *ex situ*, mais de 50% das quais estariam localizadas em países desenvolvidos e cerca de 12% em centros de germoplasma internacionais.⁶

Somente o International Board for Plant Genetic Resources – IBPGR, sediado na Food and Agriculture Organization – FAO, e dirigido pelo Consultative Group on International Agricultural Research – CGIAR, coordenava já em 1985 um grupo de 600 pesquisadores trabalhando em mais de 100 países. Dados da FAO informam que o IBPGR organizou mais de 300 expedições de coleta em 80 países, totalizando 120.000 novos acessos abrangendo 120 espécies.⁷

⁵ Cordeiro, Ângela. Cultivando a Diversidade. In: www.aspta.org.br

⁶ In: www.mma.gov.br

⁷ MACHADO, Joaquim A. *Recursos Genéticos Vegetais e a Empresa de Sementes*. In: www.bdt.fat.org.br

III. Controlando a vida: apropriação dos recursos genéticos e as restrições à utilização da agrobiodiversidade através da legislação de propriedade intelectual

Ainda que seja evidente a tensão entre a necessidade de manter a variabilidade genética e o fato de que a apropriação das sementes pelo capital é incompatível com a preservação da biodiversidade agrícola,⁸ está em curso um processo de apropriação e monopolização dos recursos genéticos através dos Direitos de Propriedade Intelectual – DPI.

No Brasil, o aparato legal atualmente em vigor, relacionado à propriedade intelectual e às sementes, foi estabelecido no final da década de 90, com a entrada em vigor da Lei de Proteção aos Cultivares e da Lei de Propriedade Industrial.

O contexto internacional em que as duas leis foram elaboradas foi marcado por uma enorme pressão dos Estados Unidos acerca da necessidade de os países ampliarem a proteção patentária. Lembre-se de que, em 1991, o Governo dos EUA chegou a adotar uma cláusula de sanção comercial unilateral, denominada *special 301*, destinada a eliminar práticas comerciais e a aplicar sanções unilaterais aos países que não adotassem uma “legislação eficiente de proteção à propriedade intelectual”.⁹

A pressão estadunidense pela regulamentação da proteção à propriedade intelectual dava-se também no âmbito da Rodada Uruguaia de Negociações Comerciais Multilaterais, que preparou a adesão dos países ao Acordo sobre Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, ou TRIPS (sigla em inglês), que aborda basicamente quatro temas: (a) aplicação dos princípios básicos do sistema de comércio e de outros acordos internacionais sobre propriedade intelectual; (b) proteção dos direitos de propriedade intelectual

⁸ De acordo com documento da FAO: “Los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura constituyen la base de la seguridad alimentaria mundial y, directa o indirectamente, sostienen los medios de subsistencia de todas las personas del planeta. Son la materia prima utilizada para la producción de nuevos cultivares y especies y constituyen una reserva de adaptabilidad genética, que sirve de protección contra cambios ambientales y económicos que pudieran ser nocivos. El desgaste de estos recursos supone un serio peligro para la seguridad alimentaria mundial en el largo plazo”.

⁹ Seção 301 do Ato sobre Comércio e Tarifas de 1974, com emendas de 1988.



e **adequação** destes direitos nos países; (c) resolução de diferenças entre os membros da OMC; (d) disposições transitórias especiais para o período de estabelecimento de um novo sistema.

O art. 27 do acordo TRIPS estabelece que “as patentes devem ser concedidas para quaisquer invenções, sejam produtos ou processos, em todos os campos da tecnologia, desde que sejam novas, envolvam um passo inventivo e sejam capazes de aplicação industrial”.

Ainda de acordo com o art. 27:

os membros podem excluir da patenteabilidade: plantas, animais e outros microorganismos, e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas e animais outros que não processos biológicos e microbiológicos. **Entretanto, os membros devem prover proteção para variedades de plantas, seja por patentes ou por um sistema *sui generis* efetivo e por sua combinação.** (Grifo meu).

No âmbito internacional, destaca-se também a existência da Convenção Internacional para a Proteção de Obtenções Vegetais, acordo multilateral adotado por diversos países e que determina normas comuns para o reconhecimento e a proteção da propriedade das novas variedades dos melhoristas. Este acordo foi firmado no âmbito da União Internacional para a Proteção de Obtenções Vegetais – UPOV e aplica-se às obtenções de novas variedades vegetais.

A mencionada Convenção passou por três revisões, em 1972, 1978 e 1991, todas elas objetivando aproximar a proteção dada aos cultivares dos direitos conferidos pelo patenteamento. O Brasil é signatário da versão de 1978 da UPOV.

O contexto internacional fez com que o Brasil ratificasse o TRIPS e, rapidamente, buscasse a internalização de seus princípios na legislação nacional. Na área agrícola, isso se deu com a aprovação da **Lei de Propriedade Industrial** (Lei 9.279/1996) e da **Lei de Proteção a Cultivares** (Lei 9.46/97), que entraram em vigor em 1997. Quanto à proteção às obtenções vegetais, o Brasil optou, na denominação do TRIPS, por um sistema *sui generis*, adotando as regras da UPOV 78.

De toda forma, a Lei de Propriedade Industrial e a Lei de Proteção aos Cultivares permitem o reconhecimento dos direitos de propriedade intelectual em relação às sementes geneticamente modificadas (em que a proteção se dá através da lei de patentes) e também das sementes melhoradas (cultivares) por meio de métodos biológicos tradicionais.

A Lei de Proteção aos Cultivares estabelece a proteção sobre o material de reprodução das plantas, ou seja, semente, tubérculo, estacas etc. O período de proteção é de 15 anos para as espécies anuais e de 18 anos para as videiras, as árvores florestais e ornamentais. Pode-se proteger para fins de exploração comercial a nova cultivar e a cultivar essencialmente derivada, desde que preenchidos os seguintes requisitos: ser distinta (diferente de outra cultivar); homogênea (apresentar uniformidade nas suas características); estável (manter a homogeneidade durante os sucessivos plantios).

Além disso, a cultivar não poderá ter sido oferecida à venda, no Brasil, há mais de um ano em relação à data do pedido de proteção, e não ter sido oferecida à venda em outros países, com o conhecimento do obtentor, há mais de seis anos. E ainda, a novidade deve ser uma criação e não uma descoberta.

Importante destacar que a Lei de Proteção aos Cultivares prevê exceções ao regime de proteção a que chama de “direitos dos melhoristas”: assegura que o agricultor, *dentro de seu estabelecimento* pode reservar uma parte de sua colheita para uma futura semeadura sem necessidade de prévia autorização ou pagamento de qualquer remuneração ao titular do material protegido, e ainda reconhece a *isenção do melhorista*, admitindo a livre utilização da cultivar, protegida para pesquisa, como fonte de variação. O pequeno produtor rural, por sua vez, tem o direito de multiplicar sementes para doação ou troca, exclusivamente para outros pequenos produtores rurais, no âmbito de programas de financiamento ou apoio conduzidos por órgãos governamentais ou organizações da sociedade civil autorizadas pelo poder público.¹⁰

¹⁰ Art. 10. Não fere o direito de propriedade sobre a cultivar protegida aquele que: I - reserva e planta sementes para uso próprio, em seu estabelecimento ou em estabelecimento de terceiros cuja posse detenha; II - usa ou vende como alimento ou matéria-prima o produto obtido do seu plantio, exceto para fins reprodutivos; III - utiliza a cultivar como fonte de variação no melhoramento genético ou na pesquisa científica; IV - sendo pequeno produtor rural, multiplica sementes para doação ou exclusivamente para outros pequenos produtores rurais, no âmbito de programas de financiamento ou de apoio a pequenos produtores rurais, conduzidos por órgãos públicos ou organizações não-governamentais, autorizados pelo Poder Público.



O pequeno produtor rural é definido pela lei como aquele que atende simultaneamente aos seguintes requisitos: I) explora uma parcela de terra na condição de proprietário, posseiro, arrendatário ou parceiro; II) mantém até dois empregados permanentes, sendo admitido ainda o recurso eventual à ajuda de terceiros, quando a natureza sazonal da atividade agropecuária o exigir; III) não detém a qualquer título área superior a quatro módulos fiscais, quantificados segundo a legislação em vigor; IV) tem no mínimo 80% da sua renda bruta anual proveniente da exploração agropecuária ou extrativa; e V) reside na propriedade ou em aglomerado urbano ou rural próximo (parágrafo §3º).

A Lei de Patentes, por outro lado, permite o patenteamento de processos biotecnológicos e de microorganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade: **novidade, atividade inventiva e aplicação industrial e que não sejam mera descoberta**. (Art. 18). A lei determina ainda (Art. 42, inc. II) que a patente confere a seu titular o direito de impedir um terceiro, sem seu consentimento, **de produzir, usar, colocar à venda ou importar com esses propósitos processo ou produto** (como as sementes geneticamente modificadas) diretamente obtido por meio do processo patenteado (Grifos meus).

Disso decorre que a patente sobre um processo biotecnológico para a criação de uma planta ou um animal transgênico confere ao titular da patente os mesmos direitos de propriedade sobre a planta ou animal criado *a partir* do processo patenteado, o que foi chamado por alguns de *patenteamento virtual*. A lei permite ainda (art. 44) que o titular da patente obtenha indenização pela exploração indevida de seu objeto.

Como se depreende da análise da legislação citada, o aparato legal relacionado à propriedade intelectual das sementes no Brasil abriga tanto as sementes geneticamente modificadas, quanto as sementes melhoradas.

Tendo entrado em vigor no final da década de 90, algumas questões relacionadas ao marco legal da propriedade intelectual das sementes estão em aberto. Dentre estas questões, destaca-se a da dupla proteção, ou seja, que uma cultivar pode ser, ao mesmo tempo, protegida pela Lei de Proteção aos Cultivares e pela Lei de Propriedade Industrial. O artigo 2º

da lei de Proteção aos Cultivares determina que “A proteção dos direitos relativos à propriedade intelectual referente à cultivar se efetua mediante a concessão de Certificado de Proteção de Cultivar, considerado bem móvel para todos os efeitos legais e **única forma de proteção de cultivares e de direito que poderá obstar a livre utilização de plantas ou de suas partes de reprodução ou de multiplicação vegetativa no País**” (Grifo meu).

Na prática, todavia, tem sido observada a dupla proteção no caso das cultivares transgênicas, em cuja venda são cobrados *royalties* tanto pela utilização da tecnologia transgênica, como pelos decorrentes da utilização de cultivares melhoradas.

Outra questão diz respeito ao direito de reproduzir sementes, e que é assegurado pelo art. 10 da lei de Proteção aos Cultivares. Em se tratando de sementes transgênicas, a atuação das empresas de biotecnologia tem sido no sentido de estabelecer esta proibição contratualmente, resguardadas pelo direito de propriedade intelectual.¹²

No Brasil, até o momento, o Poder Judiciário tem manifestado posição a favor da legalidade do “sistema de cobrança” implementado pela Monsanto, o qual prevê o pagamento de *royalties* ao agricultor que haja plantado, em mais de uma safra, sementes transgênicas, excluída a aplicação do artigo 10 da Lei de Proteção a Cultivares (que assegura o direito do agricultor de reproduzir suas sementes) em relação à produção transgênica, conforme se depreende da seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Non se aplica o art. 10º da Lei nº 9.456/97, que regulou especificamente a propriedade intelectual em relação às cultivares, **pois mesmo que se entenda que tal diploma legal afaste o direito assegurado na Lei de Patentes**, o que é bastante discutível, **isso só poderia ocorrer se o produtor tivesse pagado royalties por ocasião da primeira aquisição** das sementes que utilizou, do que, obviamente, não se cogita, pois é público e notório que todas as sementes de soja transgênica ingressaram no

¹² De acordo com uma cláusula de contrato entre a Monsanto e Agricultores indianos: “Se a Monsanto **acreditar com justa razão que um plantador tenha plantado sementes de algodão guardadas**, que contenham **traços genéticos da Monsanto**, a Monsanto exigirá a fatura, ou estará confirmado que os campos foram plantados com sementes recém-compradas. Se essa informação **não for fornecida em 30 dias**, a Monsanto poderá inspecionar e testar todos os campos do plantador para determinar se foram plantadas sementes guardadas de algodão (Grifos meus).



país ilegalmente, não sendo comercializadas pela agravada que, por isso, não cobrou *royalties* (Agravo de Instrumento 70010740264; grifos meus).

Além da legislação sobre propriedade intelectual, que por si só é bastante restritiva, estão se tornando cada vez mais freqüentes mecanismos outros que estabelecem restrições ao direito do agricultor de reproduzir e armazenar sementes.

Um exemplo recente, ocorrido em 2005, foi a imposição da utilização de sementes registradas no Registro Nacional de Cultivares para que os trabalhadores rurais pudessem ter acesso ao seguro agrícola e ao Programa Nacional de Crédito da Agricultura Familiar – PRONAF.

Ocorre que as lavouras somente poderão ser abrangidas pelo seguro se obedecerem às condições do Zoneamento Agrícola estabelecido pelo Ministério da Agricultura e que determina as variedades de sementes adequadas para cada região. O Zoneamento Agrícola, por sua vez, considera apenas as variedades inscritas no Registro Nacional de Cultivares – RNC.

No entanto, dificilmente as sementes tradicionais ou crioulas enquadrar-se-iam nos critérios necessários para o registro no RNC, já que este sistema é pensado a partir da lógica da propriedade intelectual das cultivares. Lembre-se de que este fato está em desacordo com a Lei de Sementes, que determina que os agricultores “não poderão ter nenhum tipo de restrição em programas de crédito pelo fato de utilizarem sementes tradicionais”. Apesar disto, a partir do próximo ano, caso as variedades tradicionais não estejam contempladas no Zoneamento, os agricultores que as utilizarem não poderão acessar o seguro agrícola.

As empresas de biotecnologia também têm buscado aprimorar os mecanismos que impeçam os agricultores de armazenarem sementes através do desenvolvimento das Tecnologias de Restrição de Uso Genético (GURT – sigla em inglês). Estas tecnologias consistem na inserção de genes que impedem a germinação de sementes ou a condicionam a algum indutor químico (geralmente presente em agrotóxicos utilizados na lavoura).

A utilização das tecnologias de restrição de uso está sob uma moratória de fato estabelecida no âmbito da Convenção sobre Diversidade Biológica – CDB desde 1999. De acordo com o texto da decisão da CDB sobre o assunto: *“diante da ausência de dados sobre GURTs as Partes não aprovem produtos que incorporem tais tecnologias para ensaios em campo até que hajam dados científicos adequados que justifiquem estes ensaios, bem como o uso comercial até que tenham sido realizadas avaliações científicas de forma transparente e se tenham comprovado as condições para o seu uso seguro e benéfico relativamente, entre outros, aos seus efeitos ecológicos e socioeconômicos e a qualquer efeito prejudicial para a diversidade biológica, a segurança alimentar e a saúde humana.”*¹³

Esta decisão foi reafirmada durante a 8ª Conferência de Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica, realizada em Curitiba.

A legislação nacional proíbe expressamente a utilização destas tecnologias na lei 11.105/2005, dispõem em seu artigo 6º, inciso VII, a proibição, em todo o território nacional “da utilização, da comercialização, do registro, do patenteamento e do licenciamento de tecnologias genéticas de restrição de uso, sendo estas compreendidas como sendo *“qualquer processo de intervenção humana para geração ou multiplicação de plantas geneticamente modificadas para produzir estruturas reprodutivas estéreis, bem como qualquer forma de manipulação genética que vise à ativação ou desativação de genes relacionados à fertilidade das plantas por indutores químicos externos”*. No entanto, tramita no Congresso Nacional, projeto de Lei da Senadora Kátia Abreu (PFL/TO) com o objetivo de revogar esta disposição legal.

IV. Direitos do agricultor: fundamentação e normatização

Até os finais da década de 70, vigorava a concepção internacional de que os recursos genéticos eram “uma herança comum da humanidade”. Em 1983, firmou-se no âmbito da FAO o Compromisso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos – *CIRG*, reconhecendo o livre acesso tanto para o germoplasma básico ou bruto, como para as variedades melhoradas.¹⁴

¹³ Decisão V/5, Seção III, especialmente o Parágrafo 23 (da moratória de facto).

¹⁴ Segundo o preâmbulo do Compromisso: “o presente compromisso está baseado no princípio universalmente aceito de que os recursos fitogenéticos constituem um patrimônio da humanidade e que, por isso, sua disponibilidade não deve ser restrita”



No Compromisso, foi explicitado e regulamentado um sistema de livre acesso e troca de recursos genéticos, principalmente para a alimentação e a agricultura, o que possibilitou a formação de um dos maiores bancos internacionais de germoplasma, o IBPGR. Neste contexto, era irrelevante falar-se na garantia e na afirmação do direito de reproduzir livremente as sementes.

Todavia, principalmente a partir de fins da década de 80, intensificou-se a pressão das empresas de agroquímicos (e desde a década de 90, de “biotecnologia”), no sentido de ampliar a proteção patentária para atingir as plantas. A partir daquele momento, a discussão sobre os “direitos do agricultor” passou a ocupar grande parte das pautas das negociações internacionais, principalmente no âmbito da FAO.

Assim, em 1989, o *Compromisso* foi modificado, com a inclusão de três anexos.

O primeiro anexo, adotado em 1989, reconhece os direitos dos “inovadores formais” estipulados na UPOV (versão de 1978), admitindo o “Direito dos Melhoristas” como óbice legítimo à livre circulação de recursos fitogenéticos.

Em contrapartida, a FAO reconheceu também o direito dos agricultores de reproduzirem e de armazenarem suas sementes, enunciando que

[este é] direito resultante das contribuições passadas, presentes e futuras dos agricultores para a conservação, o desenvolvimento e a guarda de recursos genéticos vegetais, particularmente aqueles nos centros de origem/diversidade. Estes direitos são outorgados pela Comunidade Internacional, como depositário para as gerações presentes e futuras de agricultores, com o propósito de garantir amplos benefícios aos agricultores e apoiar a continuidade de suas contribuições.

O anexo III do *Compromisso* foi adotado em 1991 e reconhece os direitos soberanos dos Estados sobre os recursos genéticos, estipulando que os direitos dos agricultores devem ser implementados através de um fundo internacional para os recursos genéticos das plantas, idéia desenvolvida também no âmbito da Convenção Sobre Diversidade Biológica.

No Brasil, como já exposto, o artigo 10 da Lei de Proteção aos Cultivares admite, como foi dito, os “direitos do agricultor”, assegurando a possibilidade dos pequenos agricultores de reservarem e produzirem sementes para uso próprio. Todavia, esta lei estabelece grandes restrições à possibilidade de os agricultores, por exemplo, trocarem as suas sementes, proibindo ainda qualquer forma da sua comercialização, como a que usualmente ocorre em feiras de sementes. Além disso, o conjunto da legislação sobre sementes no Brasil trata as variedades tradicionais como “aspecto marginal” à agricultura contemporânea.

Fica muito claro nos programas governamentais (a exemplo do que ocorreu com o PRONAF em 2005) que o Estado, longe de intervir no sentido de respeitar o direito do agricultor permanecer utilizando suas sementes, tende a restringir a utilização das mesmas através de normas sanitárias, por exemplo.

Em junho de 2004, entrou em vigor o Tratado Internacional sobre Recursos Genéticos para Alimentação e Agricultura, que cria um sistema multilateral de acesso e repartição de benefícios derivados do uso de recursos fitogenéticos,¹⁵ em consonância com a CDB.

Muito embora grande tenha sido a expectativa em torno da possibilidade de se alcançarem avanços no que se refere ao reconhecimento dos direitos dos agricultores, o sistema multilateral criado tem como objetivo principal a regulamentação do acesso às coleções *ex situ* mantidas em centros internacionais de pesquisa em agricultura e que não estão abrangidas pela CDB. O tratado estabelece regras apenas para as espécies de plantas enumeradas em seu anexo I, que totalizam 35 espécies de cultivos agrícolas, entre elas, milho, arroz, feijão, trigo e mandioca, e 29 espécies forrageiras.

Em relação à propriedade intelectual, as disposições que pretendem opor os “direitos do agricultor” ao direito de patente são frágeis. O Tratado reconhece que as sementes e outros materiais de origem vegetal podem ser patenteados e/ou registrados como cultivares,

¹⁵ Recurso fitogenético é qualquer material genético de origem vegetal que seja ou possa ser utilizado pela humanidade.



desde que sofram algum tipo de modificação em relação ao recurso fitogenético originalmente acessado.

A regulamentação sobre a extensão dos direitos do agricultor, de acordo com o texto do Tratado, fica a cargo dos Estados-partes, conforme suas *necessidades e prioridades*.

Tanto a Convenção de Diversidade Biológica como o Tratado sobre Recursos Genéticos para Alimentação e Agricultura constituem espaços privilegiados de afirmação dos direitos do agricultor e da concepção de sementes tradicionais que possuam um valor intrínseco. Ambos permanecem como uma possibilidade real de garantia da soberania alimentar dos povos, máxime se comparados aos Tratados de Livre Comércio, especialmente os acordos da Organização Mundial do Comércio.

No entanto, a mais importante afirmação dos direitos dos agricultores não se dá nos fóruns internacionais ou nacionais de discussão, mas na resistência cotidiana de milhões de agricultores que incorporaram à luta pela terra a necessidade de permanecerem reproduzindo suas sementes e combaterem continuamente a erosão genética através da recuperação de variedades tradicionais, porque isto faz parte da sua resistência/sobrevivência como agricultores.

Bibliografia

ALBAGLI, S. Geopolítica da biodiversidade. Brasília: Edições Ibama, 1998.

ALTIERI, Miguel. Sementes Nativas: Patrimônio da humanidade e essencial para a integridade cultural e ecológica da agricultura camponesa. Expressão Popular, 2003.

BRAND, Ulrich. El Orden Agrícola Mundial y la sustentabilidad tecnológica: conflictos, poder y políticas internacionales em el área de los recursos genéticos. In Um mundo patentado: la privatización de la vida e del conocimiento. Fundação Heinrich Boll, 2005.

CARVALHO, Horácio Martins (Org). Sementes: patrimônio do povo a serviço da humanidade. Expressão Popular, 2003.

CORDEIRO, Ângela. Cultivando a Diversidade. In www.aspta.org.br .

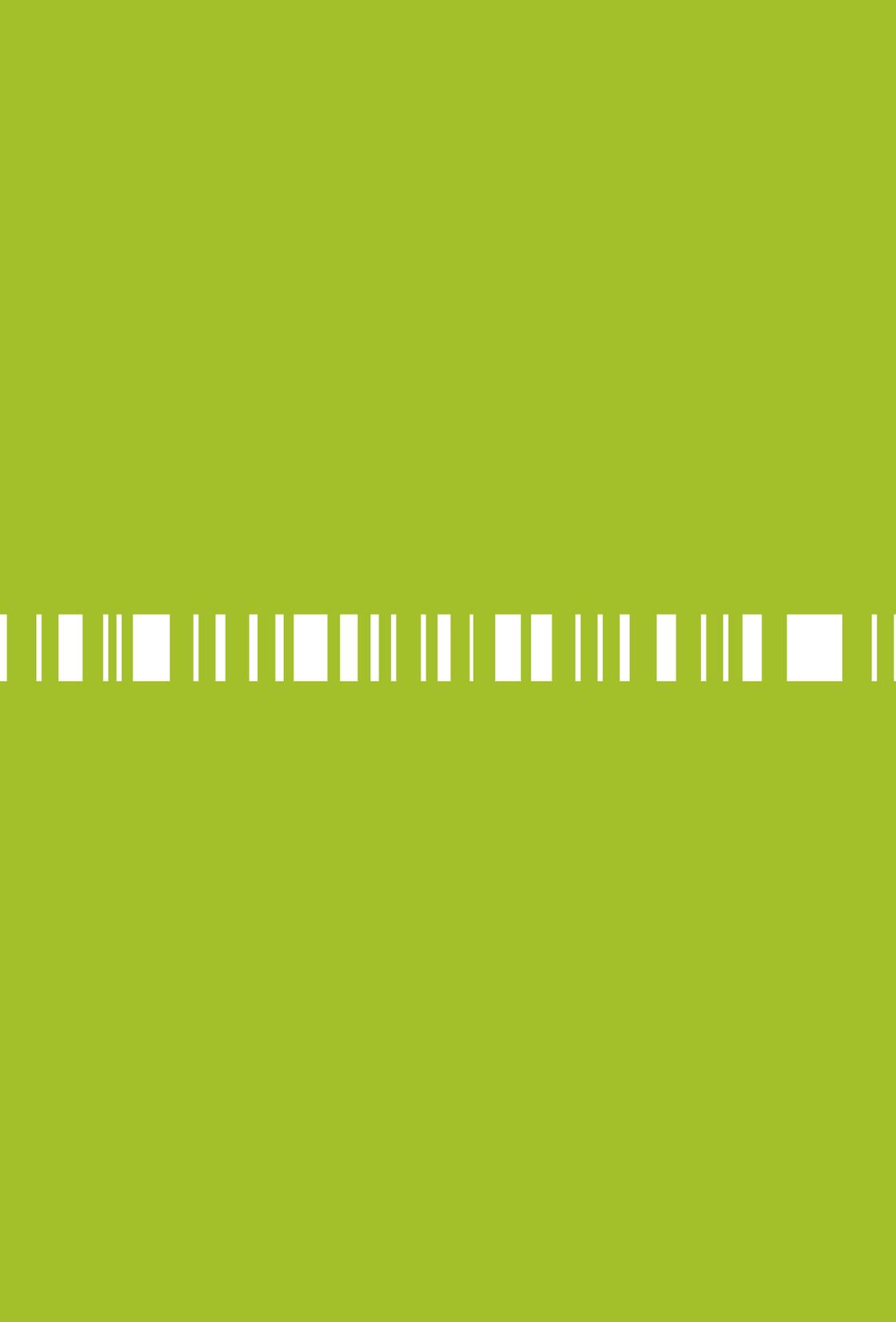
DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Econômico. São Paulo: Max Limonad, 2004.

MACHADO, Joaquim A. Recursos Genéticos Vegetais e a Empresa de Sementes. In www.bdt.fat.org.br .

Naidin, Leane C. Crescimento e Competição na indústria de Defensivos Agrícolas no Brasil. Rio de Janeiro, Tese de Mestrado, CPDA/UFRRJ.

SANTILLI, Juliana. Socioambientalismo e Novos Direitos: Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. Peirópolis, 2005.

WILKINSON, J., CASTELLI, P. G.. A Transnacionalização da indústria de sementes no Brasil – biotecnologias, patentes e biodiversidade. Rio de Janeiro: ActionAid Brasil, 2000.



SOFTWARE



Computadores, Softwares e Patentes

Pedro Antônio Dourado de Rezende¹

Hudson Flávio Meneses Lacerda²

Introdução

As discussões em torno da validade do patenteamento de “invenções implementadas por computador”, ou seja, das chamadas patentes “de software”, têm ganhado importância estratégica não só na sua dimensão econômica, mas também social e geopolítica – não somente mas sobretudo na Europa, palco de disputas em torno da “Diretiva sobre a **patenteabilidade de invenções implementadas por computadores**” [1, 2], recentemente rejeitada pelo Parlamento europeu.

Conceito comum aos regimes jurídicos que hoje abarcam processos produtivos, patentes são consideradas aplicáveis a invenções novas, não óbvias e úteis para aplicações industriais. Excluem-se do conceito, isto é, da patenteabilidade, as criações artísticas, as teorias científicas e as fórmulas e os métodos matemáticos, entre outros. Nessas fórmulas e métodos é que se assentam as estruturas operativas das tecnologias de informação e comunicação (TIC). Daí, os efeitos das chamadas patentes “de software” afetam a função socioeconômica dessas tecnologias, inclusive através de outros regimes jurídicos.

As práticas observadas na concessão de patentes cada vez mais questionáveis refletem, de forma mais direta, as pressões protecionistas de importantes

¹ Matemático, professor de Ciência da Computação da Universidade de Brasília (UnB), tem como uma de suas cadeiras favoritas a de Teoria da Computação. Coordena o programa de Extensão Universitária em Criptografia e Segurança na Informática da UnB, representa a sociedade civil no Comitê Gestor da Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira, é conselheiro do Instituto Brasileiro de Direito e Política de Informática e membro do Projeto Software Livre Brasil. Portal: <http://www.cic.unb.br/docentes/pedro/sd.htm>.

² Pós-graduado em música brasileira – práticas interpretativas pela Escola de Música da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG) e bacharel em música pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Atualmente, leciona na Escola de Música da UEMG e na Fundação de Educação Artística (FEA), atento aos efeitos deletérios dos abusos do regime de patentes em seus interesses artísticos e profissionais. Portal: <http://geocities.yahoo.com.br/hfmlacerda>.

atores no regime produtivo de bens simbólicos, dito proprietário, as pressões associáveis à **crescente ineficiência** deste regime diante do outro, **alternativo emergente**, também chamado livre ou de código aberto. No processo evolutivo das TICs, regimes produtivos têm exibido ciclos de eficácia ou de predominância bastante regulares e, atualmente, o crescimento da conectividade e da informatização marca o movimento tectônico das fronteiras de eficiência entre eles [3, 4].

O regime proprietário é assim chamado por tratar cada cópia de um bem simbólico (por exemplo, software) como **propriedade do fornecedor** e, nos seus modelos de desenvolvimento e licenciamento, sua matriz geradora (código fonte, no caso do software) como segredo de negócio ou sob o forte controle do conhecimento de seu funcionamento interno [5]. O regime livre ou de código aberto é assim chamado (pelo acrônimo FOSS, no caso do software) por tratar o licenciamento de cada cópia como ato benéfico, e sua matriz geradora como linguagem técnica, acessível à competência de potenciais interessados, concentrando seus modelos de negócios em serviços. Embora o conhecimento seja vantagem competitiva em ambos os regimes, no segundo ele é livre, e esta liberdade, fundamental.

Evolução

Observa-se que a relação custo/benefício no **regime proprietário se deteriora** em face da alternativa, na medida em que se expandem a conectividade, a informatização e os serviços possibilitados pela Internet e, no caso do software, também a base de código fonte disponível para novo uso sob regime FOSS [6]. Os processos produtivos e os modelos de negócios baseados no regime FOSS independem e prescindem de proteção patentária, mas estão sujeitos à **influência deletéria** do seu **uso abusivo**, cada vez mais praticado por agentes monopolistas ou aspirantes cujas estratégias dependem, por pressão competitiva intra-regime, do acúmulo de patentes desse tipo [7, 8].

Isto porque os modelos de negócios baseados no regime proprietário estão sujeitos à escassez de bens simbólicos que produzem, escassez esta que precisa ser artificialmente sustentada diante da crescente abundância



e qualidade dos que são concebidos sob regime livre, desenvolvidos e distribuídos sob modelos alternativos, como os do FOSS (software) e os do **Creative Commons** [9] (outros tipos de bens simbólicos). Entender a evolução das TICs exige reconhecer a importância estratégica desses modelos, e a tensão entre os que pertencem a ambos os regimes. Para isso, examinemos o processo produtivo do software, por ser ele pioneiro na prova de conceitos do regime livre, e foco deste trabalho.

Boa parte do software hoje produzido destina-se a uso específico, caso em que o interessado empreende a produção, e o produto, por isso, não se destina à distribuição. Nesses casos, o desenvolvimento é interno (*in-house*), sob contrato e não sob licenciamento. Portanto, o software assim produzido, sendo de desenvolvimento e uso privado, não é nem livre nem proprietário. Ocorre que, devido à sua natureza, os processos produtivos de software acontecem sob efeitos de estratificação e dependência a padrões, enquanto os negócios a eles vinculados competem sob o efeito de externalidades positivas do chamado “efeito rede”.

Por esses efeitos, a interoperabilidade e a instrumentalidade de softwares de uso mais geral e a distribuição ampla pautam seus modelos de desenvolvimento, quanto mais genérica for a sua funcionalidade, intermediadora de recursos computacionais e comunicacionais para outros softwares com os quais interage através de padrões e formatos de conhecimento mútuo dos desenvolvedores. No estágio atual dessa estratificação, software não é apenas produto; é também, em muitos casos, meio de produção. Por isso, os modelos de desenvolvimento e licenciamento sob os quais são produzidos os sistemas operacionais tendem a se impor para as camadas de software que, sobre eles, acumulam funcionalidades [10] (neutralizar essa tendência é um dos desafios das chamadas “máquinas virtuais”).

Para enfrentar a deterioração da eficiência do regime proprietário na base dessa estratificação, a estratégia dos agentes – monopolistas, aspirantes e parasitas – os quais apostam na sobrevivência predominante desse regime, direciona-se para o acirramento de restrições sobre o uso de processos elementares e essenciais à produção e à utilização de bens simbólicos, especialmente em relação a software, por intermediar os demais. Esses apostadores encontram seu caminho no regime patentário. Por enquanto

lhes basta que uma nuvem de incerteza paira sobre a questão de quais desses usos poderiam violar quantas dezenas de milhares de cartas patentárias, hermética e obscuramente lavradas, que eles acumulam (supostamente para proteger produtos sob forte controle do conhecimento do seu funcionamento interno, p.e., **Windows XP** [11]).

Mas essa nuvem tem efeito temporário; a estratégia precisa radicalizar-se, forçando uma escalada abusiva do regime patentário. A **escalada abusiva** desse regime jurídico, concebido para incentivar a criatividade humana, desvirtua sua meta ao transformar seus instrumentos – cartas patentárias que outorgam exclusividade para a exploração comercial de processos simbólicos – em barreira de entrada a novos atores nos mercados afetados, em armas de intimidação e chantagem contra concorrentes, em moeda podre para barganhar alianças entre ou intracartéis já estabelecidos [12]. Esses efeitos deletérios, associados à conseqüente amplificação do “efeito rede” em mercados naturalmente monopolizadores, provocam uma verdadeira “**guerra fria**” que inflaciona o custo social das TICs [13], **faturado** a uma sociedade cada vez mais **delas dependente** [14, 15, 16].

Radicalização

Nos EUA, sob pressão de *lobbies* de poderosos agentes da indústria, da especulação e da acumulação financeira, a interpretação do que seja invenção patenteável – isto é, idéias úteis, não-óbvias e inéditas com aplicações industriais – vem se ampliando e já abarca não apenas “processos implementáveis por programas de computador” (software), mas também métodos comerciais e até seres vivos, seguindo a orwelliana palavra de ordem pela avareza regulatória: “**qualquer coisa** sob o sol criada por humano deve ser patenteável” [17].

Ademais, tal radicalização concentra poder não apenas em torno de questões relativas à patenteabilidade, mas também em questões jurisdicionais, com os apostadores buscando ultrapassar as fronteiras norte-americanas e **impor globalmente** sua esfera de influência [18] através de acordos internacionais de “**livre comércio**” [19, 20], marqueteados com a cenoura neoliberal da prosperidade presa à ponta da vara da concentração financeira.



Já no outro lado do Atlântico, sob tal pressão, o Parlamento Europeu decidiu, em 06/06/05, pela **rejeição** de uma “**Diretiva** sobre a patenteabilidade de invenções implementadas por computador”, por ampla maioria: 648 (cerca de 95%) dos 680 votos. Houve apenas 14 votos a favor da Diretiva e 18 abstenções [21, 22]. Esses números, entretanto, não refletem o fato de que tal decisão foi o desfecho de uma batalha política acirrada, repleta de dramatismo, abusos de autoridade, marchas e contramarchas, como numa versão câmera-lenta, setorializada e parlamentarizada da “batalha de Seattle”, travada em torno de espaço midiático por ocasião da assembleia mundial da Organização Mundial do Comércio em 1999.

Na versão apresentada na **Primeira Leitura** pelo Parlamento Europeu, em setembro de 2003 [23], esta Diretiva explicitava restrições que claramente excetuavam da patenteabilidade as tais “invenções implementáveis por computador”, em harmonia com interesses de **pequenas e médias empresas** [24], **economistas** [25], **cientistas da computação** [2] e **desenvolvedores de software** [26]. No entanto, em maio de 2004, a Comissão e o Conselho de Ministros da União Européia **alteraram o texto**, visando atingir o **fim diametralmente oposto**: o de fornecer sustentação legal para esse tipo de patente [27, 28].

Em 07/03/05, o Conselho Europeu, desrespeitando as regras de procedimento e desconsiderando a falta de apoio da maioria qualificada dos Estados-membros, **tentou forçar** a adoção do texto da Diretiva [29] e evitar a submissão do seu texto à Segunda Leitura pelo Parlamento. *Lobbies* de grandes empresas (como Microsoft, IBM, Nokia, SAP e Siemens) impuseram dificuldades à reedição de emendas contra as patentes “de software”, o que acabou levando o Parlamento, em Segunda Leitura, a rejeitar a Diretiva em 06/06/05. Com isso, findou-se o processo legislativo em torno da Diretiva, continuando a vigor a legislação anterior.

Avaliação

Proponentes da Diretiva alegam, agora, que seu objetivo não envolvia a ampliação dos critérios de patenteabilidade, mas simplesmente esclarecer a lei atual e harmonizar sua aplicação na Europa. No fundo, intentavam

dar reconhecimento à **prática questionável, mas recorrente** no Escritório de Patentes Europeu (EPO) – hoje sem qualquer base legal sólida – de conceder patentes “de software em si”, a pretexto de se tratarem de “invenções envolvendo o uso de programas de computador, (...) que apresentem uma ‘contribuição técnica’ e preenchem os requisitos normais de patenteabilidade (...)” [30]. Doutra parte, organizações como a **Fundação para uma Infraestrutura de Informação Livre** [31, 32] mantêm catálogos de patentes abusivas desse tipo, e de **estatísticas relacionadas** a seus efeitos deletérios para a sociedade [33].

Fosse objetivo dos seus proponentes o de reforçar e esclarecer a atual situação legal, a Diretiva certamente não teria sido rejeitada pelo Parlamento. Sua rejeição sugere outra avaliação: a de que a citada prática do Escritório Europeu de Patentes (EPO) é indesejável e não reconhecida pelo Parlamento. Essa explicação é consistente com a posição do Parlamento em Primeira Leitura – claramente contrário às chamadas patentes “de software” – e com a representativa rejeição da última redação da Diretiva em Segunda Leitura, na votação de 06/06/05.

Uma leitura objetiva mostra que em sua última redação a Diretiva se voltava claramente para legitimar supranacionalmente as ações do EPO, que vem concedendo patentes “de software” em detrimento do texto do **artigo 52 da EPC** (Convenção Européia de Patentes) [34], tornando-as, em contextos litigiosos na Europa, tão frágeis como nos EUA, onde cerca da **metade dos litígios** envolvendo patentes “de software” que vão a julgamento as invalidam [35, 36]. A aprovação da Diretiva ampliaria o âmbito das invenções patenteáveis para abarcar também “invenções implementadas por computador”, colocando todos os países de União Européia sob os efeitos de tal regime, bem como o de patentes “de software” já concedidas ou por conceder.

Após a votação no Parlamento Europeu, o discurso dos que apostaram na radicalização passou a expor uma de duas posições antagônicas, conforme a conveniência. De um lado, comemoram quando lhes convém a rejeição da Diretiva, como se a omissão da instância legislativa em manifestar-se sobre as práticas atuais significasse a validação das patentes irregulares ou abusivas já concedidas; doutro lado, lamentam quando lhes convém a oportunidade



perdida para se “harmonizarem” tais práticas (os escritórios de patentes não ganharam autoridade adjudicadora), já que suas crescentes inconsistências e absurdos mantêm elevado o risco dessas patentes serem invalidadas em ações litigiosas e, portanto, elevado o tal “custo da proteção da PI”.

O caminho apontado pelos que apostam na proposta de radicalização global dos regimes patentários, à guisa de uma alegada necessidade de se legitimar o *status quo* – a reboque da “harmonização” desses regimes e a pretexto da necessidade de se “racionalizar o custo da proteção” (como se esse fosse o único meio) – nos levaria a uma posição na qual a instância legitimadora da proposta seriam aquelas internas aos seus próprios aparatos cartoriais (“**Boards of Appeal**” [37], [38]). Porém, ou talvez por isso, esse caminho está **minado por sofismas** armados em **vagas expressões** e clichês, do tipo “invenções implementadas por computador” e “contribuição técnica” [39], [40]).

Este caminho que traria poder de monopólio hermenêutico aos escritórios de patentes e a seus agentes (sob o modelo do EPO/Boards of Appeal), isto é, poder para interpretar cartas patentárias e, indiretamente, as leis que as regem e o debate legislativo que cria essas leis. Poder de suprimir e censurar interpretações que indiquem irregularidades e abusos, poder para legitimar argumentos autoritários que invertem o ônus da prova sobre possíveis efeitos de propostas, ou do tipo *ad hominem*: “devido à complexidade e à especificidade, só quem entende e pode falar de patentes e de leis de patentes são advogados de patentes”. Poder, enfim, de promover a ideologização do Estado como servo apenas dos interesses do capital, o ideário fascista.

Surdos ao sentimento que a sociedade européia acaba de expressar em sua instância legislativa, e cegos aos efeitos sociais negativos de sua própria ação nos mercados, os apostadores nessa radicalização mostram-se inclinados a dobrar suas fichas, a harmonizar ainda mais a sua conduta com o papel ilegítimo que as patentes sobre processos simbólicos (como software) cada vez mais exercem, em oposição ao de sua alegada função social. Diante da resistência encontrada, sua proposta levaria, ainda à guisa de “mais estímulo à inovação”, a maiores **abusos** do poder econômico por acumuladores de patentes esotéricas, [41] à maior eficácia no uso destas como arma de intimidação e chantagem, num jogo arbiloso e obsessivo pela reedição da corrida ao ouro alquímico, até os intestinos da galinha Internet, poedeira

que inovou como nunca dantes inovado, sem precisar ou contar com tais “estímulos”, mas correndo sério risco de com eles se decompor.

A Europa **pôde se livrar**, por algum tempo, da **radicalização do regime patentário**, mas ainda tem por cumprir a tarefa de extirpar-se do efeito deletério das patentes abusivas já concedidas ou por conceder [42, 43], e de se preparar para a próxima batalha.

O cenário brasileiro

O Brasil vem se destacando internacionalmente por ações governamentais em favor do regime FOSS, bem como por ter em conta do interesse público a determinação de uma política de propriedade intelectual **equilibrada** e sensível aos direitos de **acesso e expressão do conhecimento**, conquistados no Iluminismo [44, 45]. Não obstante, **reações** a favor do *status quo* monopolista nas TICs e noutros setores de bens simbólicos, e da radicalização do regime patentário por eles promovida, pululam na mídia corporativa [46, 47, 48]. Em conseqüência, a questão das patentes “de software” cresce em importância, merecendo abordagem analítica que possa se contrapor à retórica quase sempre vazia de sustentação empírica, a municiar esta radicalização com não mais que **conjecturas econômicas intestáveis** [49, 50].

Em 04/05/05, o sr. Antonio Carlos Souza de Abrantes, examinador de patentes do INPI, postou na lista pública de e-mails PI-Brasil (Propriedade Intelectual no Brasil) um artigo que busca incentivar o patenteamento de processos implementáveis por programas de computador. Publicado também na revista eletrônica **ComCiência**, [51] o **debate por ele gerado** na lista PI-Brasil [52] motiva, pela sua rarefação semiológica, este trabalho. O argumento central usado pelo sr. Abrantes, em defesa do patenteamento de programas de computador, é encontrado nestes parágrafos:

No debate sobre patentes de software, muitos críticos têm colocado como argumento uma suposta inadequação do sistema de propriedade industrial. O programa de computador comporta dois aspectos. O primeiro é o relativo às expressões literais da idéia, como o programa fonte ou objeto e o programa executável. Esta criação



expressa literalmente a idéia através de um conjunto de instruções. A proteção de tais elementos do software, na medida em que atendam ao quesito de originalidade e não sejam ditadas por questões de funcionalidade ou por outras limitações operacionais são objeto de proteção pelo direito autoral. O segundo aspecto comporta os elementos não literais do programa de computador, ou seja, seus aspectos funcionais, suas características técnicas operacionais expressas por métodos e sistemas que são passíveis de proteção por patentes. Uma criação industrial relativa a programa de computador será considerada invenção desde que a criação como um todo apresente um efeito técnico, isto é, venha a resolver um problema encontrado na técnica, que não diga respeito unicamente à forma como este programa de computador é escrito, isto é, ao programa de computador em si.

O INPI tem considerado portanto como patenteáveis os programas de computador que evidenciem um efeito técnico novo, e que portanto não podem ser considerados como programas em si. Diretrizes de exame do início da década de 90 já estabeleciam tal conceito: “A concessão de patentes de invenção que incluem programas de computador para realização de um processo ou que integram equipamentos que realizam tais processos tem sido admitida pelo INPI há longos anos. Isto porque não pode uma invenção ser excluída de proteção legal, desde que atendidos os requisitos convencionais de patenteabilidade, meramente pelo fato de que para sua implementação utilizem programas de computador. Assim o programa de computador em si é excluído de proteção patentária, todavia, se o programa controla a operação de um computador mesmo convencional, de modo a alterar tecnicamente o seu funcionamento, a unidade resultante do programa e do computador combinados pode ser uma invenção patenteável como método ou dispositivo”.

Tal argumentação segue a mesma linha de uma interpretação pela qual a Suprema Corte dos EUA teria decidido, no caso **Diamond versus Diehr** em 1981 [53], que o uso de um programa de computador num processo físico era insuficiente para tornar sua essência não-patenteável. Uma reinterpretação distorcida por sofismas dessa decisão – o argumento de que bastaria a um método matemático (ou essência lógica de um trecho de programa de computador) agregar “algo mais” a um processo para tornar tal método (ou essência lógica) patenteável – acabou por abrir as portas ao patenteamento de idéias que perfazem a essência lógica de programas de computador – algoritmos – disfarçados de novos processos físicos implementáveis por computador.

A repetição desse vício, reforçado por *lobbies* de grandes escritórios de patentes e agentes com interesse mútuo no poder que esse tipo de relativismo jurídico acumula para eles, conduziu, começando pelos EUA, a jurisprudências e a retoques regulatórios que acabaram por validar, na prática, o chamado **patenteamento “de software”** [54]. Isso tem levado à concessão de patentes de qualquer coisa que se disfarce de “contribuição técnica” e, através delas, ao uso abusivo e deletério dessas cartas patentárias esotéricas, cujo uso primordial – moeda podre de barganha – leva a pressões jurisdicionais, que os marqueteiros desse jogo chamam de “harmonização”, à guisa de “racionalização do custo da proteção da PI”, como acima citado.

Tais pressões surtem efeitos. Da mesma maneira que na tortuosa interpretação do caso *Diamond versus Diehr*, e chocando-se com a posição diplomática brasileira em negociações internacionais sobre o tema, o sr. Abrantes omite, em sua apologia à radicalização patentária, o passo essencial de avaliar a função específica que um programa de computador exerce em um processo cuja patente é reivindicada:

[...] Uma criação industrial relativa a programa de computador será considerada invenção desde que a criação como um todo apresente um efeito técnico, isto é, venha a resolver um problema encontrado na técnica, que não diga respeito unicamente à forma como este programa de computador é escrito, isto é, ao programa de computador em si [...].

E resume, citando o que seria diretriz de exame do INPI:

[N]ão pode uma invenção ser excluída de proteção legal, desde que atendidos os requisitos convencionais de patenteabilidade, meramente pelo fato de que para sua implementação utilizem programas de computador.

Destarte o sr. Abrantes confunde ou ignora, nesse argumento, a diferença entre:

- Uma invenção que se utiliza, em algum aspecto específico, de um programa de computador como mecanismo de execução e/ou controle;
- A essência lógica de um programa ou trecho de programa de computador (algoritmo) que implemente tal execução e/ou controle.



Não se pode confundir meio e fim. Antes, não pode uma invenção ser confundida com o meio digital que implementa o seu mecanismo de controle ou execução. Nesse contexto, tal confusão ou ignorância promove das duas uma: ou repetidas e fictícias reinvenções do computador para grilagem de idéias de uso geral através da concessão de patentes esotéricas ou abusivas; ou afrontas à **Lei 9279 de 1996** (Lei de Propriedade Industrial), que expressamente excetua de patenteabilidade (no seu artigo 10º) os programas de computador em si (inciso V), concepções puramente abstratas (inciso II), e métodos matemáticos (inciso I), como os algoritmos (tal qual são conhecidos na Ciência da Computação [55]), como pretendemos mostrar.

Diz ainda o sr. Abrantes, continuando a citar o texto que faria parte de uma diretriz de exame do INPI:

[...] Assim o programa de computador em si é excluído de proteção patentária, todavia, se o programa controla a operação de um computador mesmo convencional, de modo a alterar tecnicamente o seu funcionamento, a unidade resultante do programa e do computador combinados pode ser uma invenção patenteável como método ou dispositivo.

Nesse ponto, no qual o sr. Abrantes enlaça a natureza técnica dos computadores com a dos programas que executa, torna-se necessária uma abordagem menos tosca e pueril sobre o que seja “funcionamento técnico” desses artefatos, e sobre a natureza da relação que embasa a compreensão desse funcionamento, a saber, a relação entre hardware e software. Noutras palavras, há que se ater à relação entre os componentes lógico e físico dos computadores para se alcançarem os possíveis sentidos, lacunas e falácias no argumento oferecido pelo sr. Abrantes.

A natureza da relação entre hardware e software

Para abordar tal relação, necessitamos antes observar dois fatos esclarecedores:

1. Nenhum programa que faça uso de hardware, ou seja, que não esteja imerso (*embedded*) no hardware, altera tecnicamente o funcionamento do hardware

onde executa. Tais programas apenas manipulam e interpretam símbolos representados por sinais binários (bits) que trafegam por e/ou se armazenam nesse hardware.

2. A função técnica do hardware é processar sinais. Sinais *per se* nada significam, porque não são símbolos. Sinais veiculam símbolos através de códigos. Portanto, o significado das seqüências de bits manipuladas por esses programas é função semiológica das camadas de código que a lógica e a ontologia dos demais programas envolvidos permitem aos seus autores representarem.



O funcionamento técnico de um hardware é determinado na sua fabricação, explorável através do domínio de sucessivas camadas de codificação por programadores que podem criar programas independentemente. As simbolizações que dão funcionalidade a programas de computador só se estabelecem pelo e no contexto dos demais programas envolvidos, inclusive "programas cognitivos" imersos na cultura dos usuários. Assim, o significado das seqüências de bits manipuladas por esses programas não só não altera como também não pode ser entendido como parte da função técnica do hardware onde executa. Da mesma forma que o conteúdo de um disco não modifica o funcionamento técnico de um toca-disco, o de uma partitura não altera o funcionamento técnico de um violino. Quem se dispuser a refutar tal assertiva terá para si a tarefa de analisar a argumentação desenvolvida no restante deste artigo, a começar pelos próximos 16 pontos:

3. Para entender o funcionamento técnico de um computador, há que se começar pelo entendimento do que seja “técnico”, e pelo funcionamento técnico do que há de mais essencial nos computadores, a saber, o dispositivo de hardware conhecido por *processador* (de sinais digitais). Se quisermos o adjetivo “técnico” lastreado na filosofia do direito, ao invés de enganchado na sofística do fascínio coletivo contemporâneo, devemos ter em mente, seguindo Kant, que o termo em sua origem, *techné*, tem por essência um processo causal, no sentido aristotélico ou tomístico de *causa eficiente*. Assim, o funcionamento técnico de um processador consiste na interpretação de seqüências de sinais. Nos computadores de hoje, esses sinais são binários, denominados bits (*binary digits*), fisicamente representados pela presença ou ausência de voltagem. Uma seqüência de sinais que seja reconhecível para interpretação representa uma *instrução*.
4. A cada instrução corresponde uma ação que o processador executa ao reagir eletronicamente à presença dos sinais que a representam no *registrador de instruções* (grupo de circuitos internos para esta finalidade). A essa atuação do processador dá-se o nome de *interpretação da instrução*. A interpretação de uma instrução reage também a sinais presentes em outros circuitos internos do processador. Uma instância dessas presenças é normalmente chamada de *estado*, e os circuitos em que eles normalmente ocorrem são chamados de *registradores de dados*. Os sinais binários podem ser entendidos como representações de símbolos, normalmente *zero* e *um*, de sorte que a cada instrução corresponde uma função simbólica. Conseqüentemente, cada interpretação de instrução pode ser entendida como o cálculo da respectiva função simbólica, para a instância de dados representada pelo estado corrente do processador.
5. Ao interpretar uma cadeia de instruções, o estado em que o processador inicia a interpretação de uma instrução é o que resulta das interpretações anteriores. A isso chamamos *comportamento* do processador. O conjunto das instruções reconhecíveis e as suas respectivas interpretações constituem uma espécie de “dicionário”, ao qual se dá o nome de *código de máquina* do processador. Por sua vez, um encadeamento de instruções formando uma espécie de “frase” é chamado de *programa*. A interpretação de uma cadeia de instruções, em código de máquina e perante uma instância de dados, constitui uma *execução* do respectivo programa. As possíveis interpretações

dessa cadeia, que dependem dos dados, formam o *comportamento do processador perante o programa*; ou, pela ênfase, *comportamento do programa no processador*.

6. Nas camadas de codificação que venham a se sobrepor a esse comportamento, cada estado ou função simbólica pode ser entendida como elemento do processamento de dados (numéricos, lógicos ou literais, por exemplo) que o programa executa. Essas codificações são escolhas combinatórias e representacionais que agregam valor semiológico (portanto utilitário) a programas executáveis. Embora, ao executar, os programas possam interpretar esses códigos (para cores, por exemplo), o código de máquina não pressupõe, produz ou determina nenhum deles. Por isso, códigos que se sobreponham ao do processador não influem no seu funcionamento técnico (como causa eficiente). Na verdade, o código de máquina nem mesmo determina um programa em si: se o encadeamento de instruções do programa for abstraído da sua representação em código de máquina, tem-se o programa (em código) fonte. O programa fonte é composto de algoritmo (essência lógica do encadeamento) e estrutura de dados, expressáveis em linguagem mais próxima às humanas coloquiais.
7. Devido ao fato da coleção dos programas executáveis e o do repertório dos seus comportamentos serem determinados pelo processador, e devido à natureza desses conceitos, o código de máquina do processador é causa material dos possíveis programas nele executáveis. E cada programa executável é causa eficiente do seu comportamento no processador. Assim, mesmo que não seja possível registrá-las em burocracias cartoriais do direito industrial, especialmente a 30 centavos por folha impressa de papel, tal coleção e tal repertório, infinitos em potência, têm como causa formal o código de máquina do processador. Ou seja, traduzindo Aristóteles e Tomás de Aquino para “informatiquês”: a coleção de programas executáveis e o repertório dos seus comportamentos, isto é, o funcionamento técnico do processador, são fixos e determinados quando a matriz dos circuitos eletrônicos do *chip* do processador é determinada por ela.
8. O funcionamento prático do processador, isto é, a utilidade do repertório de comportamentos de programas nele executáveis, limitado por fatores como tempo de execução, capacidade de armazenagem e de fluxo dos demais



dispositivos do computador, e as codificações que se sobreponham para os dados manipulados em nada afetam a relação causal entre o projeto do processador e seu funcionamento técnico, entre a matriz dos seus circuitos eletrônicos e o repertório de comportamentos dos programas nele executáveis. De outra feita, esta relação causal é estímulo, muito mais do que qualquer proteção patentária, à criatividade inovadora na produção de programas úteis.

9. A obra intelectual de se produzir (e testar) um programa útil, inédito na forma dentre os executáveis já em uso, é regida no Brasil e pela convenção de Berna pelo direito autoral, que protege o autor da obra contra uso indevido de suas representações (em código fonte ou executável). E não, *per se*, pelo direito industrial, que daria a um titular de patente exclusividade para exploração comercial de alguma suposta funcionalidade inédita, contra programas cujo comportamento indevida e alegadamente exibam tal funcionalidade, qualquer que seja a sua utilidade, forma ou código em que esteja representado.
10. De outra feita, dizer que o funcionamento técnico de um processador é alterado por um programa nele executável ou que um tal programa altera esse funcionamento técnico não faz sentido exceto no ilusionismo, já que a autoria, a representação ou o conhecimento de um tal programa em nada modifica a coleção dos executáveis à qual ele já pertence por definição do projeto do chip do processador. Tampouco faz sentido dizer que a funcionalidade de um tal programa muda o repertório dos possíveis comportamentos do processador. Por outro lado, se a finalidade (causa final) de um tal programa altera a utilidade do processador onde executa, isso não modifica seu funcionamento técnico, pois em nada afeta as causas eficientes, aqui explicadas, que o processador é capaz de instrumentar.
11. Pode-se perguntar, então, que programas poderiam alterar o funcionamento técnico de um processador. Somente as instruções propriamente ditas, fisicamente expressas por circuitos eletrônicos no desenho do chip e nele imersas na fabricação, e não as seqüências de suas representações binárias podem ser admitidas como modificadoras desse funcionamento: mas apenas no estrito sentido em que determinam o código de máquina do processador, através do código subjacente dos circuitos eletrônicos quando inseridos no desenho do seu chip durante a etapa de projeto.

12. Mas já a partir da imersão da matriz desses circuitos no *chip*, durante a etapa de fabricação, o comportamento do processador (que contiver o *chip*) perante as seqüências de instruções do seu código de máquina, isto é, o comportamento dos programas nele executáveis ou, em outras palavras, o funcionamento técnico do processador – no sentido tomístico-kantiano e não mágico de “técnico” – estará fixo e determinado, só se alterando se o chip for danificado. O mesmo se pode dizer do funcionamento técnico dos dispositivos de memória, cujo comportamento corresponde à armazenagem de seqüências de bits, limitadas em comprimento à sua capacidade de armazenamento. O mesmo também se diz do funcionamento técnico de um hardware formado por processador, memória e placa integradora, ou do funcionamento técnico de um computador de uso genérico, ou de uma rede de computadores etc. A diretriz do INPI inverte, portanto, uma relação de causa que não é inversiva.

A relação semiológica entre hardware e software

A relação entre hardware e software só se define integralmente na esfera semiológica. A investigação desta relação começa pela seguinte pergunta: Como pode a escolha de um conjunto de instruções, durante o projeto de um processador, determinar o repertório de seus comportamentos diante dos programas nele executáveis, e diante das possíveis codificações que possam se sobrepor a eles? A resposta mais abrangente e completa possível é apontada não por sofismas, mas pelo método científico.

13. Pela **tese de Church** (ou Church-Turing) [56], se o processador for minimamente capaz de executar operações aritméticas e se o hardware incluir dispositivos de entrada e saída de dados digitais (como, por exemplo, um computador ou uma rede de computadores como hoje são conhecidos), o repertório dos possíveis comportamentos deste hardware, relativo às funções simbólicas que representam, será o mesmo, qualquer que seja o restante do código de máquina do processador, e qualquer que seja a utilidade de qualquer programa nele executável. Noutras palavras, a coleção dos programas executáveis num computador ou o seu funcionamento técnico limita-se e fixa-se de forma maximal por uma



ocorrência mínima de instruções aritméticas no código de máquina do(s) processador(es) e dos dispositivos de entrada e saída de dados digitais compondo o hardware.

14. O formalismo matemático pioneiro na literatura científica para descrever tal coleção de programas computáveis, possíveis de serem executados por qualquer computador ou rede de computadores habilitados à aritmética elementar e à adequada manipulação de dados, foi desenvolvido e apresentado por **Alan Turing** em 1936 [57]. O dispositivo teórico pelo qual Turing descreve funcionalmente esses programas é hoje chamado **Máquina de Turing** [58], e o repertório de seus comportamentos, pela chamada Máquina Universal de Turing.
15. A idéia básica do dispositivo universal de Turing é a de permitir a representação e o armazenamento concomitante de programas e dados. Qualquer programa executável é nele representado por meio de sinais indistinguíveis daqueles que representam os dados a serem manipulados. Donde o termo computador *programável* (oposto a *programado*), esse *fiat lux* que permite a sobreposição de códigos e a estratificação de funcionalidades simbólicas. Em linguagem contemporânea, podemos dizer que a máquina universal de Turing plantou a semente do conceito de sistema operacional, programa básico cuja função é interpretar qualquer programa executável no processador, em cujo desenho ele (sistema operacional) seja representável ou esteja imerso.
16. A tese de Church surge quando outros formalismos lógico-matemáticos que se propõem a descrever coleções maximais de funções computáveis se revelam através do lambda-cálculo, rigorosamente equivalentes à descrição funcional de Turing. Quando formalismos tais como o das funções recursivamente enumeráveis, o do cálculo de predicados de primeira ordem e o sistema de reescrita de Post, propostos como novas abordagens ao conceito de computabilidade, acabam por definir como computáveis as mesmas funções simbólicas correspondentes aos programas executáveis pela máquina universal de Turing.
17. **Alonzo Church** [59], orientador de Turing no seu doutorado em matemática em Princeton, com base na equivalência dos formalismos até ali investigados,

postula então que todo e qualquer formalismo matemático, conhecido ou não, que se proponha a definir o que seja computável equivalerá à definição funcional da máquina universal de Turing. Trata-se de uma conjectura que veio coroar o esforço da escola filosófica formalista, no sentido de depurar e consolidar os fundamentos da lógica e da matemática diante de questionamentos metafísicos sobre a consistência desses fundamentos, fecundados pela revolução científica. Surgida no início do século XX sob a liderança do famoso e talvez mais profícuo matemático dos últimos tempos, **David Hilbert** [60], a escola formalista revelou os mais fundamentais limites ao positivismo científico, com a publicação dos teoremas de incompletude por **Kurt Gödel** [61] em 1931, enquanto dava origem à Teoria da Computação.

18. No caso *Diamond vs. Diher* (de 1981), em que se inspiram os sofistas que propugnam pela legalidade do patenteamento de algoritmos sob os regimes jurídicos vigentes, o dispositivo que teve seu funcionamento técnico “alterado” pelo software em questão não era nenhum computador, que realiza a máquina universal de Turing sob as limitações práticas contingentes; era o equipamento de vulcanização de borracha, objeto da patente, controlado pelo software em questão.

A obra de Turing e Church delimita os sentidos nos quais software e matemática podem se distinguir. Ao mesmo tempo, **fornece a base** para uma divisão clara entre, de um lado, objetos e processos físicos que implementam máquinas de estados – invenções que podem ser patenteáveis – e, de outro, as informações (programas e dados) que essas máquinas processam, e que deveriam permanecer não-patenteáveis [62].

Talvez de maior importância hoje, a obra de Turing também revela a natureza da relação entre programas de computador e procedimentos matemáticos. Programas do computador só se distinguem de processos e operações matemáticas na hermenêutica de subseqüentes e independentes camadas de codificação. A impossibilidade de distingui-los sintaticamente causa, quando ignorada, efeitos colaterais nas jurisdições em que são





aceitas patentes “de software”; em que se admite que a descrição do objeto da patente misture algoritmo e hermenêutica do processo a que este se aplica, mas em que o algoritmo, sendo conceito científico e abstrato, é não-patenteável se esse processo for simbólico – de outro algoritmo – e não físico, invento em si.

Turing não tentou patentear o dispositivo teórico que ganhou seu nome, até porque a Ciência e as Leis eram então respeitadas pelos escritórios de patentes. Não havia implementação e, além disso, sendo o dispositivo puramente algorítmico (os processos a que se aplica são simbólicos), não era (nem é) patenteável. Mas isso não significa que Turing tenha desprezado sua realização prática ou sua exploração utilitária. Assim que teve oportunidade, envolveu-se no esforço secreto do governo britânico para construir e operar o **Colossus** [63], um pioneiro computador programável para criptoanálise da cifra usada pela Alemanha na IIª. Guerra.

Arquitetura de Von Neumann

Todavia, os motivos pelos quais a realização da magna idéia de Turing (sobre como projetar computadores universais programáveis) se tornou não-patenteável, seja uma ou muitas vezes, não se assentam nesses fatos, mas em outros dois. Assentam-se no fato de a tese de Church-Turing nunca ter sido refutada, e na trajetória intelectual de um gênio contemporâneo de ambos: o matemático **John Von Neumann** [64]. Citamos do **artigo do prof. Tomasz Kowaltowski**, que homenageia esse fundador da computação moderna [65]:

Para uma grande parte dos praticantes da Computação, o nome de Von Neumann está associado à idéia de *arquitetura de Von Neumann*, ou seja, à estrutura, hoje considerada clássica, de computadores digitais com programa armazenado na própria memória.[...] O envolvimento direto de Von Neumann com a Computação teve início na década de 1930, quando a disponibilidade de dispositivos eletromecânicos (relés) e eletrônicos (válvulas) aceleravam o desenvolvimento de máquinas automáticas de cálculo. Matemático de reputação mundial, [também químico e físico, criou vários novos ramos da Ciência, como a teoria dos jogos e a teoria ergódica] [...] desde 1933 no prestigioso Instituto de Estudos Avançados (IAS) de Princeton, consultor científico de várias agências governamentais ligadas às Forças Armadas, incluindo o Laboratório de Pesquisas Balísticas de Aberdeen

(Maryland) e o Laboratório Científico de Los Alamos (New Mexico), este último responsável pelo desenvolvimento da primeira bomba atômica.

[...] O contato mais importante e mais frutífero foi com o trabalho de construção do computador chamado ENIAC, desenvolvido por J. Presper Eckert e John Mauchly, na Escola Moore da Universidade de Pensilvânia, sob contrato do Laboratório de Pesquisas Balísticas. O encontro de Von Neumann com a equipe do ENIAC materializou-se em 1944. Na mesma época, a Universidade de Pensilvânia ganhou um contrato suplementar para a construção de uma nova máquina, denominada EDVAC, proposta pouco antes por Eckert e Mauchly, mas cujas características ainda eram muito vagas. O novo projeto despertou enorme interesse de Von Neumann que iniciou uma série de visitas regulares à Escola Moore, participando de reuniões relativas ao projeto, juntamente com Eckert, Mauchly, Goldstine e outros.

Como resultado das reuniões com a equipe de projeto e da freqüente troca de correspondência, Von Neumann ficou encarregado de produzir um documento descrevendo os detalhes da organização da nova máquina. Como indica o próprio título, *First Draft of a Report on the EDVAC*, este documento nunca passou da fase de rascunho, tendo sido publicado na íntegra somente vários anos mais tarde, sob forma ligeiramente editada [66].

Existe bastante controvérsia quanto a quem teria sido o primeiro a propor o conceito de programa armazenado. O trabalho teórico de Alan Turing, com o qual Von Neumann estava familiarizado, já indicava esta possibilidade. Por outro lado, existem algumas referências a este assunto, bastante obscuras e ambíguas, em algumas fontes anteriores ao documento produzido por Von Neumann, além das afirmações posteriores de Eckert, Mauchly e outros. Não há dúvida de que a idéia de programa armazenado estava “no ar” e é bastante provável que tenha sido sugerida por mais de uma pessoa ou nascido no meio de discussões sobre o novo projeto.

[...] Independentemente de quem tenha sido o primeiro a sugerir a idéia de programa armazenado na memória, o fato é que o documento redigido por Von Neumann é a primeira descrição minuciosa e quase completa de uma arquitetura de computador deste tipo, com repertório de operações que permitiriam utilização plena dos seus recursos. O documento é resultado, sem dúvida, das várias reuniões e das trocas de correspondência, mas o próprio fato de ter sido Von Neumann, consultor do projeto, encarregado da sua redação indica a importância e o grau da sua contribuição. De acordo com depoimentos de alguns dos seus colaboradores, o projeto lógico do



computador deve-se principalmente a Von Neumann, enquanto que Eckert e Mauchly foram os principais responsáveis pelo projeto de circuitos de alta velocidade, linhas de atraso e outros detalhes físicos.

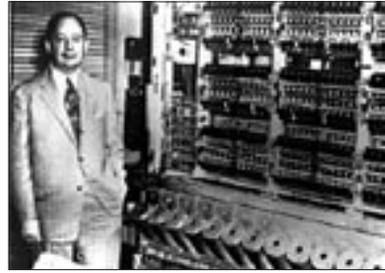
[...] Nota-se que não existia naquela época uma linguagem adequada para descrever muitos dos conceitos que estavam sendo introduzidos, o que dá ao texto um certo sabor “medieval” do ponto de vista da Computação. Por outro lado, é surpreendente a riqueza de idéias, muitas das quais continuam válidas até hoje. Von Neumann separa claramente o conceito de arquitetura lógica do computador da sua implementação física. [...] A própria divisão do projeto em unidades de *controle, aritmética, memória e de entrada e saída* é precursora de todos os projetos posteriores. Na realidade, quase todos os conceitos ainda nos parecem familiares.

O relatório de Von Neumann, apesar de incompleto, teve uma divulgação muito grande e tornou-se um paradigma de projeto para muitas máquinas de primeira geração. O interesse despertado entre instituições de pesquisa e empresas foi tão grande que a Escola Moore organizou, em 1946, um curso sobre a arquitetura do EDVAC (vide [67]). A maior parte das palestras foi apresentada por membros originais da equipe de projeto (Eckert, Mauchly, Goldstine e Von Neumann) apesar de eles não participarem mais da construção da máquina. Um exemplo da importância da influência exercida pelo projeto é a construção da máquina EDSAC na Universidade de Cambridge, por Maurice Wilkes que participou do curso. O EDSAC foi o primeiro computador controlado por programa armazenado a entrar em funcionamento, em 1949.

[...] Ao desenvolver os projetos lógicos do EDVAC e da máquina do IAS, Von Neumann tinha também uma preocupação muito grande com a sua programação. No caso do primeiro projeto, seu plano original previa a inclusão de exemplos de programação no próprio relatório, que ficou inacabado. Entretanto, existe um manuscrito de Von Neumann que contém o que é quase certamente o primeiro programa escrito para um computador com programa armazenado na memória. Uma **análise detalhada deste manuscrito e da sua história** foi feita em 1970 por Donald E. Knuth [68].

[...] No fundo, apesar de contarmos com uma grande diversificação tecnológica que inclui conceitos como microprocessadores, computação paralela e distribuída, redes de computadores, interfaces gráficas e outros, os princípios básicos de sua arquitetura e programação ainda são os mesmos derivados das descrições do EDVAC e da máquina do IAS [na imagem acima, com Von Neumann].

Esse depoimento do prof. Kowaltowski esclarece como a principal idéia de Turing, sobre a possibilidade teórica de computadores universais programáveis, foi realizada por inventos que, sob a direção do gênio de Von Neumann, exploravam os recursos tecnológicos disponíveis a partir do pós-guerra. Inventos postos em domínio público pela forma colaborativa e aberta com que foram desenvolvidos, como deveria ser pela compreensão vigente sobre a natureza do empreendimento científico.



A radicalização do regime patentário foi promovida pelos atuais interesses monopolistas, sofisma em torno da expressão “inovação do funcionamento técnico” desses inventos. Sofismar em torno de qualquer variante dessa expressão, com qualquer uma das formas utilitariamente evoluídas desses inventos, pode levar a apenas um de dois resultados finais: ou a violação sistemática dos critérios vigentes sobre patenteabilidade, ou a grilagem do legado científico de Turing, Church e Neumann no acervo platônico das formas e das idéias perfeitas reveladas.

A Santa Inquisição

Convém lembrar que programas de computador são protegidos no Brasil por **legislação própria** [69], com base no **Direito autoral** [70], sendo que tanto o regime proprietário quanto o FOSS surgiram com base nesta proteção. A maior prova de que tal proteção, sob escassez de código fonte, sempre foi suficiente e eficaz é a meteórica trajetória evolutiva das TICs até a Internet. E a maior prova de que assim permanece, mesmo sob abundância de código fonte disponível para reuso, é a trajetória de sucesso do regime FOSS.

De outra feita, o recurso à proteção adicional patentária expõe todo e qualquer desenvolvedor de software – seja livre, proprietário ou privado – ao risco artificial de litígio, em se presumir seu produto infrator de quantas das dezenas de milhares de patentes sobre algoritmos já concedidas ou por se conceder em situações que, de outra forma, se caracterizariam como livre concorrência comercial e cognitiva.



Idéias, recursos e técnicas que constituem a produção de software são processos mentais, puramente informacionais e cognitivos. Algoritmos são construções lógico-matemáticas que, ao serem expressos em programas executáveis, ganham dimensão simbólica e potencial valor de uso no papel de intermediadores da inteligência humana numa sociedade informatizada. Cercar esses bens, naturalmente comunais, com regimes de exclusão, a pretexto de se perseguir a cenoura da prosperidade na ponta da vara da acumulação monopolista, fará ressurgir na sociedade, antes que seja saboreada, os nefastos efeitos da censura ao saber.

Atribuir critério de patenteabilidade, de forma ilegal ou não, sobre processos simbólicos prejudica mais do que estimula a evolução científica, cultural e o bem comum da sociedade informacional em que vivemos. Assim prejudica ao aviltar a meta que justificou a introdução do regime patentário e ao servir, antes e mais, a um papel ilegítimo: o de proteger práticas monopolistas predatórias nos mercados das TICs, inclusive contra outras jurisprudências que as fulcram pelo equilíbrio. Prejudica através da criação artificial de escassez de código disponível como fonte à criatividade humana, escassez útil apenas à sobrevivência de regimes negociais que se obsolescem e perdem eficiência com o crescimento da conectividade, da base de código livre, dos meios de produção dessa base e da versatilidade desses meios, com e pela Internet.

Se um círculo esotérico de operadores do Direito pretende redefinir, pela via autoritária e apoiados em leituras jurídicas toscas e pueris, o que seja Ciência, sofismando em conluio com interesses monopolistas e com governos cooptados, para que se produza escassez artificial de conhecimento disponível em código programável, que tentem. Mas que se lembrem: legalidade e legitimidade são conceitos distintos.

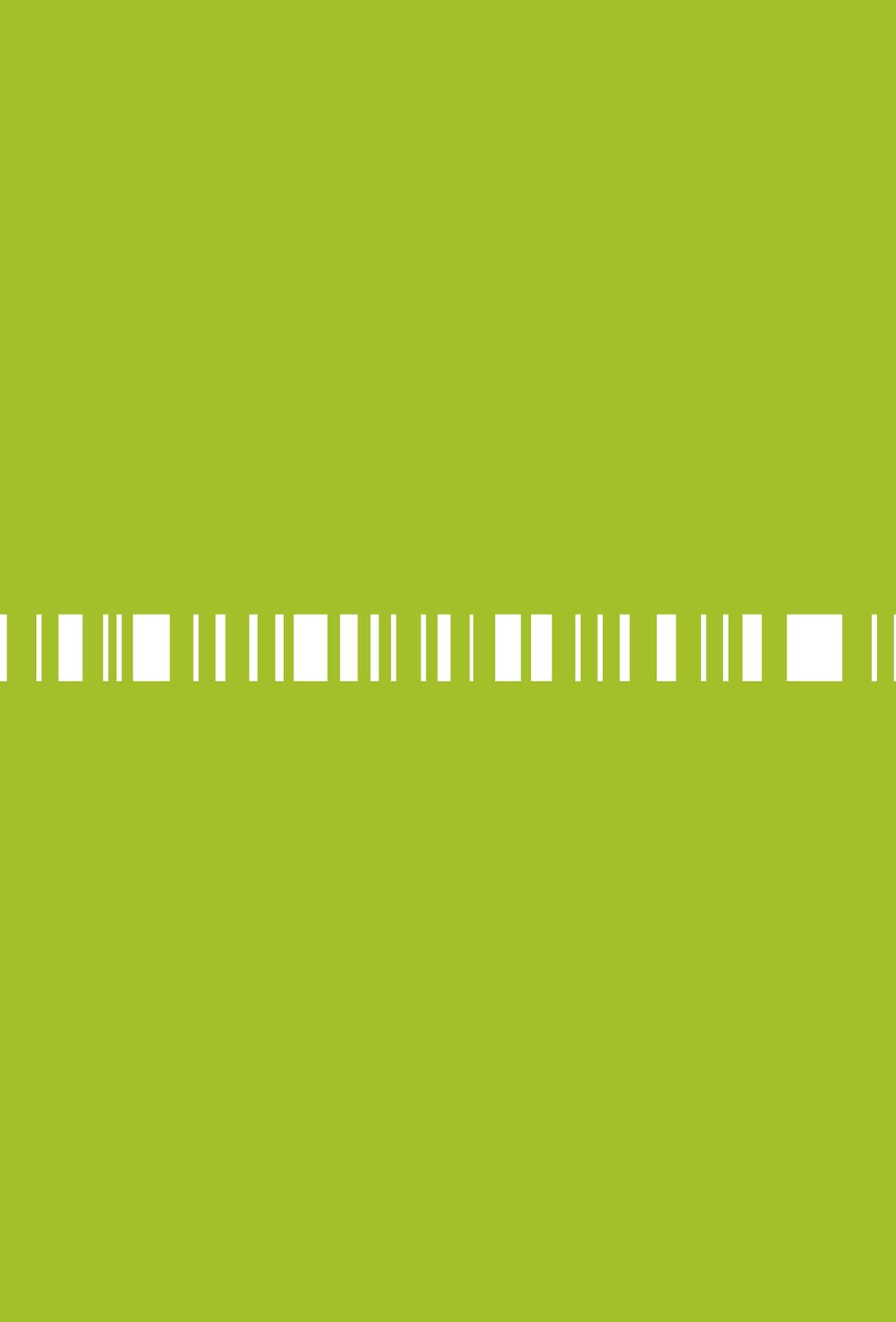
Tanto a Ciência quanto o Direito são construtos sociais. O primeiro, apesar de mais recente, tem se mostrado metodologicamente melhor equipado que o segundo para conduzir seus conceitos e instrumentos pela trilha do tempo. Com agenda semelhante à da radicalização patentária, a Santa Inquisição foi instalada: também sob o guante do segundo, armado de dogmas, para tentar controlar o primeiro. E a História nos mostra as conseqüências.

Bibliografia

- 1- <http://swpat.ffii.de/index.en.html>
- 2- <http://lpf.ai.mit.edu>
- 3- http://www.dwheeler.com/oss_fs_why.html
- 4- <http://perens.com/Articles/Economic.html>
- 5- <http://www.gnu.org/philosophy/categories.html>
- 6- <http://www.fsf.org/licensing/essays/microsoft-new-monopoly.html>
- 7- <http://swpat.ffii.de/patents/effects/index.en.html>
- 8- <http://swpat.ffii.de/pikta/xrani/voip/index.en.html>
- 9- <http://creativecommons.org>
- 10- <http://www.cic.unb.br/docentes/pedro/trabs/nassif1.html>
- 11- <http://www.microsoft.com/windowsxp/pro/eula.msp>
- 12- <http://swpat.ffii.de/vreji/quotes/index.en.html#reback0206>
- 13- <http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/artigos/eno300520011.htm>
- 14- <http://www.nosoftwarepatents.com/>
- 15- <http://lpf.ai.mit.edu/Patents/industry-at-risk.html>
- 16- <http://www.spectrum.ieee.org/careers/careerstemplate.jsp?ArticleId=i080205>
- 17- <http://www.bio.org/speeches/speeches/041101.asp?p=yes>
- 18- http://www.technetra.com/writings/silicon_valley/innovation_or_patent_colonialism_html
- 19- <http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/artigos.asp?cod=335OFC002>
- 20- http://news.com.com/Copyright+lobbyists+strike+again/2010-1071_3-5811025.html
- 21- <http://mail.fsfeurope.org/pipermail/press-release/2005q3/000109.html>
- 22- <http://www.eweek.com/article2/0,1895,1834392,00.asp>
- 23- <http://swpat.ffii.de/papers/euoparl0309/index.en.html>
- 24- <http://swpat.ffii.de/vreji/cusku/index.en.html>
- 25- <http://www.economic-majority.com>
- 26- http://www.onlamp.com/pub/a/onlamp/2005/07/21/software_pricing.html
- 27- <http://register.consilium.eu.int/pdf/en/04/st09/st09713.en04.pdf>
- 28- <http://swpat.ffii.de/papers/euoparl0309/cons0401/tab/index.en.html>
- 29- <http://wiki.ffii.de/Cons050307Pt>
- 30- <http://www.patent.gov.uk/media/pressrelease/2005/0607a.htm>
- 31- <http://webshop.ffii.de>
- 32- <http://www.base.com/software-patents/examples.html>
- 33- <http://swpat.ffii.de/patents/stats/index.en.html>
- 34- <http://www.european-patent-office.org/legal/epc/e/ar52.html>
- 35- <http://www.seriousliving.net/new-2904217-1179.html>



- 36- <http://yementimes.com/article.shtml?i=869&p=culture&a=2>
- 37- <http://legal.european-patent-office.org/dg3/biblio/t971173ex1.htm>
- 38- <http://legal.european-patent-office.org/dg3/biblio/t950333eu1.htm>
- 39- <http://www.ffii.de/~jmaebe/swpat/cii.html>
- 40- <http://swpat.ffii.de/papers/europarl0309/juri0504/ffieipp050615.en.pdf>
- 41- <http://www.groklaw.net/staticpages/index.php?page=20050402193202442>
- 42- <http://www.guardian.co.uk/online/comment/story/0,12449,1540984,00.html>
- 43- <http://news.zdnet.co.uk/business/legal/0,39020651,39210094,00.htm>
- 44- <http://www.cic.unb.br/docentes/pedro/trabs/OMPI.html>
- 45- http://www.cic.unb.br/docentes/pedro/trabs/bresil_foss.pdf
- 46- <http://www.cic.unb.br/docentes/pedro/trabs/gandra.html>
- 47- <http://www.cic.unb.br/docentes/pedro/trabs/galmeida2.html>
- 48- <http://www.cic.unb.br/docentes/pedro/trabs/fisl2004.html>
- 49- <http://swpat.ffii.de/vreji/mirror/impact/index.en.html>
- 50- <http://wiki.ffii.org/CampVald05En>
- 51- <http://www.comciencia.br/presencadoleitor/artigo19.htm>
- 52- <http://br.groups.yahoo.com/group/pibrasil/messages/2748?threaded=1>
- 53- http://www.technologyreview.com/BizTech/wtr_12074,311,p1.html
- 54- <http://lpf.ai.mit.edu/Patents/against-software-patents.html>
- 55- http://www.mct.gov.br/legis/leis/9279_96.htm
- 56- http://en.wikipedia.org/wiki/Church-Turing_thesis
- 57- <http://www.abelard.org/turpap2/tp2-ie.asp>
- 58- <http://www.turing.org.uk/turing/scrapbook/machine.html>
- 59- <http://www-gap.dcs.st-and.ac.uk/~history/Mathematicians/Church.html>
- 60- <http://www-groups.dcs.st-and.ac.uk/~history/Mathematicians/Hilbert.html>
- 61- <http://www-gap.dcs.st-and.ac.uk/~history/Mathematicians/Godel.html>
- 62- <http://www.spectrum.ieee.org/careers/careerstemplate.jsp?ArticleId=i070305>
- 63- http://en.wikipedia.org/wiki/Colossus_computer
- 64- http://www-groups.dcs.st-and.ac.uk/~history/Mathematicians/Von_Neumann.html
- 65- <http://www.ic.unicamp.br/~tomasz/projects/Vonneumann/>
- 66- John Von Neumann: "First Draft of a Report on the EDVAC". *Annals of the History of Computing*, 15(4):27-75, outubro 1993.
- 67- <http://ieeexplore.ieee.org/iel4/85/5017/00194089.pdf?arnumber=194089>
- 68- http://portal.acm.org/ft_gateway.cfm?id=356581&type=pdf
- 69- http://www.mct.gov.br/legis/leis/9609_98.htm
- 70- http://www.mct.gov.br/legis/leis/9610_98.htm



ANEXOS





Carta do Leme

Este documento é resultado do Seminário Nacional “Propriedade Intelectual: Interfaces e Desafios”, organizado pela Rede Brasileira pela Integração dos Povos (REBRIP), no qual os atores presentes debateram os constrangimentos impostos pelas regras de PI em diferentes áreas do conhecimento, que impedem a sustentabilidade e o pleno direito ao desenvolvimento humano, econômico, social e cultural dos povos.

Rio de Janeiro, Brasil, 29–30 de novembro de 2005

A todos os governos, instituições internacionais e povos do mundo

Nós, entidades, organizações da sociedade civil, profissionais, estudantes e pesquisadoras/es, comprometidas/os com a democratização do acesso ao conhecimento, à saúde integral, e com o direito à segurança alimentar, especialmente das pessoas pobres, acreditamos que, mantidas as atuais regras de propriedade intelectual, os países tecnologicamente dependentes e suas populações têm os direitos humanos desrespeitados.

Nosso entendimento sobre os direitos de propriedade intelectual e seu impacto no mundo em desenvolvimento é diametralmente oposto à lógica do livre comércio e da liberalização econômica prevalecente nas negociações entre os países, no âmbito da Organização Mundial do Comércio – OMC e demais Fóruns multilaterais. Fazemos parte de um movimento global da sociedade civil organizada que tem, consistentemente, demonstrado os impactos negativos dessas negociações sobre as populações pobres, o meio ambiente e a biodiversidade.

No exercício de nossa cidadania:

Manifestamos nosso repúdio à lógica de naturalização da inserção do conhecimento no rol das mercadorias. A forma como avança o capitalismo e a agressividade do grande capital sobre os países em desenvolvimento – e tecnologicamente dependentes – fomentam a apropriação perversa e a privatização de bens intangíveis, como o conhecimento científico e o conhecimento tradicional das comunidades, a informação, as artes, as fórmulas farmacêuticas e a biodiversidade.

Consideramos reprovável e inconcebível que os conhecimentos que propiciam desenvolvimento econômico e social, melhoria de qualidade de vida e sobrevivência das populações recebam o tratamento de mercadoria, e como tal sejam monopolizadas e comercializadas pelos países desenvolvidos.

Defendemos a ampliação da participação da sociedade civil organizada em todas as esferas de decisão, nacionais e internacionais, sobre aspectos ligados à propriedade intelectual, como única forma de

implementarmos o devido controle social. Exigimos total transparência nos processos decisórios dos acordos comerciais, multilaterais e bilaterais, e ajustes de legislações internas dos países.

Exigimos a paralização e a NÃO realização de quaisquer novos acordos no âmbito da Organização Mundial de Comércio (OMC). Vivemos a realidade de um quadro desolador, resultante da enorme desigualdade existente entre as nações produtoras e aquelas meras consumidoras de tecnologia, ou seja, entre aquelas que são detentoras e as dependentes das patentes e outros dispositivos de proteção intelectual. A OMC tem demonstrado que NÃO representa os interesses dos países em desenvolvimento e das populações excluídas, ao contrário tem contribuído para o aprofundamento da pobreza e das assimetrias entre os mais ricos e os mais pobres. Todos os esforços devem ser feitos para garantir o direito de proteger o acesso de todas as pessoas aos bens essenciais, à manutenção e respeito às salvaguardas atuais e um comércio voltado para uma maior integração sustentável e solidária entre os povos.

Rechazamos a inclusão ou permanência de temas ligados à propriedade intelectual em acordos de livre comércio de caráter regional e sobretudo nos acordos bilaterais norte-sul, entendendo que a inclusão de tais temas como moeda de troca para a conquista de mercados amplia a dependência dos países pobres e as desigualdades já existentes.

Somos radicalmente contra às regras que significam o aprofundamento do já restritivo acordo TRIPS da OMC por serem abusivas e desumanas.

Declaramos que:

1. O monopólio patentário de medicamentos essenciais e as barreiras para implementação das flexibilidades legais são os maiores obstáculos para o acesso de milhões de pessoas no mundo a tratamentos e ao pleno exercício do seu direito à saúde. As flexibilidades previstas pela OMC para melhorar o acesso a medicamentos essenciais, como por exemplo a Declaração de Doha e a Resolução de 30 de agosto, são conquistas da sociedade civil organizada que sempre clamou pela priorização do respeito aos interesses e à saúde das populações menos favorecidas. No entanto, percebemos com pesar que as normas que têm como princípio o respeito aos direitos humanos e que se tornaram leis nacionais, como as salvaguardas em matéria de propriedade intelectual, são automaticamente transformadas em "ilegalidade" no plano global ao primeiro esforço de execução, ou seja, os direitos se transformam em crimes, e os países passam a representar ameaças e sofrer retaliações dos detentores do conhecimento passível da flexibilização.
2. Os meios de comunicação revestem-se não apenas de importância econômica, mas, principalmente, da capacidade de interferir em processos sociais e culturais. Tradicionalmente, este é um setor oligopolizado, com forte presença de gigantes transnacionais que fazem circular por todo o planeta os mesmos filmes, músicas, livros, games, notícias. A lógica da propriedade intelectual neste setor acentua o poder dos monopólios, diminui a diversidade cultural (elemento-chave para a construção de sociedades



democráticas) e não beneficia os produtores culturais. Pelo contrário, ela serve como elemento inibidor para a livre expressão e circulação de informações.

3. As discussões em torno da validade do patenteamento de “invenções implementadas por computador”, ou seja, das chamadas patentes de software, tornaram-se estratégicas tanto por sua dimensão econômica, quanto social e geopolítica. Principalmente porque o patenteamento e as regras de proteção intelectual na área da tecnologia de informação tem sido aplicadas para: a) proteção de verdadeiros impérios empresariais que detém quase todo o mercado mundial de bens e serviços neste setor, que cada vez mais passa a ser central para o desenvolvimento; b) para obstaculizar as soluções criadas a partir do software livre e código aberto para a democratização do conhecimento, a criação de capacidades a nível local e desenvolvimento econômico das comunidades. As ameaças constantes dos países do Norte, sobretudo dos Estados Unidos, de que a pirataria de software é um problema do Sul econômico é falaciosa e esconde os interesses de manutenção da dependência tecnológica.
4. A extensão dos direitos de propriedade intelectual sobre formas de vida, possibilitando que sementes, plantas e até animais sejam objetos de proteção patentária, tem causado impacto em toda a população e principalmente nos agricultores e comunidades locais, dificultando o acesso destes aos bens naturais, contribuindo para a erosão da biodiversidade, ocasionando agressões à soberania alimentar dos povos e incentivando a biopirataria e a expropriação do conhecimento das populações locais.

Num marco de lutas pela democratização do conhecimento e pela garantia dos direitos humanos como princípio norteador de todos os acordos entre as nações, propomos também a constituição de um espaço de articulação da solidariedade e de ação conjunta na defesa do comércio justo, do bem estar e do mais alto grau de qualidade de vida de todas as pessoas, e por um mundo mais igualitário. Todas as pessoas, organizações e movimentos sociais comprometidos com estes princípios estão convidadas/os a se juntar à essa luta.

Para assinar a Carta do Leme, por favor, contatar:

Secretaria Executiva da REBRIP

Rua das Palmeiras, 90 – Botafogo – Rio de Janeiro – cep. 22270-070

Tel.: 21 2536-7350

Email: clarisse@rebrip.org.br ou maureen@rebrip.org.br

Para ver a lista de assinaturas, por favor, acessar a página da REBRIP:

<http://www.rebrip.org.br>

Programa: Seminário Propriedade Intelectual: Interfaces e desafios

Rio de Janeiro, 29 e 30 de novembro de 2004

Dia 29/11

[9:00 às 9:30] Abertura

Fátima Mello – REBRIP e Gustavo Gindre – INDECS

[9:30 às 11:30] Mesa sobre Tecnologia da Informação e da Comunicação

expositor: Pedro Rezende - Projeto Software Livre Brasil e UNB

debatedor: Thiago Tavares - Universidade Católica de Salvador

Pedro Paranaçuá – Professor FGV e colaborador Programa Software Livre Brasil e CTS / FGV

moderadora: Magaly Pazello - Rede DAWN

relatora: Loimar Vianna - Projeto Software Livre - Mulheres e Ass. Software Livre.Org

Ricardo Filipo – IBPAS

[11:30 às 13:30] Mesa sobre Saúde Pública

expositora: Gabriela Costa - ENSP

debatedor: Michel Lotrowska - MSF

Cristina d'Almeida – Programa DST/ AIDS Min. da Saúde

moderadora: Renata Reis - ABIA

relator: José Carlos Veloso - GAPA

[14:30 às 16:30] Mesa sobre Comunicação e Cultura

expositor: Guilherme Carboni - IDCID

Gustavo Gindre - INDECS

debatedor: Carlos Afonso – FGV Creative Commons

moderadora: Graciela Selaimen - RITS

relator: Diogo Moyses - Intervezes

16:45 às 18:45 Mesa sobre Biodiversidade

expositora: Maria Rita Reis – Terra de Direitos

debatedor: Laudemir Muller – Ministério do Desenvolvimento Agrário

Adriano Campolina – ActionAid

moderadora: Graciela Rodriguez – Instituto Equit

relator: Edécio Vigna – INESC

Dia 30/11

[9:00 às 12:00] Debate sobre Transversalidade em Propriedade Intelectual

Mesa composta pelos relatores do dia anterior

[14:00 às 16:00] Grupos de Trabalho

[16:15 às 18:00] Conclusão Plenária Final

Fátima Mello - REBRIP e Gustavo Gindre - INDECS

