

XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo IX Direito de Autor e transformações tecnológicas

**TÍTULO:
JUSTIFICANDO A PROPRIEDADE
INTELLECTUAL - QUAL SERIA
A SUA FUNÇÃO SOCIAL
NA QUARTA REVOLUÇÃO
INDUSTRIAL?**

Eduardo Oliveira Agostinho



JUSTIFICANDO A PROPRIEDADE INTELLECTUAL – QUAL SERIA A SUA FUNÇÃO SOCIAL NA QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL?

Eduardo Oliveira Agostinho¹

RESUMO

O trabalho trata sobre os fundamentos que legitimam a existência de um sistema jurídico para a proteção da criação intelectual fundado no regime jurídico de propriedade na economia digital, mesmo diante de disjunções no uso corrente desses institutos, como o surgimento dos *patent trolls* e de condutas oportunistas no uso abusivo da proteção intelectual por empresas de base tecnológica. Para tanto, faz-se uma revisão das propostas de Robert Merges e de Shuba Ghosh para justificar a eficácia do sistema de propriedade intelectual. Enquanto o primeiro busca fundar essa legitimidade na existência de um direito fundamental, o segundo valoriza o aspecto instrumental da propriedade intelectual como um elemento de governança para viabilizar o acesso ao bem comum informacional. Por caminhos diversos, apresentam-se importantes considerações que justificam a proteção da criação intelectual por meio do direito de propriedade, não obstante as mudanças sociais e de modelos de negócio trazidas pela economia digital.

Palavras-chave: propriedade intelectual; inovação, análise econômica do direito

¹ Doutor em Direito Econômico pela PUCPR. Professor Titular de Direito Empresarial na PUCPR. Advogado. E-mail: eduardo.agostinho@pucpr.br

INTRODUÇÃO

A proteção jurídica da criação inventiva ou humana por meio do regime jurídico de propriedade, a denominada propriedade intelectual se justifica socialmente? Esse questionamento sempre fez parte do desenvolvimento desse sistema e de seu estudo, mas com as mudanças que vem ocorrendo nos modos de produção em virtude da digitalização da economia, na chamada Quarta Revolução Industrial, apontam-se novos elementos para como ensejadores dessa questão. O presente artigo tem por objetivo realizar uma análise da questão a partir da visão de autores que buscam justificar a existência e a preservação da Propriedade Intelectual. Dentro dessa proposta, apresenta-se, inicialmente, em uma primeira seção, exemplos de situações que colocam em questionamento a propriedade intelectual e sua função social. Em seguida, apresenta-se uma revisão dos fundamentos empregados por Robert Merges para a justificação da propriedade intelectual como um bem jurídico em si, de forma a legitimar o seu tratamento legal na sociedade de forma mais abrangente que a visão utilitarista pautada na sua instrumentalização como um apoio para o desenvolvimento tecnológico. Em uma terceira seção, apresenta-se a perspectiva da propriedade intelectual como um elemento facilitador para a construção de um *information commons*, na perspectiva de Shubba Ghosh. Por fim, apresenta-se considerações finais, nas quais se valorizam os aspectos que justificam a propriedade intelectual como um bem jurídico fundado na autonomia e liberdade do ser humano, com a sua função social limitada pelo interesse coletivo, e, ainda, sob o escopo funcional, em uma sociedade digital, como um facilitador do desenvolvimento tecnológico, diante da maior transparência que o direito de propriedade propicia para a organização das estruturas contratuais destinadas à produção de inovação.

1. A necessidade de se repensar o Sistema de Propriedade Intelectual

O sistema de propriedade atribuído às criações intelectuais e seu descompasso com as mudanças sociais provenientes da era digital tem

permitido a ocorrência de situações que colocam em dúvida se o regime em questão ainda se mostra adequado para o fim a que se destina. Para a contextualização exemplificativa dessas distorções dentro da proposta do presente artigo, apresentam-se duas situações que contribuem para a compreensão da complexidade desse debate.

A primeira envolve a figura conhecida como *Patent Trolls*, muito presente nos Estados Unidos. Trata-se de empresas especializadas em gerir portfólios de patentes com o objetivo único e restrito de promover ameaças a outras empresas, judicialmente ou extrajudicialmente, fundando-se na suposta e possível violação de propriedade intelectual. Em outros termos, um *patent troll* tem como objetivo e negócio adquirir patentes de invenção e simplesmente estocá-las como um ativo. Em paralelo, monitora-se o mercado para identificar empresários que estejam obtendo resultados econômicos significativos, e cujos produtos ofertados ao consumidor possam, em alguma medida, deter tecnologia que conflite com aquela estocada. Quando isso ocorre está atingido o objetivo do negócio. O *patent troll* notifica o empresário, forçando-o a uma negociação para evitar uma demanda judicial envolvendo uma possível violação de patente, obtendo o seu lucro na operação por meio desses acordos para se evitar a demanda judicial. Caso não ocorra o acordo, parte-se para a ação judicial. Os inúmeros casos de ganhos milionários de empresas dessa espécie são objeto constante de questionamento (PORTER, 2017), sendo que o que mais chama a atenção é o fato de que são empresas que não geram um produto ou serviço sequer para a sociedade. O seu único objetivo é o de se valer de uma aparente disjunção do sistema de propriedade intelectual como o seu negócio em si.

Como segunda situação que permite apontar como sinal de fadiga do sistema de propriedade intelectual, apresenta-se um problema local que ensejou grande debate, e cujo desfecho foi no sentido de proteção do regime jurídico existente, não obstante os questionamentos sobre a adequação dos fatos a sua função social. Trata-se da disputa entre montadoras de veículos (Volkswagen, Ford e Fiat) e a Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças (ANFAPE) envolvendo um possível abuso no uso da propriedade intelectual de forma a trazer prejuízos à concorrência.

Na interpretação da ANFAPE, haveria um domínio monopolista das montadoras no mercado secundário de peças automotivas, as chamadas peças de reposição, por intermédio do emprego do registro de desenho industrial. Desse modo, o adquirente de um carro dessas montadoras, caso venha a precisar repor um para-lama em virtude de uma batida, por exemplo, vê-se em uma condição de sujeição a um monopólio, uma vez que somente a montadora, ou terceiro por ela autorizado, é que produz aquela peça. Segundo as montadoras, tal situação faria parte do modelo de negócios, e os preços das peças no mercado secundário precisam ser avaliados como parte integrante da cadeia de produção automobilística, justificando-se a necessidade de proteção da condição monopolista nesse mercado. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE recentemente julgou a prática em questão e entendeu, em uma apertada votação de quatro a três, que não haveria prejuízo à concorrência (GANTOIS; PIMENTA, 2018)

Ambas as situações acima demonstram cenários de possível disjunção entre a posição da doutrina sobre a função social da propriedade intelectual e as consequências dos seus efeitos na sociedade contemporânea.

A tradicional justificativa para a adoção do regime de propriedade para a proteção das criações intelectuais, sobretudo no sistema de patentes, volta-se para a visão utilitarista do custo-benefício, na qual o Estado atribui artificialmente o direito de propriedade sobre um recurso de uso não rival visando o estímulo à produção de novas tecnologias. Segundo essa interpretação, se não houvesse esse indutor, o risco da sujeição à imitação serviria como um desincentivo ao investimento na pesquisa e desenvolvimento de novas tecnologias.

Ocorre que, no primeiro caso, o que se observa é o emprego dos efeitos da proteção da tecnologia como um negócio em si mesmo, sem a geração de qualquer inovação, e no segundo caso, um possível emprego do sistema para a captura de valor em um âmbito nebuloso, no qual essa proteção pode gerar prejuízos ao consumidor.

Situações como essas, dentre outras tantas decorrentes das rápidas mudanças trazidas para o modo de produção capitalista pela economia digital, na denominada Quarta Revolução Industrial (SCHWAB, 2016),

é que vem reforçando a necessidade de se debater o sistema de propriedade intelectual e sua justificação a partir de sua função social (LESSIG, 2001; BURK; LEMLEY, 2009).

2. Propriedade Intelectual como um direito fundamental – a perspectiva de Robert Merges

Para Robert Merges (2011, p. 12) o debate envolvendo a razão da existência do sistema de propriedade intelectual, trazido sob uma nova onda de questionamentos decorrentes dos desafios da era da economia digital, permitiu-lhe, um efetivo amadurecimento em relação ao tema.

Sobretudo porque esse autor, em sua trajetória de pesquisa, dentro da tradição saxã, parte da premissa de que o sistema de propriedade intelectual seria um regime de natureza instrumental, voltado para o incentivo à criação humana, de espírito ou tecnológica, por meio da recompensa proposta, caracterizada pela exclusividade na sua exploração econômica.

Nesse sentido, a disjunção observada em diversas situações envolvendo a aplicação do sistema efetivamente coloca em questão a sua pertinência.

Para o autor, não obstante essas situações anômalas às finalidades desse sistema, a percepção de que o regime de propriedade intelectual propicia um ciclo virtuoso ainda prevalece, mesmo que intuitivamente. Diante disso, Robert Merges se propõe a aprofundar a análise do instituto para buscar justificá-lo, para além da instrumentalidade utilitarista.

Dentro dessa perspectiva o autor apresenta sua proposta de justificação para o sistema de propriedade intelectual, dispondo como seus subprincípios: a) eficiência; b) maximização do domínio público (*nonremoval*); c) proporcionalidade; e d) dignidade.

De outro lado, como fundamentos normativos desse sistema, aponta o autor: a) a teoria da apropriação por intermédio do trabalho, fundada em John Locke; b) a autonomia e liberdade, fundada em Immanuel Kant; e c) propriedade e justiça distributiva, fundada em John Rawls. (MERGES, 2011, p. 4-27)

Nesse sentido, os elementos fundantes empregados usualmente pela construção do sistema de propriedade intelectual na experiência

saxã passam a ser vistos como subprincípios, cujo uso prático e relevância não deixam de existir. Todavia, na perspectiva do autor, esses elementos passam a ser permeados pelos fundamentos normativos que o justificam. Dessa forma, a disjunção funcional não seria, em si só, uma razão para a derrogação do sistema. Talvez possa ser uma causa para a reflexão sobre a necessidade de sua adequação, mas a propriedade intelectual como sistema, deixaria de ser vista como um elemento instrumental, para passar a ser vista como um direito em si.

Nessa perspectiva, Merges vale-se da teoria da apropriação por intermédio do trabalho de John Locke para reforçar o direito de propriedade sobre a criação intelectual como um direito natural do ser humano. Portanto, trata-se de um direito mais abrangente que o mero instrumental para o interesse coletivo no escopo da inovação.

Nessa perspectiva, soma-se à noção de propriedade jusnaturalista de Locke, a visão Kantiana de que a propriedade seria central para a liberdade do ser humano (MERGES, 17). A propriedade confere ao sujeito o controle e a perspectiva de compensação, as duas dimensões práticas da noção de Kant de autonomia. Passa-se, dessa forma, na visão de Robert Merges, da compreensão clássica da propriedade intelectual como um bem artificialmente cunhado em prol de um interesse coletivo para a concepção de um direito fundamental. (MERGES, 2011, p. 03)

Não se pode, todavia, conceber o direito de propriedade sem limitações, sobretudo em virtude dos interesses de terceiros, respeitando-se, inclusive, as visões nesse sentido de John Locke e, sobretudo, de Immanuel Kant.

É justamente no intuito de propiciar justificativa para a limitação dos direitos de propriedade intelectual que Merges se ancora na concepção de justiça distributiva de John Rawls, o qual destaca que todo ser humano, na sociedade, é devedor do seu sucesso, diante dos atributos que a sociedade lhe propiciou e que lhe permitiram chegar em seus resultados. A partir dessa premissa, os direitos de propriedade intelectual estão sujeitos à proporcionalidade, considerando a contribuição que a criação gera para a sociedade. Vale destacar ainda, que o fruto da exploração dessa propriedade intelectual também está sujeito à necessária retribuição social, o que ocorre

por intermédio da tributação. (MERGES, 2011, p. 19)

Para Robert Merges, esses três fundamentos do sistema de propriedade intelectual; apropriação por meio do trabalho, autonomia e liberdade e justiça distributiva norteiam os subprincípios que se encontram presentes nos textos de lei dos diversos bem de propriedade industrial, e se materializam em diversas oportunidades de aplicação.

Os subprincípios da eficiência e proporcionalidade, por exemplo, se alinham com o fundamento da apropriação pelo trabalho na delimitação do prazo da proteção, dos critérios para a reparação de danos no caso de violação.

O fundamento da autonomia e liberdade estão presentes de forma destacada no subprincípio da dignidade, que aflora o direito moral do criador intelectual. Mas também está presente no subprincípio da maximização do domínio público (*nonremoval*), que protege o interesse de terceiros, vedando-se a apropriação privada do bem público, tutelando-se assim o legítimo interesse de terceiros.

Por fim, o fundamento da justiça distributiva permeia o sistema de propriedade intelectual, não somente no momento de concessão da titularidade sobre a exclusividade na exploração de uma criação, mas também sobre todo o seu ciclo de existência e exercício.

Nas palavras do autor,

“[the] optimal policy in the IP field involves more than simply providing a clear set of property rights and then getting the government out of the way. This is a good starting point, as far as I am concerned, but it is not the end of the story. Government must monitor more than the initial conditions of appropriation. It must keep track of how these property rights are assembled and deployed, and what consequences – economic and social – follow from their use in specific settings. Because (like all rights) permits private individuals to bring the power of the State to bear against other citizens, the conditions surrounding the use of this power are always relevant, always of interest to the legal system. So, the government’s interest in IP rights does not end when the rights are awarded. It extends to the long period during which property owners use rights to control and exclude other people. Acquisition and appropriation are only the first movement in the concerto of government concern with IP rights; they are not the finale.” (MERGES, 2011, p. 12)

Por fim, o fundamento da justiça distributiva permeia o sistema de propriedade intelectual, não somente no momento de concessão da titularidade sobre a exclusividade na exploração de uma criação, mas também sobre todo o seu ciclo de existência e exercício.

Para Robert Merges, os fundamentos e os subprincípios propostos em sua justificação para a propriedade intelectual permitem a revisão do sistema, mas a propriedade intelectual deve ser vista como um direito do ser humano, fruto de seu trabalho criativo e inerente a sua autonomia e liberdade na condição de sujeito de direito.

Nesse panorama, questionamentos quanto à sustentação do sistema de propriedade intelectual em virtude de sua disjunção seriam falhos, eis que partem da premissa de que a propriedade intelectual seria meramente um instrumental para uma finalidade específica (LESSIG, 2001), e não um direito. Ademais, para Merges, a compreensão de que a forma de disseminação da informação por meio de novas plataformas e tecnologias não afasta a estrutura subjacente, na qual se tem um criador e uma obra. Dessa forma, esse criador continua sendo um detentor do direito de proteção da sua obra, não obstante a mudança na plataforma de difusão. O que ocorre, por vezes, para Merges, é uma falha na percepção dos críticos ao sistema da propriedade intelectual, no sentido de que a mudança nas plataformas gera a mudança nos modelos de negócio, também, de modo que a proteção do criador e de sua obra por meio do direito de propriedade tende a continuar atendendo a sua funcionalidade conforme os modelos de negócio se amoldam às novas tecnologias.

Não obstante isso, Robert Merges concorda com a fragilidade do modelo atual no tocante a sua estruturação diante de um panorama onde a propriedade intelectual é gerida por corporações, enquanto o sistema foi pensado e desenhado segundo a premissa de tutela ao criador individual ou à pequena empresa. Nesse tocante, um dos tantos desafios para o sistema é o balanceamento entre corporações gestoras de portfolios de propriedade intelectual e os demais agentes participantes desse ambiente diverso, como os criadores individuais, empregados das corporações e as empresas de tecnologia de pequeno porte.

3. Propriedade Intelectual como um instrumento para a organização dos bens comuns informacionais (*information commons*) – a perspectiva de Shubha Ghosh

Shubha Ghosh (2007), seguindo um percurso distinto da proposta de Robert Merges, procura fundar a justificação da propriedade intelectual e de sua função social exatamente no seu perfil funcional. Contudo, o enfoque sugerido é distinto do clássico tratamento utilitarista da relação custo-benefício e do interesse coletivo na atribuição da exclusividade ao criador intelectual como uma forma de incentivo à criação e, ao mesmo passo, de assegurar que a tecnologia venha a ser de domínio público com a subsequente expiração da proteção concedida. (GHOSH, 2007, p. 214)

Na visão de Ghosh, deve-se compreender o papel da propriedade intelectual como um instrumento para a formação e organização do *information commons*, aqui traduzido livremente por bem comum informacional. O autor, dessa forma, reforça a interpretação do sistema de propriedade intelectual como um meio, e não como um fim em si mesmo. Nesse âmbito, o autor conceitua o bem comum informacional (*information commons*) como a “organização da produção e distribuição do conhecimento de forma que assegure o seu livre acesso” (GHOSH, 2007, p. 210). Dito isso, para Ghosh, o papel da propriedade intelectual, como meio ou instrumento, deve ser no sentido de viabilizar essa organização que assegure o seu livre acesso.

A questão que passa a ser objeto de enfoque a partir dessa premissa é sobre a forma de implementação dessa organização, a qual tende a múltiplas interpretações. Enquanto para alguns, livre acesso equivaleria acesso à custo zero, para outros, o acesso gratuito geraria a não informação. (GHOSH, 2007, p. 210)

Dentro dessa perspectiva, Ghosh divide a doutrina sobre a propriedade intelectual entre os grupos extremos que a entendem como um elemento, de um lado, de restrição no acesso ao bem comum informacional, e de outro, de facilitação desse acesso. Por fim, indica ainda a existência de um terceiro grupo para o qual o regime de propriedade intelectual seria totalmente irrelevante.

Ghosh contrapõe-se a essas três perspectivas, propondo-se a avaliá-las sob o enfoque das instituições, compreendidas como as regras formais e informais que permeiam o bem comum informacional e sua relação com o sistema da propriedade intelectual. A proposta do autor, todavia, procura desenvolver essa análise a partir de três princípios que devem nortear a estrutura das instituições formais e informais de um sistema voltado para a “organização da produção e distribuição do conhecimento, de forma que assegure o seu livre acesso” (GHOSH, 2007, p. 210). Tais fundamentos seriam: *(i)* a imitação; *(ii)* a troca de ideias e produtos e *(iii)* a governança.

Enquanto a imitação representa um elemento social essencial para a produção e disseminação do conhecimento, a troca de ideias e produtos é a base para o mercado e outras formas de interação humana. Enquanto a primeira é baseada na igualdade e na cópia, a segunda é baseada na diferença e se desenvolve em virtude dos interesses recíprocos de intercâmbio. Por fim, a governança é representada pelas instituições, ou seja, regras formais e informais que norteiam a interação entre a imitação e a troca, que conjuntamente propiciam a produção cultural. (GHOSH, 2007, 214)

Desse modo, para Ghosh, a compreensão da propriedade intelectual a partir desses três princípios como informadores do sistema voltado para propiciar a organização do livre acesso à produção e distribuição do conhecimento, permite compreender que o seu papel não é antagônico ou contraditório ao acesso à informação de uso comum. Pelo contrário, o regime de propriedade intelectual é subsidiário e propicia a estrutura necessária para que exista a fluência no acesso ao bem comum informacional.

A partir dessa matriz principiológica incidente sobre as instituições, quais sejam, as regras formais e informais que permeiam o sistema jurídico de propriedade intelectual, é que Ghosh indica inconsistências nos três posicionamentos anteriormente mencionados. Os que avaliariam o regime jurídico de propriedade intelectual como um sistema restritivo, facilitador ou ainda, irrelevante, no acesso aos bens comuns informacionais.

Na leitura de Ghosh, a doutrina que valoriza o aspecto restritivo da

propriedade intelectual se funda em uma visão estritamente legalista. Ou seja, destacam o perfil excludente que esses direitos carregam por meio de suas regras formais. Nesse contexto, a criação intelectual protegida pelo direito de propriedade tende a permitir a formação de ambientes no qual essa exclusividade é empregada como um instrumento para restringir o trabalho criativo de terceiros. Desconsideram, todavia, os críticos ao perfil restritivo da propriedade intelectual, as regras informais que permeiam o sistema, bem como as mitigações de sua aplicação provenientes da jurisprudência. Como uma demonstração material dessa mitigação, ter-se-ia, por exemplo, a consolidação do *fair use* no âmbito dos direitos autorais. (GHOSH, 2007, 216)

De outro lado, a doutrina que valoriza o aspecto facilitador da propriedade intelectual funda-se em uma visão preponderantemente contratual. Ou seja, destacam os direitos de propriedade e o trânsito jurídico por meio dos contratos como elementos suporte para as regras informais pertinentes ao sistema, visto sob a ótica de mercado. Nesse contexto, a propriedade intelectual seria uma peça dentro da engrenagem do mercado de criações intelectuais, que juntamente com soluções contratuais, formaria o mercado para tecnologias (GHOSH, 2007, 217). Segundo Ghosh, os pontos de limitação do regime jurídico de propriedade intelectual suscitados, tanto pelos de visão restritiva quanto pelos de visão facilitadora, seriam os mesmos. A distinção entre as perspectivas estaria no enfoque dado ao regime em cada uma das perspectivas. Enquanto a doutrina restritivista destaca o aspecto ofensivo do sistema, como cerceador do direito de terceiros ao acesso e ao uso da informação, a doutrina facilitadora valoriza o aspecto defensivo, observando a propriedade intelectual como uma alternativa ao segredo. Enseja, dessa forma, o perfil da proteção da criação intelectual como um instrumento de disseminação do conhecimento, com o acesso à informação por terceiros ocorrendo de forma estruturada, sendo que, subseqüentemente, o conhecimento protegido torna-se domínio público.

A perspectiva facilitadora, todavia, na leitura de Ghosh, também apresenta limitações ao tratar o ambiente institucional da criação intelectual e da tecnologia, em sua totalidade, como um mercado.

Os sujeitos envolvidos na produção de cultura e tecnologia forjam um ambiente institucional complexo, o qual, em parte, formado por empresas, submete-se à lógica de mercado. De outro lado, pesquisadores e Universidades são induzidos por outros incentivos, que não necessariamente mercadológicos. Essa distinção é desconsiderada pela doutrina da propriedade intelectual como facilitadora do acesso ao bem comum informacional.

Diante disso, a inconsistência doutrinária, nesse âmbito, estaria representada na restrita instrumentalização da propriedade intelectual como uma engrenagem do mercado para tecnologia, desconsiderando que pesquisadores e Universidades, elementos essenciais desse ambiente institucional, não se pautam pelos mesmos indutores que norteiam o comportamento das empresas. (GHOSH, 2007, 218)

Por fim, tem-se a terceira vertente segundo a qual o regime jurídico de propriedade intelectual seria irrelevante, sobretudo na era digital. A doutrina, nesse panorama, parte da premissa lastreada pelo Teorema de Coase, segundo o qual, em um ambiente tendente a baixos custos de transação, a titularidade dos direitos de propriedade perde sua significância na forma de interação das partes para a melhor alocação dos recursos. Diante disso, as regras informais presentes no ambiente institucional da produção cultural e tecnológica induz os sujeitos envolvidos nesse mercado a implementarem soluções associativas para gestão coletiva das criações intelectuais, o que tornaria os direitos de propriedade intelectual prescindíveis. Segundo Ghosh, a fragilidade nessa visão doutrinária reside, exatamente, na valorização da irrelevância da propriedade em decorrência da presunção de que a alocação de recursos intelectuais entre os diversos sujeitos presentes no mercado tende a ocorrer independentemente de quem detém a condição de proprietário dos referidos recursos. Ocorre que, ao contrário do disposto, essa alocação eficiente do produto da criação intelectual é um desdobramento do livre trânsito jurídico desse recurso em um ambiente de baixos custos de transação. E os baixos custos de transação tem conexão direta com os direitos de propriedade.

Em suma, na perspectiva de Ghosh, contrariamente ao suscitado pela doutrina da irrelevância da propriedade intelectual, esse sistema não

é prescindível se a presunção para o livre fluxo do conhecimento se funda em baixos custos de transação, uma vez que essa característica é presente em um ambiente institucional exatamente pela compreensão integral dos sujeitos envolvidos nesse mercado, sobre os direitos de propriedade e seus respectivos limites. (GHOSH, 2007, 224)

Dessa forma, ao suscitar as inconsistências desses três tratamentos doutrinários pertinentes à propriedade intelectual, Ghosh procura avançar no debate, ao destacar que essas visões se limitam a abordar os problemas e as vantagens da propriedade intelectual na formação de um bem comum informacional, mas nenhuma das perspectivas apresenta proposições sobre como a propriedade intelectual poderia ser formatada para esse fim.

É com esse objetivo, qual seja, de apresentar uma proposta de guia para a formatação do sistema de propriedade intelectual voltado para a organização dos bens comuns informacionais, que o autor suscita os princípios da (i) imitação; (ii) troca de ideias e produtos e; (iii) governança. Segundo Ghosh:

“Open access facilitates imitation, which I demonstrate is important for progress in expressive and inventive activities. Open access facilitates the exchange of information, both through market and no-market transactions, that fuels creation and invention. Finally, open access principles not only guide the design of the information commons, but also the structure of intellectual property as a means to implementing that design.” (GHOSH, 2007, p. 225)

Desse modo, um sistema de propriedade intelectual, de caráter instrumental, somente atinge ao seu fim se for instrumento para o acesso ao bem comum informacional. Nesse âmbito, a sua estruturação, ou a sua governança, deve permitir a imitação e fomentar a troca de ideias e produtos.

A imitação é elemento essencial na formação do conhecimento coletivo e importante instrumento para a sua transmissão e evolução, por intermédio do trabalho colaborativo e cumulativo. Por essa razão, deve ser o primeiro princípio guia na formação de um regime jurídico de propriedade intelectual voltado para o livre acesso ao bem comum informacional.

Já a troca se funda na heterogeneidade do conhecimento e na sua importância no processo evolutivo do conhecimento, também por

intermédio do trabalho colaborativo e cumulativo. Por essa razão, deve ser o segundo princípio guia na formação do sistema de propriedade intelectual focado no livre acesso. Para tanto, a sua estruturação não pode ser simplesmente relegada ao mercado, sendo necessária a regulação estatal, visando a indução dos sujeitos envolvidos nesse ambiente institucional, o qual é integrado não somente por empresas, mas também por outras organizações como Universidades, institutos tecnológicos sem fins lucrativos, as quais visam promover o desenvolvimento tecnológico.

Dentro dessas premissas, Ghosh reforça sua compreensão de que “*the view of patents and copyrights as rewards emphasizes only one dimension, as compensation for invention, and ignores the role of patents and copyrights as means of regulating markets.*” (GHOSH, 2007, p. 230)

A governança é, portanto, o sustentáculo, por meio da atuação estatal, para que a propriedade intelectual possa ser um meio efetivo de regulação do mercado. Um mercado bem regulado, na perspectiva do autor, depende de uma governança que propicie (i) a criação de fóruns públicos de participação dos sujeitos envolvidos nesse ambiente institucional; (ii) o desenvolvimento de uma infraestrutura cultural que facilite a autonomia e a participação e; (iii) a criação de sistemas livres que permitam a transparência e o acesso ao conhecimento.

Esses três princípios, trabalhando em conjunto, serviriam de guia para a formatação de um regime jurídico de propriedade intelectual voltado para o livre acesso aos bens comuns informacionais. (GHOSH, 2007, p. 234)

Feito isso, o autor apresenta duas situações nas quais se propõe a análise a respeito da adequação do sistema de propriedade intelectual a partir dos três princípios guia para o livre acesso aos bens comuns informacionais.

O primeiro caso envolve o compartilhamento de arquivos *peer-to-peer*. Aponta o autor que essa tecnologia se apresentou como um desafio, não só ao sistema de direitos autorais, mas à própria estrutura de mercado de distribuição de músicas e filmes em si.

Destaca-se, nesse âmbito, dois julgamentos de tecnologias *peer-to-peer* submetidas a *U.S Court of Appeals for the Ninth Circuit*. Os

casos Napster e Grokster. Em ambas as situações, empregou-se como precedente o julgamento da Suprema Corte de 1984, no qual foi suscitada a responsabilidade civil da Sony em virtude da violação aos direitos autorais por meio da possibilidade de realização de cópias com o uso dos equipamentos de videocassete – VCR, e que deu origem à *substantial noninfringement-use doctrine*, em tradução literal, doutrina da não violação substancial. Por meio desse precedente a Suprema Corte estadunidense adotou o entendimento de que se o uso propiciado pelo equipamento em não violação aos direitos autorais é mais substancial do que o uso para a violação, o fabricante da tecnologia não é responsável por esse desvio na sua utilização.

Ocorre que nos casos Napster e Grokster, não obstante se tenha empregado a mesma doutrina em ambos os julgamentos, pela mesma Corte, as decisões foram antagônicas. Enquanto o Napster foi considerado responsável pelo uso da tecnologia em violação à propriedade intelectual, o Grokster não teve o mesmo julgamento. Enquanto a tecnologia Napster não foi considerada um *fair use* por facilitar a cópia sem custos, a tecnologia Grokster foi considerada um *fair use*, uma vez que propiciava a difusão de materiais não sujeitos a direitos autorais na mesma medida que os protegidos, enquadrando-se, portanto, nos limites aceitos pela doutrina da não violação substancial.

Para Ghosh, a contradição entre ambas as decisões decorreria do fato de que, na primeira situação, do caso Napster, os julgadores teriam sido influenciados pelo aspecto quantitativo do problema, comparando-se os efeitos do uso dessa tecnologia como o longínquo caso da Sony. A decisão do caso Grokster, não obstante antagônica a anterior, foi mais convergente ao aspecto finalístico do sistema da propriedade intelectual. Essa interpretação seria validada no emprego dos princípios guia sugeridos pelo autor. (GHOSH, 2007, p. 238)

Nesse mesmo sentido, mas envolvendo a disseminação de tecnologia protegida pelo sistema de patentes, o autor menciona um caso envolvendo o direito de um laboratório farmacêutico em copiar o princípio ativo e fazer testes antes de seu uso antes da expiração da vigência da patente de um terceiro laboratório. Destacou-se desse julgamento o seguinte

pronunciamento da juíza Pauline Newman:

The purpose of a patent system is not only to provide a financial incentive to create new knowledge and bring it to public benefit through new products; it also serves to add to the body of published scientific/technologic knowledge.

... The right to conduct research to achieve such knowledge need not, and should not, await expiration of the patent. That is not the law, and it would be a practice impossible to administer. (GHOSH, 2007, p. 240)

Na leitura de Ghosh, a disseminação da informação, mandatória no sistema de patentes, permite a imitação e induz a troca, que propicia, no caso da organização de um bem comum informacional, o estabelecimento da sua governança.

Uma forma de governança voltada para o escopo do uso livre, pode ocorrer, por exemplo, por meio dos *patent pools*. Trata-se de “(...) *an agreement between two or more patent owners to license one or more of their patents to one another or to third parties. (...) Pools also frequently represent the basis for industry standards that supply firms with the necessary technologies to develop compatible products and services. In that case, they rather concern technologies that are yet to be fully developed.* (WIPO, 2014, p. 3)

Um caso concreto de *patent pool* voltado, sobretudo, para a difusão de tecnologias é o *Medicine’s Patent Pool - MPP*, hospedado nas Nações Unidas, fundado em 2010 com o propósito de “*improve health by providing patients in low- and middle-income countries with increased access to quality, safe, efficacious, more appropriate and more affordable health product, through a voluntary patent pool mechanism*” (MPP, 2018). O *Pool* é uma entidade sem fins lucrativos e recebe licenças para sublicenciar patentes de princípios ativos ligados à indústria farmacêutica, voltados ao combate do HIV, Hepatite C e Tuberculose.

No contrato de licenciamento de patente relativa aos componentes antirretroviral conhecidos como “*lopinavir*” e “*ritonavir*” entre o licenciante *AbbVie Inc.* e a licenciada *Medicines Patent Pool Foundation* datado de 24 de novembro de 2014, observa-se que, mesmo se tratando de um licenciamento sem fins lucrativos, os tópicos que devem estar presentes no contrato para gerar frutos entre as partes são previstos para

dar garantia de que os direitos de propriedade intelectual do licenciante não sejam infringidos. Por outro lado, também deve haver cooperação para alcançar o objetivo da licenciada de beneficiar a população a partir do usufruto dessa patente e servir de exemplo para futuros licenciamentos.

No contrato encontra-se explícito que houve uma oferta e a aceitação de um licenciamento não exclusivo e intransferível para sublicenciar a patente objeto do contrato com a finalidade de manufaturar e desenvolver; vender, oferecer para vender ou distribuir, de forma não onerosa, nos territórios elegíveis com o único propósito de combate à HIV; e comercializar os componentes fixados nos territórios designados com a finalidade de tratamento pediátrico ou prevenção contra HIV. A licenciante *AbbVie Commercialization Rights* reserva para si, contudo, o direito a preferência na comercialização de melhoria dos componentes alvo deste licenciamento.

Reforça-se, dessa forma, por meio de decisões judiciais ou por meio de arranjos contratuais, formas de disseminação da informação, permitindo a imitação e induzindo a troca, o que propicia a formação de um ambiente de governança voltado para o estabelecimento do bem comum informacional,

4. Considerações finais

Robert Merges e Shubba Ghosh apresentam visões distintas. O primeiro busca fundar o sistema de propriedade intelectual com um bem jurídico em si, o que de certa forma caracteriza uma mudança de perspectiva na forma de tratamento do tema por esse autor, o qual em sua trajetória usualmente valorizou o aspecto funcional desse sistema.

Shuba Gosh, por outro lado, vale-se de uma perspectiva funcional do sistema, mas ao contrário da temática usual de valorização do enfoque nos ganhos individuais ou coletivos da tecnologia, o autor suscita o papel da propriedade intelectual como um suporte para o acesso à informação.

Ambas as perspectivas apontam, contudo, de forma convergente, para a existência de justificativas para a preservação da proteção da tecnologia por meio do regime jurídico de propriedade.

Valoriza-se, dessa forma, os aspectos que justificam a propriedade intelectual como um bem jurídico fundado na autonomia e liberdade do ser humano, com a sua função social limitada pelo interesse coletivo, e, ainda, sob o escopo funcional, em uma sociedade digital, como um facilitador do desenvolvimento tecnológico, diante da maior transparência que o direito de propriedade propicia para a organização das estruturas contratuais destinadas à produção de inovação.

Cabe, portanto, à doutrina, às decisões judiciais e aos arranjos contratuais, materializar o emprego desse sistema sob a premissa maior do equilíbrio entre o interesse individual e o coletivo, como proposto por Merges.

É possível que a percepção desse regime jurídico como um instrumento de acesso ao bem comum informacional, como proposto por Ghosh, possa servir de guia norte para a persecução desse equilíbrio.

REFERÊNCIAS

GANTOIS, Gustavo; PIMENTA, Guilherme. Cade não vê conduta anticompetitiva e arquiva processo contra VW, Ford e Fiat. in JOTA. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/tributos-e-empresas/concorrenca/cade-nao-ve-conduta-anticompetitiva-e-arquiva-processo-contravw-ford-e-fiat-14032018. Acesso em: 14 de março de 2018.

GHOSH, Shuba. How to build a commons in Understanding knowledge as a commons: from theory to practice. Massachusetts Institute of Technology, 2007.

LESSIG, Lawrence. The future of ideas: the fate of the commons in a connected world. Vintage, 2001.

MERGES, Robert. Justifying intellectual property. Harvard University Press: Cambridge, 2011.

PORTER, Eduardo. Patent ‘Trolls’ Recede as Threat to Innovation. Will Justices Change That? In The New York Times. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/11/21/business/economy/patents-trolls-supreme-court.html>. Acesso em: 03 de março de 2018.

WIPO. Patent pools and antitrust – a comparative analysis. Disponível em: https://www.wipo.int/export/sites/www/ip-competition/en/studies/patent_pools_report.pdf. Acesso em: 08 de março de 2018.

MPP. Medicine Patent Pool. Disponível em: <https://medicinespatentpool.org/>. Acesso em: 08 de março de 2018.

