

## UMA LEITURA PARADIGMÁTICA DA PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

A PARADIGMATIC READING OF INTELLECTUAL PROPERTY PROTECTION

*Letícia Canut<sup>1</sup>*  
*Heloísa Gomes Medeiros<sup>2</sup>*

### RESUMO

O objetivo do presente trabalho consiste em verificar se e em que medida as diretrizes orientadoras dos paradigmas da modernidade e da pós-modernidade podem ser identificadas nas perspectivas de abordagem econômico-proprietária, constitucional e concorrencial da proteção da propriedade intelectual. Aplica-se o método de abordagem dedutivo, o procedimento monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica. Verifica-se avanços na complementariedade das abordagens apresentadas, mas limites sobre o seu alcance como uma propriedade especial constitucional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Propriedade intelectual. Propriedade. Modernidade. Pós-modernidade.

### ABSTRACT

The aim of this paper is to verify if, and to what extent, the directives that guide the paradigms of modernity and postmodernity can be identified in the perspectives of economic/proprietary, constitutional and competitive approach of protecting intellectual property. It applies the method of deductive approach, the monographic procedure and also the bibliographic research technique. There is progress in the complementarity of the approaches presented, but there are also limits on its reach as a special constitutional property.

**KEY WORDS:** Intellectual property. Property. Modernity. Postmodernity.

## 1 INTRODUÇÃO

O instituto da propriedade privada fundamenta boa parte dos mecanismos jurídicos existentes na contemporaneidade - incluindo a propriedade intelectual -, o que decorre da estrutura do pensamento moderno que se encontra na base da formação dessa ordem jurídico-política. Essa visão paradigmática, no entanto, vem sendo transformada por novos padrões sociais, da ciência e da tecnológica, que estabelecem outra forma de pensar, elegendo-se nesse artigo o formato denominado de pós-modernidade.

---

<sup>1</sup> Professora do curso de direito do Centro Universitário Estácio de Sá de Santa Catarina. Advogada. Doutora e mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). E-mail: leticiacanut@gmail.com

<sup>2</sup> Advogada. Doutora e mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduada em Direito pela Faculdade São Luís, no Maranhão. Pesquisadora do Grupo de Estudos em Direitos Autorais e Industrial - GEDAI, vinculado ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). E-mail: medeirosgh@gmail.com

Nesse panorama, o objetivo do presente trabalho consiste em verificar se e em que medida as diretrizes orientadoras dos paradigmas da modernidade e da pós-modernidade podem ser identificadas nas perspectivas de abordagem econômico-proprietária, constitucional e concorrencial da proteção da propriedade intelectual.

Para tanto, o primeiro tópico discorre sobre a importância da propriedade na formação de ambos paradigmas jurídico-políticos, de maneira a caracterizar a passagem da modernidade para a pós-modernidade como uma fase de transição, na qual a propriedade adquire novas ponderações, como é o caso das propriedades especiais. O segundo tópico analisa as perspectivas econômico-proprietária, constitucional e concorrencial da proteção da propriedade intelectual. E o terceiro tópico examina a inserção dessas perspectivas sobre a propriedade intelectual nos paradigmas jurídico-políticos da modernidade e da pós-modernidade, apontando avanços e limites. Aplica-se o método de abordagem dedutivo, o procedimento monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica.

A análise realizada permite compreender as transformações que também refletem na propriedade intelectual, na qual os paradigmas da modernidade e da pós-modernidade se mostram abordagens complementares, mas ainda carente de elementos suficientes para a sua inserção na racionalidade jurídico-política da pós-modernidade como uma propriedade constitucional especial.

## **2 A IMPORTÂNCIA DA PROPRIEDADE NA FORMAÇÃO DO PARADIGMA JURÍDICO-POLÍTICO MODERNO E PÓS-MODERNO**

Não há consenso acerca do início nem do tempo de duração do paradigma<sup>3</sup> da modernidade<sup>4</sup>. Delimitando-a ao período que compreende o século XVI a meados do século XX, descrevem-se alguns traços centrais desse modelo de sociedade, tendo em vista que algumas de suas categorias principais: laicização; ciência; técnica; racionalidade; ordem; controle; progresso; burocracia; individualismo; humanismo; antropocentrismo; igualdade e liberdade; Estado; soberania; direito; lei; nacionalismo; capitalismo; socialismo; indústria; burguesia; propriedade privada; classe operária; democracia representativa; contrato.

---

<sup>3</sup> No presente trabalho não se ocupa em conceituar o termo paradigma nem em especificar as funções que desempenha. Ele será empregado num sentido abrangente de modelo (MORIN, 1998, p. 266; 2011, p. 258,259) que recebeu maior aceitação em determinado período histórico (OLIVO, 2004, p.19). Para análise mais detida do tema vide Canut, 2013 e Canut, 2017.

<sup>4</sup> Há quem considere que a modernidade “[...] implica um longo processo histórico, a iniciar-se em meados do século XIII e a desdobrar-se em sua consolidação até o século XVIII, [...]” (BITTAR, 2009, p. 42). Assim como existem posicionamentos segundo os quais ela<sup>4</sup> começa a se esboçar no século XV, com a expansão marítima e comercial para a América, e tem seu desenvolvimento desde o século XVI (LÉVY, 2003, p. 23).

Estes elementos desenvolveram-se num contexto social dominado pelo conhecimento científico clássico, que se organiza com base na “*formalização*” e na “*redução*”. Esta “destrói qualquer elo entre entidades separadas pela classificação enquanto aquela desencarna seres e coisas” (MORIN, 2011, p. 84). Eles orientaram-se por um conhecimento que dá centralidade à matemática, à sua capacidade de medição e que se pauta na redução da complexidade por meio de classificações e divisões. (SANTOS, 2000, p. 63, CANUT, 2013)

Com base nessa racionalidade a modernidade, como todo paradigma, foi cumprindo sua função, ou seja, seguiu elegendo suas categorias e elementos principais, fez suas operações lógicas e obrou muitas disjunções. O outro lado dessas operações de seleção foi o processo de marginalização (SANTOS, 2000, p. 18; 61, 62) já que ao enfatizar alguns conceitos, categorias e operar as disjunções, outros conceitos e elementos foram ignorados.

Nesse contexto a modernidade foi se configurando como um paradigma de simplificação, baseado na redução/disjunção (MORIN, 2011, p. 89; 273; MORIN, 1998, p. 271-272), e seguiu expandindo a dissociação para todo o contexto social, operando a relação lógica de disjunção entre os seus principais conceitos. Surgiram daí grandes dicotomias: sujeito x objeto; corpo x alma; espírito x matéria; qualidade x quantidade; finalidade x causalidade; sentimento x razão; liberdade x determinismo; existência x essência (MORIN, 2011, p. 270).

O padrão de ciência que dominava o cenário serviu como base para criação de uma ordem social não só do direito (SANTOS, 2000, p. 54). A ordem emerge como símbolo da racionalidade e dissipa-se pela sociedade, nos mais diversos âmbitos, pela cultura, economia, saber médico, dentre outros. Num cenário em que o controle<sup>5</sup> “tornar-se-ia um incremento necessário para a arquitetura do poder” (BITTAR, 2009, p.55; 60). Essa “ordem” ficou muito evidente no “modo de desenvolvimento” da modernidade, ou seja, no industrialismo<sup>6</sup> (CASTELLS, 1999 a, p.32) e reflete o “*modus vivendi*” moderno que, dentre outras concepções, carrega consigo o ideal “de organização estatal-representativo-burocrática das dimensões social e econômica, e de progresso técnico-científico” (BITTAR, 2009, p.43)

Dessa visão geral compreende-se o contexto em que o paradigma jurídico-político moderno se modelou, tendo se caracterizado pela criação do Estado moderno, pelo modelo de

---

<sup>5</sup> A mecanização robótica da fábrica fordista; o *big brother*; *panopticon*; a burocracia. (BITTAR, 2009, p.55; 60). O próprio tempo foi controlado para respeitar o ritmo das máquinas e passou a ser dividido de forma cronológica, mecânica e uniforme (BELL, 1973, p. 147-148).

<sup>6</sup> Castells deixa claro que nessa época o industrialismo poderia assumir ou a feição estatista ou a capitalista (CASTELLS, 1999 a, p. 32).

Estado liberal - abstencionista e de caráter representativo - por um quadro jurídico em que as constituições são consideradas meras Cartas Políticas enquanto Código Civil eleva-se a instrumento obrigatório e central num contexto em que reina o positivismo jurídico, que equipara o direito à lei. Em que a lei garante a tutela estatal e tranquilidade aos proprietários, convivendo com a lei que rege a autonomia do indivíduo: o contrato (GROSSI, 2007, p. 95-96)<sup>7</sup>.

Nesse cenário, em que surgem e se difundem ideais da Revolução francesa, o Estado, foi concebido como ente artificial voltado para instituição, legitimação e proteção da propriedade privada que, no contexto mencionado, tem caráter natural. A sua configuração garantia, ao mesmo tempo, a liberdade individual em relação ao Estado, a proteção do uso autônomo da propriedade e a não intervenção estatal nas relações interindividuais (LOSANO, 2007, p. 59). A propriedade “institucionaliza-se a partir da consagração do Estado como *pessoa* distinta dos cidadãos, sob a roupagem de pessoa jurídica de direito público” (PILATI, 2008, p. 10, do original). Pessoa jurídica que vem legitimar a apropriação por meio de legislação, políticas, financiamentos ou mesmo estatização.

Trata-se de propriedade precisamente moderna, ou seja, propriedade domínio, estruturada conforme o momento econômico, e não o jurídico: [...] A propriedade comum é a de caráter dominial, regida pelo Código Civil (art.1.228), que se contrapõe como sistema, tradicionalmente, à propriedade pública, regida pelo direito administrativo. Estrutura-se e classifica-se pelas categorias tradicionais: móvel e imóvel, plena e restrita, perpétua e resolúvel. É avessa ao condomínio, que tolera como uma situação transitória; tem na posse um instrumento avançado de defesa (interditos) e nas ações petitórias (reivindicatória, negatória) o instrumento adequado de tutela; e desdobra-se em direitos reais limitados de gozo (que se tutelam por interditos e ações confessórias) e de garantia (créditos privilegiados). ( PILATI, 2011, p.48)

Nesse panorama, a propriedade figura não só como simples direito, mas consiste no eixo de orientação para configurar os demais direitos da primeira geração, refletindo no estabelecimento de “*lugares prévios* de pessoas, coisas, fatos e ações, em função da lógica proprietária privada e da apropriação” (PILATI, 2011, p. 27-28, grifo do original). Assim, a lógica proprietária deu as coordenadas para a configuração da ordem jurídico-política moderna. Criou-se um cenário jurídico-político marcado pela atuação de dois grandes sujeitos da o Estado e o indivíduo.

O direito – com sua autonomia, caráter científico e estatizado – serviu como instrumento estatal para manter a ordem e refletiu, principalmente, como contribuição para a

---

<sup>7</sup> Ao Estado cabia, também, garantir a competição do mercado, ao qual se imputava a capacidade de auto equilibrar-se, e a criação de mecanismos que viabilizassem o cumprimento dos contratos. (SANTOS, 2000, p. 146).

divisão entre o que é público-estatal e o que é relativo aos cidadãos. (SANTOS, 2000, p. 119-120; 143). Nessa classificação, os bens tutelados foram simplificados em privados e público-estatais, enquanto os bens coletivos ou sociais reduziram-se e incorporaram-se à última categoria. O quadro constituído conformou a “funcionalização do direito de propriedade, [...], dentro dos limites do voluntarismo do Estado e do indivíduo” (PILATI, 2008, p. 9).

Sob essa lógica proprietária foram conduzidas reduções e disjunções que resultaram nas dicotomias Estado x indivíduo/sociedade de indivíduos – seja esta qualificada apenas como sociedade ou ainda sociedade civil –, público x privado, e na organização de um sistema de democracia representativa e de judiciário de caráter retributivo e bilateral. Ela também disseminou a figura do indivíduo enquanto sujeito com capacidade de exercício e tutela de direitos individuais. Esta a ser garantida pelo Estado não apenas por meio de legislação e do poder de polícia, mas também, quando provocado pelo indivíduo, pelo sistema judiciário voltado para resolução de conflitos bilaterais, de índole individual.

Teorias e acontecimentos do século XIX e das primeiras décadas do século XX introduziram novas categorias elementares a esse paradigma, como, por exemplo a sociedade civil organizada e o modelo de Estado Social e Estado Democrático de Direito, Neoconstitucionalismo, os direitos fundamentais de segunda dimensão e ideias como a função social do contrato e da propriedade, dentre outros<sup>8</sup>. Um contexto em que a função social emerge como “princípio de solidariedade social, orientado à dinamização da atividade econômica” (PILATI, 2011, p. 67).

A partir de então, “passa-se a dizer que a propriedade já não é absoluta como estatuíra o art. 544 do código de Napoleão, pois que o proprietário tem um compromisso com o bem comum”. (PILATI, 2008, p. 2). Com o Estado e o direito transmutados e, principalmente, diante de novos direitos que conjugam elementos de direito público e de direito privado afirma-se a atenuação da linha divisória entre Estado e sociedade civil (SANTOS, 2000, p. 149). No entanto, mesmo diante de tantas mudanças, é imprescindível notar-se que a propriedade privada dominial manteve-se como eixo orientador, de pessoas e coisas, que condiciona e consolida a estrutura de organização e reprodução das relações “de Estados e de indivíduos e de Sociedades”. Ela nunca perdeu sua centralidade. (PILATI, 2011, p. 15; 32).

---

<sup>8</sup> Do exposto, nota-se o papel que a propriedade privada assumiu na configuração do modelo jurídico-político moderno. Deve-se, no entanto, ter claro que a modernidade, mesmo a jurídico-política, não pode ser vista como um todo homogêneo, que seguiu sempre com as mesmas características. Entre as suas décadas iniciais e os sinais de sua crise, o Estado e o direito, sob orientação da lógica proprietária, conformaram-se a diferentes conceitos e contextos.

A segunda metade do século XX é referência temporal para o surgimento da chamada pós-modernidade. No entanto, a eleição do fator ou motivo que condicionou o surgimento do novo paradigma – donde são eleitos diferentes tipos de revoluções: do pensamento, tecnológica, científica, social (CANUT, 2013) - e a crise do moderno, a data de seu surgimento, o período de sua dominação e sua denominação variam de acordo com o referencial teórico selecionados<sup>9</sup> (CANUT, 2013; BITTAR, 2009, p.25).

A *pós-modernidade* remete em primeiro lugar à modernidade. Tem-na como referência. (OLIVO, 2004, p. 18; BITTAR, 2009, p.162). Isso porque a pós-modernidade consiste numa fase de transição paradigmática da modernidade para outro tipo de sociedade ainda em formação. Um período em que as percepções e o arcabouço teórico daquele período começam a sofrer erosões (MORIN, 1998, p. 275) de modo a evidenciar a sua crise e o surgimento e desenvolvimento de elementos e categorias principais do paradigma emergente, já que um paradigma não é imediatamente substituído por outro. Ou seja, um modelo social não é atacado, contestado e arruinado diretamente (MORIN, 1998, p. 275).

Vão surgindo novas categorias paradigmáticas ao mesmo tempo em que há preparação para superarem-se os “arquétipos advindos do modelo industrialista de vida (fordismo-Keynesianismo)” – acima citados – e para lidar com “[...] fatores talvez não previstos, ou não calculados, que começam a assinalar a desordem e o caos do final de século, e que irrompem desafiando o nascente século XXI (BITTAR, 2009, p.174).

As diferentes análises sobre a pós-modernidade são elaboradas em meio a um cenário de “planetarização notável” a partir da última década do século XX, diante do esgotamento da bipolaridade da política mundial, da deflagração do ciberespaço e da aceleração da globalização econômica. Vai conformando-se a uma paisagem marcada pelo enorme desenvolvimento do comércio internacional, pela tendência de não-intervenção estatal, de privatização e fim de monopólios nacionais, na qual os Estados perdem o controle sobre o funcionamento das grandes empresas mundiais – cada vez mais formadas por meio de fusões e aquisições – e sobre o próprio capital, que agora circula pelo mundo em meio ao fortalecimento da integração financeira internacional (LÉVY, 2003, p. 24, 25). Num contexto em que há alteração profunda das noções de tempo e de espaço (SANTOS, 2003, p.13-14) (CASTELLS, 1999b, p. 417).

---

<sup>9</sup> Não sendo esses temas foco de análise do presente artigo. No entanto, destaca-se que apesar das diferenças nas abordagens dos autores sobre a pós-modernidade, constata-se que eles acabam referindo-se a um mesmo – ou aproximado - período e, por vezes, às mesmas transformações. Mas, cada um sob uma linguagem e perspectiva próprias e com destaque para elementos específicos.

Um ponto fundamental a ser destacado frente ao quadro de mudanças apresentado diz respeito à inadequação da ciência moderna para lidar com as novas realidades. Aquele modelo de ciência que, pautado em critérios científicos, reducionistas e simplificadores, foi a base para a criação da ordem social e do controle na modernidade e que influenciou a configuração da cultura, da economia, do Estado, do direito, da medicina, do ensino, dos diferentes saberes e na criação de diferentes formas de controle como, por exemplo, o padrão da cultura ocidental – superior -, a burocracia, o monismo jurídico, as prisões, os métodos de ensino, a medicina flexneriana e a vigilância estatal - o modelo do *Big Brother* - já não orienta mais.

Com a transição paradigmática valoriza-se o multiculturalismo e constata-se que existem conhecimentos e outras ciências não ocidentais, que se validam por métodos que não os científicos e modernos (SANTOS, 2003, p. 12).

Para Morin,

Por toda a parte, os princípios de disjunção e de redução quebram as totalidades orgânicas e são cegos em relação a uma complexidade cada vez menos escamoteável. [...]. O paradigma da ordem soberana cessou, por toda a parte, de ser operacional, mas a dialógica complexa (de complementaridade, concorrência, antagonismo) entre ordem, desordem e organização não se inscreveu nem se enraizou de modo algum em paradigma. Por toda a parte, vemos que não há mais unidade elementar simples, mas o paradigma reducionista continua a funcionar no vazio como um robô programado há séculos num planeta doravante deserto. [...]. Fala-se de interdisciplinaridade, mas por toda a parte o princípio da disjunção continua a separar às cegas.[...]. Por toda a parte, as visões unidimensionais revelam-se. (MORIN, 1988, p. 294,295)

Estas considerações sinalizam uma nova perspectiva para o modelo de ciência moderna, que deixa de ser sustentáculo de todos os outros setores e saberes da sociedade e necessita se adequar - mantendo suas grandes características - às configurações, elementos e valores que emergem no novo paradigma.

A (re)configuração de toda a organização social nessa fase transicional exige uma racionalidade que tenha em vista, dentre outros fatores: o resgate da complexidade; a valorização da pluralidade de culturas; a participação no que antes era espaço de burocracia estatal; o (re)conhecimento e o resgate do pluralismo jurídico; o compartilhamento de poder do Estado, que passa a ser um nó privilegiado nas relações de poder ao lado de outros poderes; a possibilidade de intensificação da vigilância Estatal, intensificação do poder do *Big Brother*<sup>10</sup>, em nome da segurança e em prejuízo à privacidade; a emergência da vigilância privada que, em alguns setores torna-se um controle voltado para a definição de mercado

---

<sup>10</sup> Recorda-se que a figura do *Big Brother* torna-se referência a partir do romance de Orwell (2005).

consumidor e customização de ofertas e produtos, configurando aquilo que Manuel Castells diz ser a passagem do *Big Brother* às irmãszinhas.

As configurações pós-modernas afetam todas as áreas da sociedade. Neste sentido, da mesma forma que as seleções, operações lógicas, disjunções e marginalizações do paradigma moderno condicionaram o modelo jurídico-político daquela organização social, as seleções do paradigma pós-moderno influenciam e condicionam o arquétipo jurídico-político do novo modelo social. Além disso, justamente por marcarem um período de transição, formam o contexto de crise do modelo moderno de Estado e de direito.

Uma das grandes transformações no quadro jurídico e político diz respeito à própria configuração e crise do que se denominou *Estado-nação soberano*. A crise não significa o fim do Estado mas indica a necessidade de (re)visão do seu papel diante de questões como a globalização, neoliberalismo e desenvolvimento das tecnologias da informação e comunicação, o compartilhamento do poder soberano estatal, o resgate da legitimidade do Estado (e do direito), a privatização, a ruína do Estado social e a apropriação de questões de seguridade social pelo setor privado, que são alguns dos desafios que se colocam para a reestruturação do Estado na pós-modernidade (CASTELLS, 1999b, p.417).

Além disso, a destruição das bases de defesa da regulamentação do Estado na *era digital*, ou seja, da sua territorialidade (CASTELLS, 1999b, p. 98-299), coloca em xeque a capacidade regulatória do Estado e sua estrutura moderna de Estado-nação territorial soberano. Tudo isto significa que o Estado perde parcela da sua soberania (CASTELLS, 1999 b, p. 401) ao ter que administrar parcerias e negociações com outras fontes de poder (OLIVO, 2004, p. 140). Forma-se, então, um novo arquétipo estatal, denominado de “Estado reglobalizado” ou “Estado-rede” (OLIVO, 2004, p. 137, 138), em que este ente perde poder, mas não a sua influência. (CASTELLS, 1999 b, p. 287).

Nesse quadro a norma estatal passa a conviver com normatizações de organizações internacionais, subnacionais, supranacionais e até com aquelas produzidas pelos movimentos sociais e a abordagem do direito como “[...] *emanação de um poder soberano único, absoluto*, de um Estado Nacional, representativo, que seria capaz de velar pelos interesses de toda a Sociedade, mediante representantes democraticamente eleitos, políticas estatais coerentes e poder de polícia efetivo (PILATI, 2011, p. 1) - apesar de ainda ser feita recentemente - não se adequa mais aos tempos pós-modernos. Daí a crise de legitimidade dos representantes e das políticas. O direito deixa de se identificar com a lei posta pelo Estado e formalizada nos códigos e o monismo jurídico é substituído pelo pluralismo.

O quadro de mudanças cria paradoxos já que ao mesmo tempo em que se desenvolve o modelo de Estado democrático de direito com a exigência de Estado prestacional e políticas públicas para garantia de direitos fundamentais, diante do (neo)constitucionalismo com Constituições com sua força normativa, impõe-se a este Estado o compartilhamento de poder – como citado – e reconfigurações para lidar com as propostas neoliberais de desregulamentação e de gestão regulatória (OECD, 2006, p. 67,68; 20).

Dentre tantas outras mudanças, a propriedade privada, categoria fundamental da modernidade perde centralidade como fator de riqueza, sob seus diferentes aspectos – terra e meios de produção. Sem dúvida alguma, no paradigma pós-moderno e a informação e o conhecimento tornam-se as principais fontes de riqueza e, assim, o patrimônio de maior importância neste período histórico<sup>11</sup>. Tendo em vista tanto a propriedade física quanto a informação, o conhecimento e a propriedade intelectual, Rifkin afirma que a noção de propriedade está sendo substituída rapidamente pelo acesso<sup>12</sup>. Para ele vive-se a “Era do acesso e de redes” (2001, p. 4).

Sob uma análise jurídica e política, esse cenário “coloca em crise a propriedade como sistema e como ordem jurídica” (PILATI, 2011, p. 40) e acarreta, assim, uma mudança fundamental na propriedade dominial, categoria central da modernidade e eixo estruturante da direção e coordenação dos relacionamentos de Estados, sociedades e indivíduos (PILATI, 2011, p.15). Isto porque diante das transformações paradigmáticas a propriedade vai assumindo novos conceitos e, principalmente, novas funções. Nesse sentido, um novo conceito a ser destacado para o presente trabalho é o de “propriedades especiais” que “rompem com a autorreferencialidade moderna codificada e seu sistema político institucional, relativizando os seus elementos” (PILATI, 2011, p. 40).

Para esse autor a Constituição Federal Brasileira, de 1988, inaugurou um novo paradigma jurídico-político, o paradigma pós-moderno, “da dignidade humana, do pluralismo, dos valores sociais do trabalho” da soberania popular exercida diretamente, “de uma ordem econômica que tem função social a cumprir e direitos sociais a realizar” e que tem que lidar tanto com a propriedade comum, moderna, quanto com as especiais, constitucionais (PILATI, 2011, p. 47). Essas propriedades especiais constitucionais “despontam sob a égide jurídica do coletivo e a aura política da participação”. Um conceito novo de propriedade que se

---

<sup>11</sup> Conforme já referenciado em outra obra (CANUT, 2007, p.45).

<sup>12</sup> Cabe ressaltar que, para este autor, o acesso não diz respeito apenas à informação, ao conhecimento e à propriedade intelectual, mas também à própria propriedade física (2001, p. 45).

diversifica em propriedades especiais e que não se limita ao modelo dominial sobre bem corpóreo, que rompe com o paradigma da propriedade moderna e está a exigir dos doutrinadores novas classificações para que a ordem constitucional possa se concretizar (PILATI, 2011, p. 5;15; 40, 41).

As propriedades especiais dividem-se, de acordo com o autor, em: particulares e coletivas. Na primeira categoria estariam: a propriedade urbana, a propriedade especial rural, a propriedade intelectual, a propriedade especial público privada. A segunda categoria é subdividida em propriedades especiais: coletiva patrimonial (ética) e extrapatrimonial (coletivas propriamente ditas). Esta primeira subdivisão abrange três espécies: a propriedade indígena, a propriedade quilombola e propriedade de reservas extrativistas por populações tradicionais. Enquanto nas extrapatrimoniais, a categoria de propriedade especial mais notável, encontram-se, por exemplo: o meio ambiente, o patrimônio cultural, a saúde pública (PILATI, 2011, p.50-66).

São propriedades que devem ser exercidas de modo a conciliar o individual, o público e o coletivo<sup>13</sup>. E que, quando seguem essa lógica, promovem, de um lado, o rompimento com a “departamentalização fechada em ramos, dicotomizada em público/privado e pessoal/real” e, de outro, a relativização tanto do “indivíduo como interlocutor, mediante a titularidades coletivas”, quanto do próprio objeto da propriedade, que já não se limita a bens corpóreos e agora pode abranger verdadeiras entidades ou complexo de situações jurídicas partilhadas coletivamente, inclusive com órgãos públicos ou interesses privados concorrentes, como se observa na reserva extrativista. Trata-se de relativizar o próprio conteúdo do direito sendo que se ultrapassa “o uso, gozo e disposição à mercê do voluntarismo individualista” para, nas propriedades constitucionais especiais, relacionar-se à “dependência de procedimentos e de decisões compartilhadas” (PILATI, 2011, p. 41;50). Tudo isso indica uma estrutura proprietária configurada sob “moldes próprios e perfil diferenciado”, na qual o coletivo é um elemento indispensável e que deve, em todos os casos de propriedades especiais, ser autônomo. Algo que só se alcança teoricamente fora do paradigma moderno. O que impõe, segundo a teoria do autor, a releitura do direito romano clássico para uma nova classificação de bens, pessoas e procedimentos aptos ao exercício e tutela de tais propriedades. (PILATI, 2011, p.41;7).

Ora, se a propriedade dominial que - conforme já mencionado acima e no tópico anterior - foi o norte para organização das relações entre Estados, sociedade e indivíduos alterou-se e

---

<sup>13</sup>Estas propriedades especiais, nas diferentes categorias, englobam o coletivo como elemento estratégico. (PILATI, 2011, p. 67)

perdeu centralidade, como ficam as relações que ela até então estruturava e orientava? Aqui reside um dos grandes desafios para o novo modelo social. Têm surgido muitas teorias sobre novas formas de relacionamento entre os três entes ora mencionados. No entanto, elas não têm notado que estão a propor alterações na estrutura jurídica desses laços relacionais sem sequer mencionar a base em que eles se fincam – a propriedade dominial. E, agindo desta forma, as várias propostas para (re)organizar as relações Estado-sociedade-indivíduo acabam por recorrer a padrões e arquétipos estabelecidos pela propriedade moderna, que estabeleceu: a classificação dos bens em públicos e privados, a titularidade dos mesmos em público-estatal e privada/particular e deixou o exercício dos direitos à mercê o indivíduo ou do voluntarismo do Estado.

Assim, mais uma das características da pós-modernidade jurídico-política, é a exigência de novos moldes para se pensar, classificar e exercer as propriedades constitucionais especiais. Trata-se de modelo a ser construído de acordo com categorias próprias da pós-modernidade que é guiada, de uma forma geral, pelo resgate da complexidade e assim, pela retomada do elemento que foi excluído diante das reduções efetuadas diante das dicotomias modernas. Uma visão que possibilitará a análise das propriedades constitucionais especiais ora mencionadas, que exigem a superação da dicotomia público-privado e o resgate do coletivo.

### **3 A PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL SOB AS PERSPECTIVAS ECONÔMICO-PROPRIETÁRIA, CONSTITUCIONAL E CONCORRENCIAL**

Compõem a propriedade intelectual os direitos de propriedade industrial - patentes de invenção e de modelo de utilidade, desenho industrial, marca, indicações geográficas e concorrência desleal -, o direito de autor e conexos e outros tipos considerados *sui generis*, como, por exemplo, o software, a cultivar e a topografia de circuito integrado. Trata-se de uma propriedade móvel e resolúvel (BARBOSA, 2012, p. 53) e consiste no direito de exclusiva sobre bens imateriais que são concebidos pelo engenho humano nos campos industrial, científico, literário e artístico.

Já em 1710, o Estatuto da Rainha Ana (*Statute of Anne*), garantia o direito de cópia sobre determinadas obras aos editores pelo prazo de vinte e um anos. No final do século XVIII, após a Revolução Francesa, a França também apresenta direitos sobre criações literárias, musicais e de artes plásticas (BRANCO, 2007, p. 16). Uma proteção mais uniforme e sistemática desses direitos, no entanto, ocorre a partir da Revolução Industrial, que

transformou o cenário tecnológico e industrial com o uso de máquinas em substituição ao trabalho manual (HILTY; GEIGER, 2011, p. 167). Os primeiros tratados sobre direitos de propriedade intelectual surgem nesse período: a Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial firmada em 20 de março de 1883 e a Convenção da União de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas de 1886.

A origem comum da propriedade intelectual encontra-se na criação realizada pelo homem. Tanto criações técnicas ou utilitárias quanto as criações estéticas têm como procedência o exercício ou trabalho intelectual do homem. Um livro, uma pintura, uma música, um novo produto ou processo possuem em comum o ato criacional humano, sem o qual tal bem não existiria. Todavia, o trabalho por si só, aplicando um critério subjetivo, não é justificativa suficiente para a existência da propriedade intelectual, esta deve ser aplicada somente a determinadas criações intelectuais objetivamente e concretamente apresentadas. Como nota Tullio Ascarelli dois aspectos devem ser encontrados nas criações intelectuais: ela não pode ser percebida senão através de sua exteriorização material em uma coisa ou energia, e ela nunca se identifica com nenhuma de suas exteriorizações, pois sempre as transcende (ASCARELLI, 1970, p. 265).

Em decorrência da insuficiência da justificativa meramente subjetiva, destacam-se, dentre os fundamentos que buscam explicar a propriedade intelectual, teorias filosóficas, baseados, *inter alios*, na Teoria do Trabalho de Locke, Teoria da Personalidade de Kant e Hegel, Teoria do Plano Social de Jefferson Marx e Teoria da Justiça de Rawls (DRAHOS, 1996; MERGES, 2011) e as que possuem cunho econômico (POSNER; LANDES, 2003), como a Escola de Chicago<sup>14</sup>.

A importância das teorias econômicas encontra-se na ligação direta que a propriedade intelectual apresenta com o mercado. Os direitos de propriedade intelectual versam sobre uma propriedade privada temporária, garantida pelo Estado, para aquele que cria uma obra técnica ou estética, de modo que possa usufruir exclusivamente de tal obra durante o prazo de proteção, desde que respeite determinados balizamentos legais. Esse

---

<sup>14</sup> “A visão dessa escola fundamentou-se em critérios econômicos de avaliação dos resultados dos movimentos de mercado e do controle antitruste para concluir que o principal objetivo da política antitruste deve ser a busca da eficiência econômica, que leva necessariamente ao bem-estar social (*socialwelfare*). Essa busca da eficiência econômica, aumentando o bem-estar da sociedade, ocorre por meio da concorrência entre os agentes econômicos. Assim, a política antitruste inclui tanto um resultado final (bem-estar), como também o meio pelo qual ela é alcançada (rivalidade entre agentes). Se a consequência almejada é o bem-estar social, cabe ao consumidor receber uma parte considerável desse bem-estar.” BRANCHER, Paulo. **Direito da concorrência e propriedade intelectual**: da inovação tecnológica ao abuso de poder econômico. São Paulo: Singular, 2010, p. 65.

artifício foi criado, diante da perspectiva econômica, para organizar bens imateriais, como meio de estimular a criação e, conseqüentemente, promover o desenvolvimento tecnológico, cultural e econômico.

A proteção oferecida por meio da propriedade intelectual recai sob um bem público, que em termos econômicos são bens não-rivais e não-exclusivos, ou seja, o uso desse bem por um indivíduo não reduz sua quantidade ou sua utilidade média para outrem e não impede que duas ou mais pessoas o utilizem ao mesmo tempo. A escassez criada pela propriedade intelectual, tornando um bem imaterial em rival e exclusivo, é, assim, uma ficção jurídica bastante afastada da ideia de uma existência natural (PALMER, 1988-1999, p. 279).

Tendo em vista o caráter exclusivista da propriedade intelectual, proibindo terceiros não titulares da exploração patrimonial do bem protegido, e aproxima-se das mesmas características estruturais do instituto da propriedade (ASCARELLI, 1970, p. 295; BARBOSA, 2010, p. 74). Porém, a propriedade tangível apresenta meios mais fáceis de excluir terceiros do uso exclusivo deste, basta a posse e a proteção por meios físicos do bem móvel ou imóvel. Nesse caso, a exclusão de terceiros ocorre por instrumentos da mesma natureza do bem protegido. Além disso, como salienta Arnold Palmer, os direitos de propriedade intelectual sofrem intervenção estatal de forma mais maciça e consistente do que os direitos de propriedade, o que fere, em certa medida, o princípio de autogestão característico do sistema de mercado. (PALMER, 1988-1989, p. 280)

Apesar da afinidade exclusivista entre a propriedade intelectual e material, ambas possuem corpos autônomos de regras a lhes regular, com escopos, modo de aquisição, exercício dos direitos, limites e durações de ordem diversa, constituindo cada qual matéria autônoma e, concomitantemente, subordinadas aos mesmos princípios constitucionais, visto que, nenhum direito é absolutamente autônomo. Encontram-se, assim, ora confluentes ora divergentes (BRANCO, 2011, p. 20-24; BARBOSA, 2010a, p. 75).

Por outro lado, a propriedade intangível, por não ser passível de apropriação direta como a propriedade tangível, uma vez colocada no mercado permite sua reprodução e uso por qualquer pessoa que tenha acesso ao bem, o que é considerado uma falha de mercado. Essa situação ignora o fato de que, na maioria das vezes, uma criação intelectual é precedida de significativos investimentos de ordem financeira, temporal e laboral.

Em seu aspecto econômico, o instituto da propriedade intelectual é uma forma artificial, juridicamente criada (BARBOSA, 2012, p. 41), para corrigir essa falha de mercado,

permitindo que o criador de um bem intelectual possa ter seu investimento e esforço recompensados pelo direito exclusivo de o explorar e impedir que terceiros não autorizados o façam. A exclusividade, como salienta Denis Borges Barbosa (2010, p. 58), incide no momento em que o bem imaterial adentra o mercado, tornando-se um bem-de-mercado. A propriedade intelectual é o formato adotado pelas economias de mercado e é como um direito de ordem econômica que este instituto se firma nos ordenamentos jurídicos pátrios.

Uma análise econômica pressupõe escolhas racionais num mundo de recursos limitados frente às necessidades humanas, o que enseja a conveniência de maximização racional e eficiente desses recursos pelo homem para satisfazer tais interesses. Acredita-se também, nessa perspectiva, que o homem responde, ainda mais, se houver incentivos (POSNER, 1992, p. 3-4). O esquema oferecido pela propriedade intelectual, assim, é reconhecido pela promoção de escassez a bens imateriais, de incentivos aos criadores e investidores, e, conseqüentemente, desenvolvimento social, econômico e tecnológico (BARBOSA, 2012, p. 28-29).

A propriedade intelectual, por um lado, permite que seu titular cobre pelo acesso a esse bem por um preço que exceda seu custo marginal, de forma a recuperar os custos de criação. Isto porque a propriedade intelectual, na maioria das vezes, possui um custo total de criação muito alto, mas uma vez criada incorrerá num custo/preço fixo para sua produção e distribuição, e tais preços tendem a ser baixos, como no caso do software que chega a apresentar custo marginal zero ao ser compartilhado por meio da internet. A propriedade intelectual evita que terceiros que não investiram tempo e dinheiro se beneficiem da criação apenas copiando-a e incentivam aqueles que se esforçaram para o êxito de originar um bem intelectual garantindo uma vantagem econômica no mercado (POSNER, 2005, p. 57-73).

A divulgação do artefato, por outro lado, em oposição ao segredo de seu funcionamento, como contrapartida de um direito de exclusiva, que ao final de um determinado prazo de proteção constituirá o domínio público, e, portanto, de uso de todos, é o que vindica importância ao instituto, principalmente do ponto de vista utilitarista. Além do que, reinventar um conhecimento que já existe é um desperdício de recursos sociais, uma vez que algo é criado e toda sociedade pode se beneficiar - ressalvados os limites da proteção do bem - sem incorrer nos mesmos gastos. Essa é uma contrapartida positiva (*positive spillover*) da divulgação, garantindo retorno social do sistema de propriedade intelectual (GUELLEC; DE LA POTTERIE, 2007, p. 49-50).

A partir desses pressupostos - racionalidade, eficiência, utilitarismo, maximização de resultados - a análise econômica reveste o instituto da propriedade intelectual de uma logicidade e coerência aparentemente incontestáveis. Estaria dessa forma estabelecido um equilíbrio entre incentivo e acesso, no qual a propriedade intelectual internalizaria as externalidades advindas da proteção: “cobrando um preço para um bem público se reduz o acesso a ele (um custo social), tornando-o artificialmente escasso, mas aumenta o incentivo para criá-lo, em primeiro lugar, que é possivelmente compensação de benefício social” (POSNER; LANDES, 2003, p. 20-21)<sup>15</sup>.

Esse equilíbrio, no entanto, não é nada fácil de se perceber e alcançar na prática. Assim, desenvolve-se uma situação típica da análise econômica que – apesar dos economistas estarem interessados em relações lógicas e verdades dedutivas – apresenta grandes dificuldades no estudo do objeto por meio de pesquisa empírica em decorrência das muitas variáveis independentes. Isso implica também na dificuldade de estabelecer uma regulação ótima da propriedade intelectual sob esse ponto de vista (DRAHOS, 1996, p. 6-7).

A propriedade intelectual é importante como incentivo à criação e retorno ao investimento, mas também pode trazer mais custos do que recompensas, restringindo o acesso de forma nociva e favorecendo apenas titulares (POSNER, 2005, p. 59). Os custos sociais ou externalidades negativas advindas da propriedade intelectual transformam essa equação num frágil quadro a ser considerado na elaboração de leis e políticas voltadas à inovação.

Outras abordagens acerca da proteção da propriedade intelectual têm avançado no sentido de caracteriza-la perante seu caráter (1) de excepcionalidade (BARBOSA, 2012, p. 59), (2) constitucional e (3) concorrencial (FORGIONI, 2012, p. 317). Esses temas conectam-se aos limites aos direitos de propriedade intelectual que, por sua vez, são relacionados às funções, justificativas e equilíbrio do seu sistema, visto que tal direito é um “direito-função” (BARBOSA, 2010, p. 75), isto é, sua existência está condicionada à obediência a certas finalidades e interesses. De acordo com Ascarelli, o que justifica os direitos exclusivos da utilização de criações intelectuais é o interesse em promover o progresso cultural ou técnico, ou assegurar na concorrência o direito de escolha do consumidor, que em última análise consiste no interesse público (ASCARELLI, 1970).

Da mesma forma, a Constituição Federal Brasileira dispõe no artigo 5º, XXIX, que a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua

---

<sup>15</sup>Tradução nossa: “charging a price for a public good reduces access to it (a social cost), making it artificially scarce (Plant’s point), but increases the incentive to create it in the first place, which is a possibly offsetting social benefit.”

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. (BRASIL, Constituição 1988). A primeira parte do artigo acolhe o direito privado de propriedade dos criadores e inventores sobre suas criações, sob a condição da segunda parte de que tal privilégio promoverá também o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. Essa assertiva é caracterizada também por um elemento competitivo, e o direito industrial é concedido por se reconhecer os efeitos de natureza concorrencial (GRAU-KUNTZ, [20—], [s.p.]).

Existe implicitamente um pacto entre sociedade e inventores ou criadores pelos custos que aquele, incluindo concorrentes, pagará por conceder uma exclusividade sobre um bem público, por isso a propriedade intelectual deve ser limitada de acordo com sua finalidade. Por isso, Denis Borges Barbosa denomina esse artigo da Constituição de “cláusula finalística” (BARBOSA, 2010, p. 332).

Soma-se a esse dispositivo o entendimento de que todo tipo de propriedade no Brasil - garantida pelo artigo 5º, XXII, da Constituição Federal -, inclusive a propriedade intelectual, está circundada ainda por outro condicionante, presente no inciso XXIII do mesmo artigo, de que a propriedade atenderá a sua função social. Ressalta-se que a função social deixa de afetar exclusivamente à propriedade e passa a se dirigir a todos os institutos de direito privado, incluindo os direitos de propriedade industrial e direito de autor, buscando atender o interesse coletivo (REIS; PIRES, 2011, p. 200-201). Assim, além da propriedade intelectual estar obrigada a sua finalidade (o artigo 5º, XXIX), também é tocada pela funcionalidade da propriedade em geral.<sup>16</sup>

É em razão desse interesse público estampado na constituição brasileira que o uso e o exercício de direitos de propriedade intelectual devem ser protegidos de atos abusivos de titulares, conferindo à propriedade intelectual uma perspectiva concorrencial. A visão da propriedade intelectual como uma propriedade concorrencial é fruto de interpretações doutrinárias mais recentes, oriunda dos efeitos daquela matéria sobre o mercado e a

---

<sup>16</sup>Como aponta, Allan Rocha Souza: “Uma vez disponibilizada através de sua comunicação ou publicação pelo autor, a obra autoral tem uma vida social que ultrapassa os limites de interesses particulares de seus titulares. Quando a obra é disponibilizada para a sociedade em geral, passa a refletir e mediar significações culturais do grupo social onde se insere, propiciando formas diversificadas de entendimentos e construções comunicativas, podendo tornar-se veículo simbólico de expressão coletiva, incorporando-se ao conjunto de signos que une e sedimenta qualquer sociedade. A obra publicada, enfim, torna-se parte do acervo cultural daquela sociedade, inspirando outras criações. A proteção concedida ao autor deve considerar o significado social das obras para a determinação de seus limites. Assim demanda sua história, natureza jurídica e os preceitos constitucionais vigentes”. (SOUZA, 2006, p.143).

sociedade<sup>17</sup>, e por isso conecta-se ao tema dos limites à expansão do escopo dos direitos de propriedade intelectual, ao invés de meramente legitimar seu exercício (NIELSEN, 2011, p. 185). Conceber a propriedade intelectual simplesmente como propriedade no sentido napoleônico peca por lhe aferir uma percepção privatista absoluta, já a modalidade concorrencial traz a este direito uma perspectiva pluralista e de interesse público (BARBOSA, *op. cit.*). Assim, se estruturalmente os direitos de propriedade intelectual são semelhantes ao instituto da propriedade, é propício dizer que funcionalmente tais direitos se relacionam com a disciplina da concorrência (ASCARELLI, *op. cit.*), que regula o uso do bem no mercado para que este se mantenha de forma competitiva.<sup>18</sup>

Com a expansão do direito antitruste em todo o mundo observou-se também o avanço da leitura conjunta deste instituto com a propriedade intelectual, numa tentativa de equilibrar os interesses dos titulares de direitos de propriedade intelectual e os interesses do mercado competitivo. Assim, a propriedade intelectual assume um perfil eminentemente concorrencial na busca pela maximização do bem-estar social por meio do desenvolvimento econômico e tecnológico, objetivo de ambos institutos (MONTEIRO, 2010; SALOMÃO FILHO, 2003). O direito concorrencial na propriedade intelectual adquire mesmo uma finalidade própria estritamente ligada ao interesse público.

Nesse contexto, a propriedade intelectual e o direito concorrencial se reconciliam na partilha do objetivo comum de promoção do interesse público: o desenvolvimento econômico, tecnológico social. Isso envolve o senso de justiça distributiva ao assegurar, por meio da lei antitruste e da regulação do mercado, a distribuição eficiente e equitativa dos recursos entre titulares de direitos e usuários/sociedade. Tal objetivo comum impede que a titularidade de um direito de propriedade intelectual seja o fundamento de um tratamento diferenciado sob os auspícios da lei antitruste e reforça a necessidade dos tribunais em aplicar ambos quadros normativos para alcançar uma finalidade comum (GHOSH, 2007, p. 886-887).

---

<sup>17</sup> Sobre a essa evolução Calixto Salomão Filho expõe, no entanto, que: A superação desse tipo de justificativa e raciocínio decorre menos de uma evolução do Direito Industrial e mais de uma nova concepção de concorrência. Evoluindo o Direito Concorrencial de uma defesa privada do concorrente para uma defesa pública da instituição “concorrência” (o que rigorosamente passa a ocorrer desde a promulgação da primeira lei de direito antitruste no sentido publicista, o Sherman Act, em 1890), o tratamento de qualquer instituto que a restrinja tem de ser modificado. Monopólios devem ser admitidos na menor extensão possível e, mesmo quando admitidos, é de ser reconhecida sua função social. A essa luz, a função econômico-jurídica dos institutos de Direito Industrial muda substancialmente de figura (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 131).

<sup>18</sup> “No fundo, a propriedade intelectual é uma restrição à concorrência que se considera necessária e adequada para estimular a própria concorrência e assim melhor alcançar os fins de política de inovação e conhecimento, em prol da satisfação do consumidor através de novos e melhores produtos”. (PEREIRA, 2010, p.241-260).

Da mesma forma, a mudança dos objetivos da propriedade intelectual – de meramente recompensa ao criador para promoção da inovação e criatividade a partir do incentivo promovido pela exclusividade – permitiu a reconciliação entre os direitos, que, por sua vez, faz perceber a propriedade intelectual como uma forma de política de concorrência. O resultado final é uma concepção menos individualista e mais voltada ao interesse geral da sociedade em promover novas criações. Extirpando-se a visão divergente, a relação entre propriedade intelectual e concorrência torna-se multifacetada e dialética, o que permite a interação de objetivos aparentemente conflitantes e a convergência para o objetivo final de melhorar a dinâmica competitiva de inovação (SHANKAR; GUPTA, 2011, p. 116-117).

Frente a perspectiva econômica, essa interrelação oferece benefícios aos consumidores a partir da promoção de inovação, trazendo, conseqüentemente, eficiência ou bem-estar econômico. A eficiência dinâmica é o objetivo comum tanto da propriedade intelectual quanto do direito de concorrência (KOLSTAD, 2008, p. 6). O equilíbrio na estrutura do mercado entre monopólio e competitividade, no entanto, carece de comprovações empíricas a respeito do que deve prevalecer para que ocorra incentivo à inovação com menores custos de transação. Se houver excesso na garantia de direitos de propriedade intelectual, pode-se gerar um arrefecimento da competição dos preços e reduzir incentivos à inovação onde os titulares de direitos ocupam posições de domínio no mercado, ou, se o direito da concorrência colide em demasia com o direito de propriedade intelectual, pode-se ter uma falta de segurança para os negócios (NIELSEN, 2011, p. 184-185).

Porém, a similitude de objetivo não significa que existe total complementariedade desses direitos e conflitos entre as duas áreas. Olav Kolstad (2008, p. 8) aponta que, em primeiro lugar, o direito da concorrência tradicionalmente foca na concorrência estática e na alocação de recursos e não leva em conta os efeitos da conduta na concorrência e eficiência dinâmicas. E, em segundo lugar, comenta que, mesmo que os objetivos da propriedade intelectual possam ser descritos em termos econômicos, isso não significa que os objetivos dessa possam ser transformados em objetivos econômicos. Existem, assim, metas também de caráter não econômico. Nas situações em que tais objetivos não econômicos da propriedade intelectual forem diferentes dos direitos da concorrência haverá choque, exigindo a primazia de um direito sob o outro. Para o autor, a expansão dos direitos de propriedade intelectual nas últimas décadas é responsável por aprofundar ainda mais o conflito.

#### **4 POR UMA LEITURA PARADIGMÁTICA DAS PERSPECTIVAS DA PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL**

Para que seja possível a compreensão de teorias ou institutos sob uma leitura de cunho paradigmático é preciso, inicialmente, ter em vista que um paradigma envolve mais do que simples delimitações histórico-temporais, questões terminológicas, identificação e descrição de elementos e características centrais.

Enquanto paradigmas, tanto a modernidade, quanto a pós-modernidade, foram cumprindo sua função, foram efetuando seleções de categorias e elementos principais e elegendo as operações lógicas (disjunção, conjunção etc) por meio das quais tais elementos e categorias iriam se relacionar. A partir disso, as opções de cada um desses paradigmas compuseram a base que estrutura, fundamenta e orienta a construção de qualquer conhecimento ou saber que seja concebido sob suas diretrizes<sup>19</sup>.

Assim, a leitura paradigmática das perspectivas econômico-proprietária, constitucional e concorrencial da proteção da propriedade intelectual que se propõe a elaborar consiste em analisá-las a partir da base estruturante dos paradigmas jurídico-político moderno e pós-moderno - brevemente apresentados nos tópicos anteriores - para verificar se e em que medida as diretrizes orientadoras de tais paradigmas podem ser identificadas nas perspectivas de abordagem da proteção da propriedade intelectual ora mencionadas.

Observou-se que o paradigma moderno, construído a partir dos elementos centrais descritos no tópico 2, dentre os quais tiveram destaque a ciência moderna e a propriedade privada com sua lógica de apropriação, efetuou operações lógicas de disjunção e apresentou um modelo simplificador que, ao pautar-se em dicotomias e disjunções, excluiu terceiros elementos possíveis e, assim, reduziu a complexidade dos fenômenos analisados.

Foi nesse contexto que, respaldado pelo discurso da racionalidade científica, da ordem e do controle, o paradigma jurídico-político moderno foi construído a partir das dicotomias estado x indivíduo, público x privado, tendo estruturado o Estado, os direitos, os institutos jurídicos e políticos, assim como os meios de proteção dos direitos a partir de tal orientação. Sob essa direção observou-se que o panorama jurídico-político moderno foi marcado pela atuação de dois sujeitos – indivíduo e Estado - diante da exclusão de um terceiro – a coletividade –, orientado pela lógica proprietária e da apropriação, que define o papel e as relações entre tais sujeitos, dentre as quais se destacam, num cenário composto por bens

---

<sup>19</sup> Como explicado no tópico 2, com base nos ensinamentos de MORIN.

públicos x privados, a “funcionalização do direito de propriedade” limitada ao voluntarismo do Estado e do indivíduo (PILATI, 2008, p.9), num contexto de proteção e exercício dos direitos por instrumentos de tutela individuais.

Notou-se que nesse “paradigma da propriedade como valor fundamental [...] cumpre, então, ao jurídico, disciplinar os sujeitos, classificar os bens; conferir a fatos e atos forma e feição, estabelecer estrutura de solução de conflitos individuais” (PILATI, 2011, p. 15; 32).

Mesmo com o surgimento da categoria “*função social*” da propriedade, o tratamento do tema sob a lógica moderna não possibilitou a mudança do quadro político e jurídico já estabelecido. De que adianta uma nova funcionalização se ela continua a ser concebida e operacionalizada pela lógica privatista da propriedade dominial e da solidariedade social?

Da exposição do paradigma pós-moderno, identificado ainda como uma fase de transição, destacou-se que a eleição de novas categorias e elementos centrais e novas operações lógicas indicam a própria crise do modelo anterior. Um cenário que demonstra, dentre outros fatores apresentados, a inadequação tanto da ciência moderna com sua racionalidade simplificadora e reducionista quanto a (re)estruturação das concepções acerca da propriedade privada.

Nesse cenário, passa-se da simplificação e redução para o resgate da complexidade e dos elementos que foram excluídos do cenário moderno diante das dicotomias e disjunções lá estabelecidas. Como já citado no tópico 2, aquele paradigma da ordem e do controle deixou de ser operacional. No entanto, MORIN deixa claro que apesar disso, “a dialógica complexa (de complementariedade, concorrência, antagonismo) entre ordem, desordem e organização não se inscreveu nem se enraizou de modo algum em paradigma” (MORIN, 1998). Esse constatação, de um lado, reforça o caráter ainda de transição da pós-modernidade e, por outro, alerta para o risco da “leitura” de conceitos, institutos, teorias etc pós-modernos sob um olhar e diretrizes ainda enraizados na base do paradigma moderno.

Apesar dessa ressalva, diante das transformações apresentadas na pós-modernidade, observou-se que o paradigma jurídico-político estruturado com base nos fundamentos e diretrizes desse novo paradigma, sinaliza profundas mudanças no modelo de Estado e de Direito, tendo sido citados, dentre outros: o Pluralismo jurídico, o Estado que compartilha poderes e lida com a participação direta da coletividade; a propriedade privada perdendo centralidade; a superação/inadequação entre as dicotomias público x privado e Estado x indivíduo para lidar com novas propriedades e novos direitos.

No que diz respeito à propriedade privada ressaltou-se sua crise como sistema e como ordem (PILATI, 2001, p. 40) pois nesse contexto o cenário político-jurídico apresenta intensa transformação: com a inclusão, pela Constituição, das propriedades constitucionais especiais; a coletividade/sociedade enquanto sujeito de direito ao lado do Estado e do indivíduo; necessidade de novos meios de tutela e exercício dos direitos que tenham a perspectiva coletiva (PILATI, 2011; CANUT, 2013).

Analizou-se que tais propriedades, por serem “entidades ou complexos de situações jurídicas partilhadas coletivamente”, devem ser exercidas de forma a possibilitar a conciliação entre o individual, o público estatal e o coletivo. Um novo quadro que relativiza a figura do indivíduo enquanto sujeito de direito e exige novos meios de tutela, que condigam com seu caráter coletivo, que sejam, então, participativos (PILATI, 2011, p.41;50)<sup>20</sup>.

É nesse sentido, e com a nova categoria das propriedades constitucionais especiais, que a propriedade ganha nova funcionalidade (PILATI, 2011). A “função social”, surgida ainda no contexto da modernidade, ganha uma nova abordagem, condizente com a lógica do paradigma pós-moderno, e passa indicar a “interface com um direito subjetivo da coletividade”, não se reduzindo, então, ao princípio de solidariedade social (PILATI, 2011, p. 67).

Dentre as categorias das propriedades constitucionais especiais, identificou-se a propriedade intelectual enquanto uma propriedade especial particular que se afasta “do direito comum pelo objeto, que é imaterial”, que guiada pela égide da função social e pela influência do direito internacional (PILATI, 2011, p. 55), num cenário de pluralismo jurídico. Observa-se, no contexto de propriedade constitucional especial ora mencionado, que a propriedade intelectual:

No plano do objeto, ela opõe direitos de personalidade e direitos morais a direitos patrimoniais, e na dimensão de função social coloca em confronto o interesse do titular com os interesses gerais da cultura e da ciência e da comunidade étnicas [...]. Seu regime jurídico é de legislação especializada, tutela específica pelo direito interno e por entidades supraestatais e da órbita nacional, como especialidade da matéria, proteção da forma estética original, exclusividade da exploração. (PILATI, 2011, p.55)

---

<sup>20</sup> Assim dispõe José Isaac Pilati: “a propriedade especial relativiza o indivíduo como interlocutor, mediante titularidades coletivas, como ocorre, por exemplo, na propriedade quilombola. Relativiza também o objeto da propriedade, que antes se restringia a bens corpóreos, e agora pode abranger verdadeiras entidades ou complexos de situações jurídicas coletivamente, inclusive com órgãos públicos ou interesses privados concorrentes, como se observa na reserva extractivista. É a relativização do próprio conteúdo do direito: numa o uso, gozo e disposição à mercê do voluntarismo individualista, e na outra a dependência de procedimentos e de decisões compartilhadas.” (PILATI, 2011, p.50)

Nesse panorama é possível identificar diretrizes marcantes do paradigma jurídico-político moderno na perspectiva econômico-proprietária de proteção da propriedade intelectual. Isso fica evidente diante da já mencionada ligação direta que essa abordagem faz entre propriedade intelectual e mercado e da preocupação primordial em garantir o direito subjetivo do criador e a proteção dessa propriedade intangível contra a exploração de terceiros não titulares, com o foco, então, na proteção do direito de exclusiva e num sistema protetivo de cunho individualista marcado pela justiça retributiva.

Donde se identifica elementos da racionalidade jurídico político moderna, de apropriação e proteção de direito individuais num quadro em que se colocam de um lado o direito de exclusiva e, de outro, o domínio público, num cenário em que a dicotomia direito de exclusiva x domínio público reduz e simplifica a complexidade do instituto estudado e resume a função social, no contexto do domínio público, à uma compensação de benefício social, se identificando com as diretrizes e leitura moderna da função social.

Além disso, os pressupostos de racionalidade, eficiência, utilitarismo, maximização de resultados dessa perspectiva de proteção da propriedade intelectual são marcas típicas do pensamento da modernidade jurídico-política.

No que diz respeito à perspectiva constitucional e concorrencial é possível, de imediato, identificar a influência das diretrizes do paradigma jurídico-político pós-moderno. Isto porque abordam a proteção da propriedade intelectual num contexto em que o instituto tem, diante das funções constitucionais que deve desempenhar, dois condicionantes: o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país e a função social.

Nesse contexto, o interesse público ganha espaço enquanto o direito de exclusiva do proprietário perde sua centralidade, e os interesses a serem harmonizados não se identificam diante de uma dicotomia, pois além do direito individual privado de exclusiva e do interesse coletivo estampado sob as duas faces ora citas, a teoria concorrencial inclui interesse do próprio mercado competitivo.

Sob estas perspectivas de proteção da propriedade intelectual ultrapassa-se a dicotomia direito de exclusiva x domínio público e avança-se para um cenário de pluralismo de interesses e direitos que apresentam um quadro de complexidade e inclusão. Sob este aspecto, especialmente a perspectiva concorrencial, ao fortalecer o interesse comum envolve o senso de justiça distributiva, alterando, em partes, o modelo moderno, com foco no direito individual e na justiça retributiva.

Apesar de todos esses traços que identificam diretrizes do paradigma jurídico-político pós-moderno nas perspectivas constitucional e concorrencial de proteção da propriedade intelectual, destaca-se que tais perspectivas, por mais que tenham a Constituição como referência, ainda não alcançam o conceito e (re)estruturações provenientes do estudo da propriedade intelectual enquanto uma propriedade constitucional especial, especialmente quando se tem em vista a função social sob um olhar pós-moderno, no sentido não só de reconhecer sua interface com o coletivo mas, especialmente, no sentido de efetivamente modificar a estrutura do individualismo, e colaborar para o restabelecimento do equilíbrio entre o individual, o coletivo e o estatal (PILATI, 2011, p.76) nos termos brevemente examinados no presente trabalho.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Apesar de as primeiras manifestações para proteção da propriedade intelectual situarem-se na modernidade, a propriedade intelectual é instituto exemplar da transição que caracteriza a pós-modernidade jurídico-política. Por um lado, é baseada no industrialismo, na ideia de contrato e da cientificidade econômica que controla os mercados, e, por outro, carrega os atributos presentes nas propriedades especiais. Donde se verificam abordagens do instituto sob diversas perspectivas, como algumas as aqui analisadas.

A visão econômico-proprietária da propriedade intelectual é extremamente importante no contexto da globalização, a partir dos contornos que esse instituto traz à dinâmica dos mercados transnacionais. O interesse no desenvolvimento da pós-modernidade, em especial a sociedade informacional, que propugna uma economia voltada para inovações tecnológicas, informação e conhecimento, e que vem apresentando o reconhecimento de direitos de propriedade cada vez mais rígidos, passa pela exigência de se ver além do pensamento econômico.

Os questionamentos sobre o papel da análise estritamente econômica para definir políticas de propriedade intelectual e de desenvolvimento tecnológico vem sendo balanceado em boa parte por limitações constitucionais e concorrenciais.

Essa constatação releva a importância da presente análise pois, ao se identificar as diretrizes orientadoras dos paradigmas jurídico-político moderno e pós-moderno nas abordagens econômico-proprietária e constitucional e concorrencial, é possível compreender a lógica que as rege, não para excluir uma ou outra, mas para possibilitar a sua

complementaridade, possibilitando a abordagem conjunta num contexto de complexidade. Essa é, como visto, uma das vigas mestras da paradigma pós-moderno.

Além disso, a leitura ora proposta serve, também, para destacar algumas das limitações das novas abordagens da proteção da propriedade intelectual e a necessidade de avançarem para a plena inserção da propriedade intelectual na racionalidade jurídico-política da pós-modernidade no que diz respeito à caracterização da propriedade intelectual enquanto uma propriedade especial constitucional que deve abordar a função social sob a perspectiva de interface com o direito subjetivo da coletividade, o que implica nas (re)estruturações analisadas no tópico 3 e brevemente retomadas no tópico 5.

## REFERÊNCIAS

ASCARELLI, Tullio. *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*. Tradução de E. Verdera e L. Suárez-Llanos. Barcelona: Ed. Bosch, 1970.

BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da propriedade intelectual*. Tomo 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Direito civil da propriedade intelectual: o caso da usucapião de patentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BARROS, Carla Eugenia Caldas. *Aperfeiçoamento e dependência em patentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BELL, Daniel. *O advento da sociedade pós-industrial: uma tentativa de previsão social*. Tradução de Heloysa de Lima Dantas. São Paulo: Cultrix, 1973 (data do *copyright*).

BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na pós-modernidade*. 2. ed., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BRANCO, Sérgio. *Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2832>>. Acesso em 29 jun. 2017.

BRANCO, Sérgio. *O domínio público no direito autoral brasileiro: uma obra em domínio público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. BRASIL, Constituição 1988.

CANUT, Letícia; KAWAHALA, Edelu. (2017). O paradigma da modernidade: do que se trata? *Rizoma: experiências interdisciplinares em ciências humanas e sociais aplicadas*. 1 (2), (pp.111-121).

CANUT, Letícia. Exercício do Direito Coletivo à Saúde na pós-modernidade jurídico-política brasileira: nova estrutura participativa para a formulação das políticas do Sistema Único. Tese de doutorado defendida no Programa de Pós-graduação em Direito- PPGD da Universidade Federal de Santa-Catarina, Florianópolis, 2013.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999a.

CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. A era da informação: economia, sociedade e cultura. Tradução de Klaus Brandini Gerhardt. v. 2. São Paulo: Paz e Terra, 1999b.

DRAHOS, Peter. *A philosophy of intellectual property*. Aldershot: Ashgate, 1996.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GRAU-KUNTZ, Karin. Direito de patentes: sobre a interpretação do artigo 5º, xxix da Constituição brasileira. São Paulo: IBPI, [20—]. Disponível em: <<http://www.ibpi.org.br>>. Acesso em 29 jun. 2017.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. 2. ed., rev. e atual. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

GUELLEC, Dominique; DE LA POTTERIE, Bruno van Pottelsberghe. *The economics of the european patent system: IP policy for innovation and competition*. New York: Oxford University Press, 2007.

HILTY, Reto M.; GEIGER, Christophe. Towards a new instrument of protection for software in the EU? Learning from the harmonization failure of software patentability. In: GHIDINI, Gustavo; AREZZO, Emanuela. *Biotechnology and software patent law: a comparative review of new developments*. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2011.

KOLSTAD, Olav. Competition law and intellectual property rights: outline of an economics-based approach. p. 3-26. In: DREXL, Josef (Org.). *Research handbook on intellectual property and competition law*. Cheltenham: Elgar, 2008.

LÉVY, Pierre. *A inteligência coletiva*. Por uma antropologia do ciberespaço. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2003.

LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MERGES, Robert P. *Justifying intellectual property*. Harvard University Press, 2011.

MORIN, Edgar. *O método 4. As idéias*. Habitat, vida, costumes, organização. 5. ed. Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2011.

MORIN, Edgar. *O método 4. As idéias*. Habitat, vida, costumes, organização. Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 1998.

MONTEIRO, Luís Pinto. *A recusa em licenciar direito de propriedade intelectual no direito da concorrência*. Coimbra: Almedina, 2010.

NIELSEN, Jane. Competition law and intellectual property: establishing a coherent approach. In: BOWREY, KATHY; HANDLER, MICHAEL; NICOL, DIANNE (Org.). *Emerging challenges in intellectual property*. p. 183–201. Melbourne: Oxford University Press, 2011.

OLIVO, Luiz Carlos Cancellier. *A reglobalização do Estado e da sociedade em rede na era do acesso*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

ORWELL, George. 1984. 29. ed., 4. reimp. Tradução de Wilson Velloso. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005.

PALMER, Arnold. Intellectual Property: a non-posnerian law and economics approach. *Hamlin law review*. v. 12, p. 261- 304, 1988-1999.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Inovação, propriedade intelectual e concorrência. In: WACHOWICZ, Marcos, MORENO, Guillermo Palao (Coord.). *Propriedade intelectual: inovação e conhecimentos*. Curitiba: Juruá, 2010.

PILATI, José Isaac. *A função social da propriedade a partir da Constituição de 1988: o resgate da dimensão coletiva*. VII CONGRESSO ANUAL DO CURSO DE DIREITO DA ULBRA. Gravataí, 2008.

PILATI, José Isaac. *Propriedade e função social na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

POSNER, Richard A., Intellectual property: the law and economics approach. *In: Journal of Economic Perspectives*. vol. 19, 2005, p. 57-73. Disponível em: <<https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/0895330054048704>>. Acesso em 29 jun. 2017.

POSNER, Richard A.; LANDES, William M. *The economic structure of intellectual property law*. Massachusetts: Belknap, 2003.

REIS, José Renato dos; PIRES, Eduardo. O direito de autor funcionalizado. *In: SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIFKIN, Jeremy. *A era do acesso. A transição de mercados convencionais para networks e o nascimento de uma nova economia*. São Paulo: Makron Books, 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Porto: Edições Afrontamento, 2003. Coleção Reinventar a Emancipação Social: Para Novos Manifestos/1.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*. Contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000. v. 1.

SHANKAR, Gitanjali; GUPTA, Nitika. Intellectual property and competition law: divergence, convergence, and independence. *NUJS Law Review*, 113, 2011. Disponível em: <<http://nujlawreview.org/wp-content/uploads/2015/02/gitanjali.pdf>>. Acesso em: 30 ago 2016.

SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006.

RECEBIBO 05/06/2017

APROVADO 15/06/2017

PUBLICADO 01/07/2017