

## Tema 4 A globalização e o acesso ao conhecimento do ponto de vista da propriedade intelectual

**António Machuco Rosa**

Universidade do Porto, Faculdade de Letras / CETAC.MEDIA (Portugal)  
machuco.antonio@gmail.com

### RESUMO

Esta comunicação analisa o percurso histórico da globalização na área da propriedade intelectual. Serão distinguidas três fases. A primeira é a fase do princípio da soberania territorial e do bilateralismo. A segunda é a fase da internacionalização, marcada pela Convenção de Berna. A terceira é a da globalização, marcada pelo acordo TRIPS. A ideia condutora da comunicação consiste em ver até que ponto existe um conflito entre a fundamentação tradicional das leis de propriedade intelectual, tal como ela está reflectida nas leis nacionais, e o texto dos acordos internacionais. Além disso, será analisado a divergência de interesses entre países exportadores e importadores de informação. Conclui-se no sentido de o equilíbrio entre, por um lado, produtores de informação e, por outro, o acesso por parte dos utilizadores, também dever constar dos acordos internacionais de propriedade intelectual.

**Palavras.chave.** Propriedade intelectual. Globalização. Convenção de Berna. TRIPS

### ABSTRACT

This paper discusses the historical path of globalization in the area of intellectual property. Three phases are distinguished. The first phase is the principle of territorial sovereignty and bilateralism. The second is the stage of internationalization, marked by the Berne Convention. The third is that of globalization, marked by TRIPS. The guiding idea of the communication analyses a possible conflict between the traditional foundations of intellectual property laws, as it is reflected in national laws, and the text of the international agreements. Furthermore, it will be analyzed the divergence of interests between exporting and importing countries of information. It is concluded that a balance between, on the one hand, producers of information and, on the other hand, access by users, should also be a integral part of the international agreements on intellectual property.

**Keywords.** Intellectual Property. Globalization. Berne Convention. TRIPS

## INTRODUÇÃO

O processo de globalização tem vindo a sofrer uma considerável aceleração durante os dois últimos séculos. Na sua dimensão mais especificamente económica, nomeadamente na área do livre comércio, ele tem sofrido diversos avanços e recuos até à mais recente fase em que se assistiu a uma generalizada abertura mundial dos mercados. A globalização também se processou no campo mais restrito da protecção legal dos bens intangíveis assentes em informação. De uma fase caracterizada pelo princípio da soberania territorial, passou-se, por meados do século XIX, para a fase da internacionalização, após o que se atingiu, nas últimas três décadas, a fase da globalização (Drahos, 1999). Esta comunicação tem como objectivo traçar a evolução histórica desse processo de que acabou por resultar num assinalável aumento a nível mundial da protecção da chamada propriedade intelectual.

A fase da globalização da propriedade foi marcada pela assinatura em 1994 do acordo TRIPS (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*), momento em que, ao invés do que até então sucedia, passou a ser a legislação internacional a constranger as legislações nacionais de protecção do *copyright* e das patentes. A comunicação aborda o percurso histórico que conduziu a TRIPS. A primeira secção estabelece quais são os fundamentos da existência de disposições legais que protegem a informação, mostrando-se como a ideia utilitarista de um equilíbrio entre incentivo à criação e acesso público é o guia orientador das legislações nacionais de diversos países. A segunda secção aborda a passagem dos acordos bilaterais entre países para a primeira tentativa de harmonização internacional, ocorrida com a Convenção de Paris sobre as patentes. A terceira secção analisa a Convenção de Berna de 1883 sobre os direitos de autor, mostrando-se como ela ainda é devedora do princípio de soberania nacional, mas como ao mesmo tempo aponta para um progressivo aumento do regime protector da informação. A quarta secção analisa o percurso e as motivações mais imediatas que levaram à adopção de TRIPS, sustentando-se ter sido o princípio da competitividade nacional que acabou por conduzir a um acordo global. O conteúdo desse acordo é analisado na secção seguinte, mostrando-se como os acordos internacionais de propriedade intelectual da mais recente era da globalização acabam por constranger as legislações nacionais no sentido de uma cada vez maior protecção dos direitos de autor e das patentes. A conclusão geral da comunicação consiste em afirmar que se tem vindo a assistir a um progressivo aumento da protecção da informação, o qual, quando expresso em tratados internacionais, vai contra aqueles que são tradicionalmente os fundamentos da existência de leis de *copyright*, de direitos de autor e de patentes. Em consequência, sustenta-se que o equilíbrio entre protecção e acesso livre à informação, fundamento das legislações nacionais, também deveria estar incorporada nos tratados internacionais.

## FUNDAMENTOS DA PROTECÇÃO INTELECTUAL

Uma análise histórica detalhada do *copyright* e direito de autor mostra que existiram sempre duas posições antagónicas no que respeita à fundamentação da protecção inte-

lectual. De um lado, existiu a posição daqueles que sustentaram que o direito de autor é um direito natural baseado no trabalho dispendido pelo indivíduo que livremente cria a obra. É a teoria do trabalho enquanto fundamento da protecção intelectual. Por outro lado, existiram aqueles para quem esse direito é um direito positivo artificialmente criado pelo poder político com o objectivo último de incentivar a criação. É a teoria utilitarista acerca da existência da protecção intelectual (cf. Machuco Rosa, 2009 e Fisher, 2006, para o confronto histórico dessas duas posições). No essencial, a posição utilitarista acabou por ser o guia orientador das legislações sobre o direito de autor, o *copyright* e as patentes que se sucederam nos países ocidentais durante os dois últimos séculos (cf. Landes & Posner, 2003). Enquanto a teoria do trabalho tende a acentuar a existência de um trabalho levado a cabo por um criador original, a teoria utilitarista encontra o seu fundamento em propriedades objectivas que *definem* os bens intangíveis assentes em informação.

Essas propriedades são objectivas e intrínsecas, isto é, anteriores a qualquer lei. As propriedades essenciais da informação são a sua *não-exclusividade* e *não-rivalidade*. Por contraposição, os bens físicos são exclusivos e rivais. Neste segundo caso, a exclusividade significa, em primeiro lugar, que se se disponibiliza um bem a uma colectividade ou a um outro indivíduo é em geral possível reverter o processo, ou seja, é teoricamente possível a sua posterior apropriação para uso exclusivo. Ela significa, de seguida, que a apropriação colectiva do bem em questão é em muitos casos difícil ou impossível, pois ou o usufruto que um indivíduo dele faz impede em absoluto que outros também o usufruem, ou então o usufruto é feito em detrimento de outros (por exemplo, pode tornar-se difícil explorar colectivamente uma parcela de terreno, assim como a sobre exploração dos recursos marítimos pode levar à sua exaustão). A exclusividade significa, finalmente, que o consumo do bem de modo algum produz algumas suas adicionais quantidades, nem tão pouco cria novos bens derivados do bem original sem que este se degrade. A propriedade de exclusividade existe em conjunto com outra propriedade objectiva dos bens físicos: a sua rivalidade, a qual significa precisamente que o meu consumo impede idêntico consumo por parte de outro indivíduo, tal como faz diminuir a quantidade disponível do bem. O consumo de um produto alimentar rivaliza com idêntico consumo por parte de outro indivíduo: se eu consumo, então o bem deixa de poder ser consumido em idêntica proporção por parte de outro indivíduo.

Ao invés, a informação possui como dupla propriedade também objectiva a *não-exclusividade* e a *não-rivalidade*. Essas características são igualmente simétricas das propriedades objectivas dos bens físicos acabadas de descrever. A não-exclusividade reside no facto de a publicação de uma obra ser um processo irreversível, no sentido de ser bastante difícil tornar não público aquilo que já foi tornado público. Decorre daí a obra poder ser livremente apropriada por qualquer um, donde, finalmente, ela poder entrar como componente da criação de uma nova obra – qualquer informação é informação *derivada* de outra informação. Por sua vez, a não-rivalidade consiste no facto do meu consumo ou uso da obra em nada fazer diminuir a sua quantidade disponível: a minha audição de uma música em nada faz diminuir a possibilidade de idêntico consumo por parte de um qualquer outro número de indivíduos. A não-exclusividade torna a obra publicamente apropriável, enquanto a não-rivalidade faz com que qualquer apropriação não faça diminuir a possibilidade de infinitas e ulteriores idênticas apropriações.

Se a informação não transporta consigo uma apropriabilidade natural por parte de um indivíduo, se a satisfação de um número de consumidores adicionais é feita a baixíssimo custo, a questão reside em saber de que modo se pode criar um regime de escassez onde ele naturalmente não existe. É a emergência das leis de protecção da informação

que introduz artificialmente a escassez em bens naturalmente não escassos. É a lei que exclui aquilo que não é exclusivo e que faz aumentar o preço de equilíbrio dos bens intangíveis. Com que fundamento?

Do ponto de vista económico e do acesso aos bens, o fundamento da existência de leis de protecção intelectual reside na busca de um equilíbrio entre a *eficácia estática* e a *eficácia dinâmica* da informação (cf. Levêque e Menier, 2003). A eficácia estática consiste no facto de o bem criado dever ser disponibilizado pelo seu custo marginal, o qual no caso dos bens consistindo integralmente em informação, tende para zero na enésima unidade produzida (cf. e.g. Shapiro e Varian, 1998). O bem-estar social seria, nesse caso, máximo, pois o produto seria consumido ao seu custo marginal. Desse ponto de vista, a informação é um bem colectivamente apropriável de forma quase livre. Só que esse estado de coisas pode ter como efeito a ausência de incentivos para que os criadores produzam efectivamente a informação. A introdução de leis de propriedade intelectual visa fornecer esse incentivo à criação. Ao mesmo tempo, esse tipo de lei provoca um racionamento, isto é, em cada dia da vigência da lei existe uma menor distribuição da informação na sociedade que aquela que existiria na ausência do dispositivo protector. Ao criar incentivos introduzindo (alguma) escassez, a lei procura alcançar a eficácia dinâmica, a continuação a prazo da criação, apesar de assim fazer diminuir a eficácia estática: diminui-se o acesso à informação num certo momento para se ter mais informação ao longo do tempo (Levêque e Menier, 2003). Portanto, a lei deve procurar um equilíbrio entre a eficácia estática que se perde e a eficácia dinâmica que se ganha. Esse ponto de equilíbrio entre apropriação pública e incentivo à criação seria aquele em que o bem-estar seria máximo. Ele representaria a solução do problema da internalização das externalidades positivas existentes na informação (Lemley, 2005).

As legislações actualmente existentes fundam-se no essencial no argumento acabado de apresentar. Como exemplo, um artigo basilar da Constituição norte-americana de 1789 estatui que «o Congresso terá o poder (...) de promover o progresso das ciências e das artes ao assegurar por tempos limitados a autores e inventores o direito exclusivo dos respectivos textos e descobertas ...» (Artigo 1.º, secção 8). Trata-se de, com a «finalidade de promover o progresso», assegurar um direito exclusivo por tempos limitados. É também essa a filosofia da *World Intellectual Property Organization*, cuja missão consiste em «promover a criação, disseminação, uso e protecção das obras da mente humana (...), visando um equilíbrio entre o estímulo da criatividade no mundo através de uma adequada protecção dos interesses morais e materiais dos criadores (...), protecção que é apenas um meio para um fim, o qual consiste na promoção da criatividade intelectual». Portanto, a ‘protecção’ é um meio para um fim.

Um outro exemplo é Código do Direito de Autor português, de 1985, que se fundamenta «na necessidade de assegurar o melhor equilíbrio possível entre os autores e utilizadores das suas obras» (Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de Março). Portanto, o fundamento da lei é o ‘equilíbrio’ entre, por um lado, os autores e, por outro, os utilizadores, tendo sempre em vista o «interesse público». O artigo 1.º do Código refere que apenas se protegem as formas específicas de exprimir ideias e não as próprias ideias. O artigo 75.º § 2 da revisão de 2004 (Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto) estabelece as múltiplas utilizações da obra que podem ser feitas sem o consentimento do autor, visando dessa forma equilibrar pro-

<sup>1</sup> A expressão ‘propriedade’ ocorre aplicada a bens materiais (cf. Artigo 10) ou quando designa a propriedade industrial (Artigo 2). A expressão ‘propriedade intelectual’ apenas surge no Artigo 217 da revisão de 2006.

tecção e acesso livre. Como exemplos, a alínea a) estabelece a licitude da reprodução (cópia), desde que para fins privados, licitude de cópia que também existe sempre que realizada por uma biblioteca pública (alínea e), tal como são legítimas as citações e resumos de obras alheias (alínea g), exemplos estes extraídos de um total de 17 alíneas que estabelecem usos que podem ser feitos sem o consentimento do autor. Finalmente, estipula-se a protecção de 70 anos após a morte do autor. O ponto geral e importante a sublinhar é que a expressão utilizada inúmeras vezes pelos autores do Código é ‘protecção’. Pelo contrário, a expressão ‘propriedade’ nunca ocorre<sup>1</sup>. O Código não visa proteger uma propriedade dos criadores, mas assegurar um equilíbrio entre autores e público. Ele funda-se na busca de um equilíbrio entre não-rivalidade e não-exclusividade por um lado, e incentivo à criação, por outro.

## DO BILATERALISMO ÀS PATENTES

As legislações nacionais sobre a protecção intelectual foram o resultado das inúmeras controvérsias entre os defensores da ideia de que a protecção intelectual é um direito natural e aqueles para quem se trata de um simples direito positivo. É com base nessas controvérsias, e tendo como pano de fundo a fundamentação utilitarista que acabou por moldar as leis de *copyright* e de patentes dos países ocidentais, que deve ser analisado o processo histórico de harmonização internacional e posterior globalização das leis de protecção intelectual. Como vamos ver, o início dessa harmonização foi largamente condicionado pela natureza das legislações nacionais existentes.

No período de vigência das primeiras leis de protecção intelectual, durante o século XVIII, a prática generalizada era a cópia mais ou menos livre num país das obras de autores estrangeiros. Por exemplo, na Alemanha do século XVIII copiavam-se livremente as obras de franceses e ingleses, prática que já antes era corrente na Holanda e na Bélgica. Os impressores que assim procediam eram mesmo tidos em alta estima social, evidentemente por provocarem uma baixa substancial do preço dos livros (Hesse, 2002). O primeiro passo no sentido da protecção da obra de um autor num outro país assumiu a forma de acordos bilaterais que estipulavam cláusulas de reciprocidade. Por exemplo, em 1828, a Dinamarca aprovou legislação que estendia a obras estrangeiras a protecção acordada às obras nacionais, desde que existisse reciprocidade (You, 2004). Existiram outros acordos mais especificamente bilaterais como entre a Áustria e a Sardenha, ou entre a França e a Grã-Bretanha, ou ainda entre Portugal e França em 1851 (cf. Santos, 1986). Um ano depois, a França aprovou uma lei que unilateralmente conferia protecção a todas as obras, qualquer que fosse o seu país de origem. Esta inovação terá tido como ideia orientadora que outros países passariam a ter ‘vergonha’ da ‘pirataria’ que neles tinha lugar, e reciprocamente protegeriam as obras francesas (You, 2003). A reciprocidade não ocorreu de imediato, mas a lei francesa terá acelerado o movimento para a criação de acordos multilaterais (Ringer, 1968: 1052).

No mesmo período, existiu uma outra área da protecção intelectual, a área das patentes, em que a questão da protecção mútua entre países também se começava a colocar. Tal como no *copyright* e direito de autor, a protecção de patentes começou por revestir a forma de acordos bilaterais (Janis, 2002). Mas, no caso das patentes, o debate assumiu uma configuração distinta na medida em que, por volta de 1850-1870, existiu um movimento que defendeu a abolição da protecção conferida por uma patente. O argumento era que existindo um sistema de patentes nuns países e não existindo noutros (na

Holanda, por exemplo), o melhor seria abolir por completo as patentes (cf. Jaffe e Lerner, 2004). Além disso, os abolicionistas argumentavam que a existência de patentes representava um obstáculo ao comércio livre (May e Sell, 2006: 117). Visto uma patente atribuir um monopólio (um uso exclusivo do produto patenteado durante 20 anos), esse tipo de protecção vai contra a ideia de livre concorrência. O abolicionismo implica um outro tipo de *reciprocidade*; não implica a reciprocidade de um acordo bilateral segundo o qual o nível de protecção entre países é recíproco, mas sim uma reciprocidade que conduz a uma outra situação alternativa de equilíbrio caracterizada precisamente pela ausência de qualquer protecção. Nesta configuração de um equilíbrio, a solução para o problema da 'pirataria' consistiria em despir de qualquer significado legal o próprio conceito de pirataria. Este foi «o último momento em que os defensores do comércio livre desenvolveram um esforço concertado para argumentar que os direitos de propriedade intelectual eram ilegítimos e eram inconsistentes como comércio livre. Como se verá mais adiante, no século seguinte o conflito entre comércio internacional aberto e propriedade intelectual desapareceu do discurso dominante» (May, 2007: 16). Ver-se-á ainda que o próprio conceito de propriedade intelectual não só se tornará dominante como será acompanhado de um movimento apontando no sentido de uma protecção cada vez maior.

Para além da abolição, existiu uma outra solução para o problema da diversidade de protecções existentes durante o século XIX. Essa solução passaria pela harmonização internacional das leis de patentes. Um mesmo autor, Robert Macfie, defendeu mesmo as duas posições. Ele era, por um lado, um abolicionista, posição que fundamentava com o facto de as patentes serem um obstáculo ao comércio livre (Janis, 2002). Contudo, dado existirem realmente diversos sistemas de patentes, conferindo vantagens a uns países e desvantagens a outros, o melhor seria, por outro lado, avançar para a harmonização:

«Como é inconveniente e prejudicial para os inventores e para o público a diversidade das leis actualmente existentes! Como seria útil se uma patente registada num país fosse reconhecida em todos os outros; e como seria útil quer para inventores quer para produtores se uma especificação publicada num país fosse oficialmente tornada conhecida em todos» (In Janis, 2002).

Tal como sucedeu com outros autores, para Macfie «a ideia de um acordo internacional era a única coisa que tornava a ideia de protecção doméstica tolerável» (May, 2007: 16); a atribuição de um monopólio não era, em si mesma, e como princípio, justificável, mas antes era um mal menor imposto pela diversidade de princípios existente nas legislações nacionais. Essa diversidade representava uma situação instável, que poderia evoluir quer para um equilíbrio estável através da recíproca ausência de protecção intelectual – solução que se constatava ser inviável –, quer evoluir através da harmonização das legislações nacionais, restando ver, neste segundo caso, até que ponto essa harmonização implicaria cláusulas estritas de reciprocidade.

As controvérsias acerca do direito internacional das patentes acabaram por desembocar no Congresso Internacional da Propriedade Industrial realizado em Paris em 1878, o qual enunciou explicitamente ser seu propósito «a preparação de leis absolutamente uniformes em todos os países» (In Ladas, 1975: 61). Interessante foi a fundamentação da protecção intelectual dos inventos assumida no Congresso:

«o direito de um inventor é um direito de propriedade que a lei civil não cria mas apenas regula.» (In Ladas, 1975: 62).

Essa linguagem mostra como a ideia de ‘propriedade intelectual’ estava então a ganhar terreno, pois refere-se a uma ‘propriedade’ que é um direito natural, que não é criado positivamente e artificialmente pela lei mas que esta se limita a sancionar e regular. Esse tipo de fundamentação da protecção intelectual não é, como acima se viu, o guia orientador da maior parte das legislações nacionais. É significativo ter sido na arena dos acordos internacionais que a linguagem da ‘propriedade’ mais cedo ganhou força, o que aponta para um ponto fundamental destacado nesta comunicação: a existência, se não de uma contradição, pela menos de uma incongruência entre as legislações nacionais e os acordos internacionais.

O Congresso de Paris deu origem à Convenção de Paris de 1883 que, cobrindo a área das patentes e das marcas registadas, representou o primeiro grande acordo multilateral sobre a propriedade industrial. A Convenção não assumiu um princípio estrito de reciprocidade, ao deixar aberta a possibilidade dos países adoptarem diferentes sistemas de patentes, como sucedia com a Holanda e Suíça, os quais integraram o grupo de membros signatários do acordo apesar de não possuírem uma lei de patentes. A Convenção adoptou assim o princípio não discriminatório de tratamento nacional, o qual consiste em conferir aos cidadãos estrangeiros os direitos que um sistema de protecção de um país confere aos seus cidadãos nacionais (You, 2004: 18).

## A CONVENÇÃO DE BERNA E O PRINCÍPIO DE SOBERANIA NACIONAL

Podemos voltar agora à evolução da harmonização internacional na área do *copyright* e do direito de autor. A década de 50 do século XIX marcou mais um momento do intenso combate entre aqueles que vêem na protecção intelectual das obras um direito natural e as que nela vêem um direito positivo destinado a promover a criação e disseminação da informação (cf. Sagot-Duvauraux, 2002, Machuco Rosa, 2009). Um autor próximo das posições naturalistas, Vitor Hugo, desempenhou um papel decisivo na internacionalização daquilo que na altura se começava a designar por «propriedade literária e artística». O escritor francês presidiu ao Congresso da Propriedade Literária e Artística, iniciado em 1858, e que visava conferir aos autores a mais «ampla protecção possível» (Ladas, 1975: 72). Esse movimento de escritores e artistas conduziu ao Congresso de Berna de 1883, que, por sua vez, deu origem à «Convenção de Berna relativa à protecção das obras literárias e artísticas», ratificada em 1887 por dez países. O Congresso usava a linguagem da ‘propriedade’, mas a linguagem do texto da Convenção é ainda a da ‘protecção’.

A Convenção de Berna foi o primeiro grande acordo internacional multilateral na área do direito de autor e ainda hoje forma a base da legislação internacional nessa matéria<sup>2</sup>. O seu Artigo 2.6 estipula que as obras «gozam de protecção em todos os países da União [de Berna]», e o princípio orientador da Convenção é, tal como sucede no caso da Convenção de Paris, o princípio de não discriminação contra os autores estrangeiros, isto é, um país deve conceder aos autores dos outros países da União dos mesmos direitos de pro-

<sup>2</sup> A Convenção de Berna foi sendo sucessivamente revista até à versão final de 1979. O texto da Convenção pode ser consultado em [http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/trtdocs\\_wo001.html](http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/trtdocs_wo001.html).

tecção que concede aos seus cidadãos (Artigo 5). Não ficou assim aceite o princípio mais forte de reciprocidade, o qual implica que um país tem de dar a mesma protecção que um outro país confere. Ao invés, o princípio do tratamento nacional não discriminatório em relação a estrangeiros estipula que um país apenas tem de dar a mesma protecção aos estrangeiros que ele dá aos nacionais, sem que esse país seja obrigado a dar aos nacionais de um outro país a protecção (mais ampla) que esse segundo país eventualmente atribua aos seus nacionais.

Contudo, a Convenção de Berna já aponta no sentido do aumento da protecção; na verdade, ela tem precisamente como objectivo determinar a *protecção* intelectual a nível internacional, e isso não apenas para responder ao problema da 'pirataria'. Mais especificamente, a Convenção estabelece *prazos mínimos de protecção*, como a protecção das obras durante a vida do autor mais 50 anos após a sua morte (Artigo 7). Se não existe reciprocidade, existem contudo protecções mínimas que todos os signatários têm que cumprir. E se ficam obrigatoriamente estipulados mínimos, é deixada em aberto a possibilidade de proteger para lá desses mínimos: um país tem de respeitar os mínimos, mas pode elevar esses mínimos na sua legislação nacional. A Convenção deixa em aberto a possibilidade de os mínimos serem aumentados e estipula a forma como esse assunto deve ser tratado a nível internacional:

«Os governos dos países da União reservam-se o direito de celebrarem entre si acordos particulares, desde que esses acordos confirmem aos autores direitos mais amplos que aqueles que são concedidos pela Convenção ou contenham outras estipulações não contrárias à presente Convenção» (Artigo 20).

Os limites mínimos (em particular o período de 50 anos *post mortem*) determinados pela Convenção foram em larga medida extrapolados a partir dos limites que na altura já existiam nas legislações nacionais dos países signatários (como sucedia, por exemplo, no caso francês). Essa consistência com as legislações nacionais garantia que um acordo internacional como a Convenção de Berna se acordasse com o então dominante princípio da soberania nacional (Okediji, 2005: 5), conforme se verá já de seguida. Ao mesmo tempo, a Convenção deixava também em aberto a possibilidade de existirem acordos bilaterais entre países «desde que esses acordos confirmem direitos mais amplos», ou seja, a única possibilidade deixada em aberto era a do aumento da protecção.

De acordo com a filosofia geral de que uma lei de protecção intelectual deve procurar equilibrar interesses e incentivos aos autores com algum livre acesso público, a Convenção de Berna também enuncia formas de produção intelectual que deverão ser excluídas total ou parcialmente de qualquer protecção, assim como quais são os acessos lícitos. O Artigo 2.-bis trata das exclusões (discurso políticos, debates judiciais) e o Artigo 10 enuncia diversos usos lícitos (citações de jornais, compilações). Significativamente, os mesmos Artigos 2 e 10 reservam para as legislações nacionais a faculdade de regulamentar mais especificamente as exclusões e os usos legítimos. Isto mostra que, por um lado, a Convenção de Berna é efectivamente tributária da primazia do princípio da soberania nacional. Mas, por outro lado, o articulado global aponta no reforço da protecção, pois enquanto as normas protectoras são, nos mínimos que estipulam, *obrigatórias* para os países membros, já as exclusões e usos lícitos são *facultativas*. Os direitos são mandatários enquanto as excepções e limitações são permissivas, não existindo qualquer obrigação de os países as implementarem nas suas legislações nacionais (Okediji, 2005: 30). A

Convenção trata dos direitos conferidos aos autores e é quase omissa acerca dos direitos do público. Esta assimetria, que em Berna ainda era largamente decorrente do princípio de soberania, não deixará de se acentuar nos acordos internacionais mais recentes. Estes incidirão sempre, e cada vez mais, sobre a *protecção*.

### 3. A TENDÊNCIA PARA O AUMENTO DA PROTECÇÃO

Os acordos internacionais de propriedade intelectual focaram-se sobretudo na criação de condições para e existência e aumento da protecção intelectual. Como se referiu, as Convenções de Paris e Berna reflectiam em larga medida as protecções nacionais existentes à época. Mas mesmo ao nível das legislações nacionais a evolução histórica tem sido sempre no sentido do aumento dos prazos e da profundidade da protecção intelectual. Como também já se aludiu, a própria expressão «propriedade intelectual» é recente (terá aparecido em 1845), e apenas ainda mais recentemente começou a ser utilizada com frequência. Isso aponta para uma dinâmica histórica que tem consistido na aplicação da lei a um tipo cada vez maior de obras e na sucessiva extensão dos prazos de protecção. No que respeita ao âmbito de aplicação da protecção intelectual, no início<sup>3</sup> o *copyright* apenas se aplicava ao direito de reproduzir mecanicamente livros na íntegra. A reprodução de excertos, as traduções, a criação de outros tipos de obras a partir de livros originais, etc., não gozavam de qualquer tipo de protecção, o que apenas veio a ocorrer por finais do século XIX. O âmbito da protecção também se alargou sucessivamente a diversos outros tipos de criação. Por exemplo, ilustrando uma tendência comum a todos os países ocidentais, o Código português de 1927 entende por «trabalho literário ou artístico» os livros, as óperas ou peças de teatro dele derivados, as sinfonias, o desenho, a pintura, escultura, arquitectura, mapas, etc. A profundidade da protecção foi sendo sempre cada vez maior, e o Código de 1985 protege ainda obras cinematográficas, televisivas, fonográfica, videográfica e radiofónicas, tal como um decreto-lei posterior protegeu os programas de computador. Mais recentemente, uma Directiva Europeia de 1996 estabeleceu uma protecção *sui generis* ao estender o direito de autor às bases de dados.

No que respeita à duração da protecção, em Inglaterra o *Statute of Anne* fixou-a em 14 anos. Nesse país, a lei de 1842 fixou-a no período de vida do autor mais 7 anos ou então um total de 42 anos. Mais tarde, esse prazo passou para 50 anos após a morte do autor. Em França e em Portugal, movimento similar com a passagem do prazo de vida do autor mais 5 anos (em França, em 1793) para 30 anos. Inicialmente, em Portugal, em 1851, foi fixado em 50 anos *post mortem*. Em ambos os países, mais recentemente, o prazo foi alargado para 70 anos. Nos Estados Unidos começou-se com 14 anos, passou-se para 28 (prolongáveis por mais 14) em 1831, para 28 renováveis por mais 28 em 1909 e para 50 após 1976. Finalmente, culminando sucessivos alargamentos, o Congresso aprovou em 1998 o *Sony Bono Copyright Term Extension Act* que também estabelece um prazo de 70 anos (cf. Machuco Rosa, 2009, para mais detalhes)

Para melhor se compreender a intersecção da protecção nacional com a origem dos mais recentes acordos internacionais de propriedade é útil descrever rapidamente a posição dos Estados Unidos ao longo do último século e meio. Durante o século XIX, o principal país 'pirata' era provavelmente os Estados Unidos, na altura importador líquido

<sup>3</sup> A primeira lei do *copyright* foi o *Statute of Anne*, promulgado em Inglaterra em 1710.

de informação. Os leitores americanos compravam os livros dos autores ingleses por uma verba substancialmente inferior ao seu custo em Inglaterra, donde os editores dos Estados Unidos se terem oposto ferozmente aos esforços do governo britânico destinados a proteger os autores ingleses no outro lado do Atlântico. A situação vai alterar-se com o aproximar do fim do século, quando as obras dos autores americanos começaram a cair no domínio público, momento em que editores e autores acabaram por se unir em torno de uma proposta sobre um tratado internacional de reconhecimento recíproco de direitos de *copyright* com a Inglaterra, o qual viria a ser efectivamente assinado em 1891 (cf. Vaidhyanathan, 2003, You, 2003, para os detalhes).

Esse tratado surgiu num momento em que os Estados Unidos iniciavam a sua transformação de país importador em país exportador de propriedade intelectual. Essa posição de país exportador não cessou de se reforçar durante todo o século, acompanhada da importância cada vez maior dos produtos assentes em informação na totalidade da economia norte-americana, e igualmente acompanhada da posição cada vez mais activa dos Estados Unidos enquanto defensor dos direitos de propriedade intelectual. Como resumiu Peter Yu:

«Hoje, os Estados Unidos já não é o visível pirata que era nos séculos dezoito e dezanove. Pelo contrário, tornou-se o campeão da propriedade literária e artística e um dos principais poderes advogando uma forte protecção da propriedade intelectual em todo o mundo. Não foi apenas responsável por colocar a propriedade intelectual na agenda do comércio internacional, mas também aplica uma pressão contínua para induzir os países estrangeiros, em especial os países menos desenvolvidos, a reformar os seus regimes de propriedade intelectual. No espaço de cem anos, os Estados Unidos passaram da posição do mais visível pirata para a do polícia mais intimidador» (You, 2003).

Esses factos são fundamentais para serem compreendidos os motivos que levaram à implementação do primeiro acordo de propriedade intelectual realmente global, o acordo TRIPS, sem dúvida o acordo internacional mais importante após a Convenção de Berna.

## O PROCESSO QUE CONDUZIU A TRIPS

A transformação dos Estados Unidos de país importador em país exportador de informação fornece o contexto histórico amplo que conduziu ao tratado TRIPS (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*). O processo que levou à aprovação em 1994 desse acordo foi lento e complexo (Drahos e Braithwaite, 2002; Sell, 2003; Deere, 2009 para todos os detalhes) O seu impulso teve origem em duas associações agrupando grandes empresas norte-americanas, desde editores a empresas farmacêuticas e químicas, passando por empresas de informática, de cinema e de música, a que acabaram por se juntar empresas do Europa e do Japão. Em 1984 formou-se a International Intellectual Property Alliance (IIPA) para representar as empresas dos Estados Unidos interessadas em propriedade intelectual, nomeadamente na área do cinema e da edição. O seu objectivo explícito era pressionar o Congresso e o Governo no sentido de ser reconhecida a importância que para os Estados Unidos representa o comércio de bens protegidos bem como

pressionar o combate à 'pirataria' a nível mundial (Sell, 2003: 84–5). De seguida, a IIPA e outras associações comerciais norte-americanas juntaram-se a associações empresariais europeias e japonesas em 1988, dando origem ao Intellectual Property Committee (IPC) (cf. Deere: 46 e sq). Foi esta organização que teve a ideia de ligar o tema da propriedade intelectual às negociações do Uruguay Round, o qual visava liberalizar o comércio mundial de mercadorias físicas. Essas negociações finalizaram em 1994 com o acordo de Punta del Este que deu origem à World Trade Organization, o mesmo ano em que também se finalizou o acordo TRIPS. O IPC foi mesmo o responsável pela redação do projecto de acordo que os governos ocidentais levaram para a mesa de negociações (Deere: 53). Ao contrário do que até então usualmente sucedia com os acordos internacionais de protecção intelectual, a negociação não se realizou sob os auspícios do WIPO (World Intellectual Property Organization), mas sim do GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), o antecessor da World Trade Organization.

É importante sublinhar quão bizarra foi a ideia de juntar liberalização do comércio dos bens físicos e protecção internacional da informação, pois, no primeiro caso, visa-se liberalizar a circulação mundial de bens, enquanto o segundo tem como efeito restringir a circulação da informação, criando monopólios a nível mundial. Na área da propriedade intelectual, os interesses dos países exportadores e dos países importadores divergem completamente. Um país exportador tem interesse em que existam, a nível internacional, leis tão amplamente protectoras quanto possível, enquanto o interesse de um país importador é antes o da protecção mais baixa possível (cf. Stiglitz, 2008). Compreende-se que as grandes empresas internacionais, recebendo para isso o apoio dos seus governos, estejam interessadas numa forte protecção. Atendendo ao facto de informação ser não-rival e não-exclusiva, uma empresa pode ter ganhos enormes quando, devido à existência de um acordo internacional fortemente protector, ela consegue obter a nível mundial o monopólio que as leis nacionais já lhe conferiram no seu mercado doméstico. Um abrangente acordo internacional permite a privatização mundial dos mercados que assim ficam protegidos. Os lucros decorrentes desse acordo são à partida enormes pois, visto o custo marginal de cada adicional unidade de informação (cada nova cópia) tender para zero, as empresas poderão cobrar um preço monopolista por cada unidade adicional que praticamente nada lhes custa a produzir (cf. Arthur, 1994, Varian e Shapiro, 2008, para esta dinâmica). Por exemplo, um filme produzido nos Estados Unidos, e cujos custos iniciais de produção já foram recuperados no mercado doméstico, passa ser distribuído, a custo marginal por cópia perto de zero, a um preço de monopólio nos mercados que ficam sujeitos às provisões de protecção constantes do acordo internacional.

Portanto, compreensivelmente, o impulso inicial que conduziu a TRIPS foi dado por um conjunto de empresas multinacionais que queria ver a sua propriedade intelectual protegida a nível global, com os lucros daí decorrentes. Essas empresas conseguiram que o governo dos Estados Unidos alinhasse com os seus interesses, tanto mais que o país estava na altura a braços com um défice comercial e temia a concorrência das empresas tecnológicas japonesas e sul-coreanas. Oportunamente, a IIPA publicou em 1885 um documento no qual se estimava em 1.3 bilhões de dólares as perdas dos Estados Unidos devido à 'pirataria' existente em dez países estrangeiros, a que se seguiu o início da pressão para que alguns desses países reformassem as suas leis de *copyright* e de patentes (Correa, 2010: 7).

Começou assim a esboçar-se uma notável convergência de interesses. Um governo como os dos Estados Unidos estava preocupado com o seu défice comercial e a indústria dos bens intangíveis assentes em informação oferecia uma forma de diminuir o desequi-

lívrio nas contas externas. Interesse nacional e interesse privados estavam em acordo nos fins e nos meios para os atingir. Altos responsáveis de empresas norte-americanas passaram a argumentar que, na arena do comércio internacional, a propriedade intelectual, historicamente associada ao protecionismo, não era realmente protecionismo.

«A propriedade intelectual é o único tipo de protecionismo actualmente defendido por Washington porque não é na realidade protecionismo. Ao invés, está no coração de um sistema de comércio aberto, e as empresas que apoiam o reforço do sistema de comércio e se opõem ao protecionismo são as mesmas que devem apoiar uma melhor protecção da propriedade intelectual» (Harvey Bale. In Sell, 2003: 52).

É neste ponto que radica o fundamento da ligação entre comércio livre e propriedade intelectual, o qual, dado estender o protecionismo ao nível global, não parece à partida fazer grande sentido. Contudo, essa ligação já faz todo o sentido quando vista no *contexto da competição internacional entre os Estados*, contexto em que um Estado exportador de propriedade intelectual tem todo o interesse na mais ampla protecção internacional, pois assim ganhará aos outros países em termos de inovação, quota de mercado e retornos financeiros. Em conclusão, foi o *princípio do nacionalismo* que esteve na origem do acordo TRIPS; foi o nacionalismo, exprimindo-se na sua dimensão económica, que conduziu a um acordo global. Um governante norte-americano, Gerald J. Mossinghoff, da Secretaria do Comércio dos Estados Unidos, era, em 1984, explícito acerca desse ponto:

«Existe um amplo acordo bipartidário de que a protecção da propriedade intelectual em todo o mundo é o factor criticamente importante para expandir o comércio em produtos de alta tecnologia. A Administração está comprometida com o reforço dessa protecção como um componente integral do nosso apoio ao comércio e indústria norte-americana» (Gerald J. Mossinghoff. In Sell, 2003: 82).

Resulta do princípio do nacionalismo económico competitivo que os acordos internacionais de propriedade intelectual não têm como primeiro objectivo encontrar o tradicional equilíbrio entre a protecção e o acesso, que é o fundamento das legislações nacionais. Os acordos internacionais de propriedade intelectual são muitas vezes, como sucedeu com TRIPS, parte de um pacote de acordos comerciais globais, nos quais os países estão mais interessados em proteger as suas indústrias exportadoras do que em encontrar um equilíbrio na área da protecção legal da informação (cf. Correa, 2002). Subjacente a TRIPS esteve a ideia de competição entre Estados, e em particular a ideia dos Estados detentores de um maior portfolio de propriedade intelectual virem a ser vencedores na competição global, isto apesar de, como veremos, o acordo ainda pretender reter alguma coisa da linguagem utilitarista. Não surpreende pois que TRIPS acentue sobretudo os dispositivos de protecção, sendo bem menos preciso no que respeita às exclusões e usos lícitos. Se o acordo tivesse realmente uma fundamentação utilitarista, seguramente que o acesso à informação por partes dos países em desenvolvimento deveria ser bastante mais livre.

Compreende-se portanto que as empresas e países ocidentais tenham pressionado no sentido da consumação do acordo TRIPS. Menos claras foram as razões que levaram os países em vias de desenvolvimento ou subdesenvolvidos a assinar um acordo que se

revelaria contrário aos seus interesses. Em muitos desses países praticamente não existia a tradição de proteger legalmente a informação, o que também significava não disporem dos recursos humanos e materiais que lhes permitissem ter uma participação activa nas negociações multilaterais (muitos países nem estiveram presentes nas reuniões cruciais) (You, 2010: 167). Desses dois motivos decorria terem os países mais pobres um conhecimento praticamente nulo das consequências do tratado que estavam em vias de subscrever (por exemplo, as consequências para a saúde dos habitantes dos países africanos). Além disso, os países mais desenvolvidos, sobretudo os Estados Unidos, souberam usar estrategicamente concessões noutras áreas do comércio a troco de ganhos na da propriedade intelectual. A ameaça em voltar a um regime bilateral no qual os Estados Unidos impunham sanções retaliatórias a quem não adoptasse leis de propriedade intelectual foi também um motivo importante. Finalmente, talvez que alguns países tenham sido levados a crer num argumento por vezes enunciado e segundo o qual seria devido às suas leis fortemente protectoras da circulação da informação que os países ocidentais deviam parte do seu desenvolvimento; logo, todos os que as adoptassem atingiriam idêntico estágio de riqueza, apesar da evidência empírica existente em sentido contrário (cf. Maskus, 2002)<sup>4</sup>. Apenas o Brasil, para quem a «excessiva protecção intelectual impede o acesso aos últimos desenvolvimentos tecnológicos» (In Clift, 2010: 12), e a Índia, para quem «as restritivas e anti-competitivas práticas dos detentores de propriedade intelectual só podem ser relacionadas com o comércio na medida em que impedem o comércio internacional (In Clift, 2010: 15), resistiram inicialmente. Mas também esses dois países, sob a ameaça de retaliações noutras áreas do comércio, acabaram por assinar e o resultado final foi TRIPS.

## O ACORDO TRIPS E O ABANDONO DO PRINCÍPIO DE SOBERANIA

Vejamos agora alguns pontos do próprio texto do acordo<sup>5</sup>. Tal como a Convenção de Berna, TRIPS estipula o princípio não discriminatório de tratamento nacional (Artigo 3). O artigo seguinte, o Artigo 4 «tratamento de nação mais favorecida», representou uma grande inovação na área da propriedade intelectual:

«Com relação à protecção da propriedade intelectual, toda vantagem, favorcimento, privilégio ou imunidade que um Membro conceda aos nacionais de qualquer outro país será outorgada imediata e incondicionalmente aos nacionais de todos os demais Membros» (Artigo 4).

Esta disposição estava ausente dos anteriores tratados sobre propriedade intelectual. O Artigo 20 de Berna apenas diz que os países podem estabelecer acordos bilaterais com protecção mais ampla que os termos estipulados pelo tratado da Convenção. Vimos que esse artigo, na medida em que colocava mínimos a serem respeitados, envolvia um mecanismo que podia levar ao aumento da protecção (cf. Okediji, 2005: 187). Esse mecanismo ainda é mais induzido pelo Artigo 4 de TRIPS. O artigo explicita a ligação entre propriedade intelectual e comércio livre, pois o princípio de «tratamento de nação mais favore-

<sup>4</sup> Reenvia-se de novo para Drahos e Braithwaite, 2002, e a You, 2010, para a análise dos motivos que levaram os países mais pobres a assinar o acordo.

cida» é um princípio básico do acordo GAAT, no qual figura como Artigo 1. A sua transposição para um acordo multilateral sobre propriedade intelectual revela bem a filosofia subjacente a TRIPS – a ideia de que o aumento de protecção é *algo benéfico* –, donde o Artigo 4 estipular ser injusto dar mais protecção a um país e não a dar a terceiros. Mais especificamente, se os países A e B estabelecem um acordo de protecção que vai além dos mínimos estipulados por TRIPS, eles têm de acordar essa protecção aos nacionais de todos os outros países signatários do acordo, o que leva necessariamente à harmonização da protecção pela fasquia mais alta. O Artigo 4 mostra que TRIPS é um acordo global cuja filosofia reside em constranger as legislações nacionais sempre no sentido do aumento da protecção. É uma alteração significativa em relação à Convenção de Berna, a qual, como se viu, ainda encontrava o seu fundamento nas soberanias nacionais, tal como deixava uma grande discricionariedade aos países na sua implementação. Se, na Convenção de Berna, as legislações nacionais pressionaram no sentido de uma protecção mais alta, com TRIPS passa a ser também a legislação internacional que induz o aumento da protecção nas próprias legislações nacionais. O efeito conjugado da pressão nacional e da pressão internacional conduziu à amplitude e profundidade da actualmente existente protecção da propriedade intelectual.

Esse efeito observa-se nos mínimos e na profundidade da protecção estipulada por TRIPS e acordos internacionais subsequentes. Refere-se, em primeiro lugar, o caso do *copyright*. O Artigo 9 estipula que TRIPS incorpora o articulado da Convenção de Berna, como, por exemplo, a protecção mínima de 50 anos *post mortem* (Artigo 12). O Artigo 10 estende o *copyright* aos programas de computador, um tipo de protecção ausente em Berna. O sistema de *copyright* global foi definitivamente aprovado num acordo posterior (1996) a TRIPS, o tratado WIPO, o qual passou a proibir as medidas de neutralização tecnológica, isto é, os actos que desprotegem as obras dos sistemas de *Digital Rights Management* (Artigos 11-12)<sup>6</sup>. Essa disposição foi depois transposta para os Estados Unidos no *Digital Millennium Copyright Act* de 1998 e para a legislação europeia em 2001 através «Directiva relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação». A partir da aprovação de TRIPS e WIPO, quando incapaz de fazer aprovar domesticamente medidas que aumentassem a protecção intelectual, o governo dos Estados Unidos usou os acordos internacionais para fazer aprovar no Congresso o aumento de protecção, tornando os acordos globais fonte de legislação nacional (cf. You, 2004: 57). Conclui-se novamente que, enquanto anteriormente eram as leis nacionais que serviam de guião para a harmonização internacional, agora são as leis internacionais que determinam as legislações nacionais (Okediji, 2005), num movimento que impele sempre no sentido da maior protecção.

Refere-se brevemente, e em segundo lugar, o caso das patentes. TRIPS prevê a existência de patentes, com a duração mínima de 20 anos, quer nos produtos quer nos processos (Artigo 28), e «em todos os campos da tecnologia, desde que inovadores e capazes de aplicação industrial» (Artigo 27). TRIPS permite que as patentes abranjam todos os campos do conhecimento, desde os circuitos integrados até novas espécies de plantas, abrindo ainda a possibilidade de patentear *software* e métodos de negócio. Esses parâmetros estão muito para lá dos níveis de protecção que a maior parte dos países do mundo tinham em 1994. Para muitos países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos,

<sup>5</sup> Cf. o texto do acordo em: [http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/27-trips.pdf](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf).

<sup>6</sup> Cf o texto do acordo em: [http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/trtdocs\\_woo33.html](http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/trtdocs_woo33.html).

esses parâmetros de protecção eram inteiramente desconhecidos até 1994 (cf. a análise exaustiva em Deer, 2009).

A filosofia de um acordo como TRIPS aponta indiscutivelmente no sentido do aumento da protecção da informação em detrimento do livre acesso. Igualmente indiscutível é o facto de o acordo beneficiar necessariamente os exportadores de propriedade intelectual em detrimento dos importadores. Na realidade, TRIPS é um acordo ambíguo, pois não deixa de enunciar princípios derivados da fundamentação utilitarista da propriedade intelectual, e que são pela primeira vez legalmente codificados a nível internacional (cf. Okediji, 2010). Assim, o Artigo 7 estatui que «a protecção e a aplicação de normas de protecção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social e económico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações». A linguagem é a da «propriedade intelectual», e apesar de não se afirmar que a protecção intelectual é apenas um meio para um fim (a criação intelectual e inovação tecnológica), refere-se, pelo menos, que ‘deve’ (*should*) contribuir para esse fim, tal como se aponta para um «equilíbrio entre direitos e obrigações». Nesse sentido, o Artigo 27 estabelece algumas excepções possíveis à outorga de patentes. Apesar da filosofia geral utilitarista enunciada no artigo 7, a verdade é que os limites e excepções à propriedade intelectual são eles próprios bastante limitados, atestando mais uma vez a ambiguidade do acordo: a protecção é detalhada enquanto a filosofia utilitarista é deixada para os princípios gerais. Por exemplo, no que diz respeito ao *copyright*, o Artigo 13, «limitações e excepções», apenas afirma que «os Membros restringirão as limitações ou excepções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais, que não conflituem com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificadamente os interesses legítimos do titular do direito.» O que constitui o enunciado da chamada regra dos três passos, regra que pode ser interpretada de modo tão restritivo que quase impossibilita os acessos livres (cf. Ginsburg, 2010). É significativo que o *único* conteúdo do Artigo 13 seja apenas o próprio enunciado da regra dos três passos. Em geral, os acordos internacionais, Berna, TRIPS e WIPO, estabelecem claramente direitos mandatórios, mas são bastante omissos no que respeita ao enunciado específico dos direitos de acesso que equilibrem os interesses de autores e inventores com o interesse público geral. Ao invés, as excepções e o livre acesso estão especificamente identificadas nas legislações nacionais, as quais são portanto bastante mais consistentes na implementação da filosofia utilitarista da propriedade intelectual.

A falta de equilíbrio entre protecção e livre acesso tornou-se clara imediatamente a seguir à aprovação de TRIPS, quando se constatou quão prejudicial o acordo era para os países menos desenvolvidos, sobretudo no acesso a preço razoável a medicamentos indispensáveis para combater epidemias mortais como HIV. Tal como sucede com a protecção do *copyright*, no caso da patentes o acordo TRIPS (Artigo 30) apenas prevê como excepção aos direitos protectores tudo aquilo que passe o teste da regra dos três passos. O § 2 do Artigo 27 deixava em aberto a possibilidade de os Membros considerarem «como não patenteáveis invenções cuja exploração em seu território seja necessário evitar para proteger a ordem pública ou a moralidade, inclusive para proteger a vida ou a saúde humana, animal ou vegetal ou para evitar sérios prejuízos ao meio ambiente». Com o avanço da epidemia HIV e o desenvolvimento de medicamentos vendidos a preços exorbitantes para as capacidades económicas dos países menos desenvolvidos, a questão da protecção da vida ou saúde humana tornou-se crucial. Tornaram-se um escândalo as práticas comerciais da indústria farmacêutica que podiam levar à morte de largos milha-

res de indivíduos. É no seguimento desse escândalo que se deu a até agora mais importante precisão legal ao conteúdo de TRIPS, contida na chamada Declaração de Doha de 2001.<sup>7</sup> Ela enuncia que, nomeadamente, o § 2 do Artigo 27 contém ‘flexibilidades’. Reafirmando-se que «o acordo TRIPS não impede nem deve impedir os Membros de tomar medidas destinadas a proteger a saúde pública», o ponto 5, (b), da Declaração concede o direitos aos Membros de emitir *licenças compulsórias*, cujo efeito é tornar pública e livremente acessível os produtos e métodos que sejam considerados como indispensáveis à defesa da saúde pública.

A Declaração de Doha representou um importante momento na busca de um maior equilíbrio na área das patentes entre interesses de empresas privadas e interesse público. Já na área do *copyright*, o preâmbulo de WIPO afirma «a necessidade de manter um equilíbrio entre os direitos dos autores e o mais amplo interesse público.» Apesar deste interesse ser dito «mais amplo», o facto é que o equilíbrio necessário entre acesso e direitos que não está firmemente integrado no sistema internacional de *copyright* (Okediji, 2006: 9). Deveriam existir *standards* claros sobre as limitações e excepções que cada país deveria adoptar ao seu contexto local, assim como o equilíbrio não deveria ser apenas entre produtores e consumidores, ou entre países desenvolvidos e países em vias de desenvolvimento, mas também entre o domínio protegido e o *domínio público* (Boyle, 2004). Tal como as legislações nacionais enunciam diversos usos legítimos, elas também prevêm que as obras e os inventos caíam, findo o período de protecção, no domínio público. É a noção de domínio público que também deveria ser articulada a nível internacional.

## CONCLUSÃO

Como se insistiu nesta comunicação, tem vindo a acentuar-se a tendência histórica orientada no sentido de uma ampliação dos mecanismos de protecção legal que excluem a informação do domínio público e do acesso livre. Durante os dois últimos séculos, a ideia de proteger cada vez mais intensamente a informação tornou-se crescentemente natural, tal como a expressão «propriedade intelectual» se tornou de tal modo comum que muitas vezes se esquece que o fundamento do *copyright* e das patentes reside no interesse público, e não num qualquer direito natural de propriedade. Tem-se assim assistido a um movimento que foi designado por James Boyle como um segundo movimento de emparcelamento das ideias, por analogia com processo similar que esteve na origem do moderno capitalismo, o emparcelamento da terra que se desenrolou em Inglaterra nos séculos XVI a XVIII, e que depois se estendeu a outros países. O segundo emparcelamento leva à exclusão do acesso livre por parte do público de fragmentos cada vez maiores de informação (Boyle, 2006).

As motivações do novo emparcelamento são extremamente prementes do ponto de vista dos retornos de capital por, como se viu, a informação ser um tipo de bem cuja privatização é particularmente atractiva do ponto de vista das mais-valias económicas: visto a informação ser não rival ao nível do consumo e o seu custo marginal tender para zero com o número de unidades produzidas, a sua posse legal em regime de monopólio permite lucros enormes ao transferir para o detentor do monopólio a quase totalidade da

<sup>7</sup> Cf o texto da Declaração em: [http://www.wto.org/english/thewto\\_e/minist\\_e/mino1\\_e/mindecl\\_e.html](http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mino1_e/mindecl_e.html).

eficácia estática da informação. Adicionalmente, a informação é um bem não rival que pode ser reciclado ao servir de *input* para novas obras, constituindo uma enorme vantagem estratégica de uma empresa quando ela pode distribuir indefinidamente em todos os mercados, a custos de produção próximos de zero, e através de diversos canais e formatos, uma mesma obra ou uma que dela seja derivada. Os ganhos económicos decorrentes da captura legal por parte de empresas da não-rivalidade e da não-exclusividade tornam-se máximos quando a privatização ocorre ao nível mundial por via dos dispositivos legais de harmonização internacional.

Foi essa lógica que conduziu ao acordo TRIPS. Este reflectiu uma ocasião em que os interesses nacionais e de grandes empresas multinacionais se revelaram alinhados. Num primeiro momento, associações empresariais tiveram a ideia de juntar comércio livre de bens físicos e propriedade intelectual e, num segundo, certos países compreenderam que a ideia empresarial de privatizar os mercados a nível mundial era perfeitamente consonante com os «interesses nacionais», com o princípio do nacionalismo enquanto principal motor das relações internacionais. Os países mais desenvolvidos, exportadores brutos de propriedade intelectual, lutaram pela mais ampla protecção possível, em detrimento dos países menos desenvolvidos, cujo interesse é o abaixamento da fasquia protectora. Resultou daí a ambiguidade de TRIPS: o conflito entre uma formulação do tratado que incorpore os tradicionais fundamentos da protecção da informação – o equilíbrio entre incentivos à criação e o necessário acesso público. Esse fundamento deveria também ser aplicado à relação entre países exportadores e países importadores, mas o facto é que a maior parte do conteúdo do acordo TRIPS consiste num reforço da protecção, e portanto privilegia desproporcionadamente os criadores em detrimento daqueles para quem são importantes as condições justas de acesso.

Daí a necessidade de os tratados internacionais de protecção intelectual deverem incorporar os princípios de acesso livre e usos legítimos que constam de muitas legislações nacionais. Daí a necessidade de ser internacionalmente reconhecida a importância do domínio público como fonte de nova criatividade e de acesso irrestrito. A defesa desses princípios torna-se cada vez mais necessária quando se constata que, após TRIPS, as duas tendências que sempre existiram na área da protecção legal da informação voltaram a manifestar-se. Por um lado, a ênfase nos princípios de acesso, tal como foram substanciados pela Declaração de Doha. Por outro, o regresso ao bilateralismo com a sua ênfase na procura na defesa do interesse nacional e das vantagens competitivas. É a tentativa da superação dessas duas tendências antagónicas que deverá continuar a guiar os crescentemente activos debates que se têm vindo a processar na área da propriedade intelectual.

## REFERÊNCIAS

- Arthur, W. B. (1994). *Increasing returns and Path dependence in the Economy*. Ann Arbor: University of Michigan Press.
- Boyle, J. (2004). *A Manifesto on WIPO and the Future of Intellectual Property*. Disponível em: <http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/PDF/2004DLTR0009.pdf>.
- Boyle, J. (2006). O segundo movimento de emparcelamento e a construção do espaço público. In Anabela Afonso, António Machuco Rosa, Manuel J. Damásio (Eds). *A economia da propriedade intelectual e os novos media - entre a inovação e a protecção* (pp. 20-57). Lisboa: Guerra e Paz.
- Clift, C. (2010). Why IPR issues were brought to GATT – A historical perspective on the origins of

- TRIPS. In Carlos M. Correa (Ed). *Research Handbook on the Protection of Intellectual Property under WTO Rules* (p. 3-21). Cheltenham: Edward Elger.
- Correa, C. M. (2002). Unfair Competition Under the TRIPS Agreement: Protection of Data Submitted for the Registration of Pharmaceuticals. *Chicago Journal of International Law*. 3. 69.
- Deere, C. (2009). *The Implementation Game: The TRIPS Agreement and the Global Politics of Intellectual Property Reform in Developing Countries*. Oxford: Oxford University Press.
- Drahos, P. (1999). *The Universality of Intellectual Property Rights: Origins and Development*. WIPO Publications No. 762 (E). disponível em: [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo\\_unhchr\\_ip\\_pnl\\_98/wipo\\_unhchr\\_ip\\_pnl\\_98\\_1.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_unhchr_ip_pnl_98/wipo_unhchr_ip_pnl_98_1.pdf).
- Fisher, W. (2006). Teorias da Propriedade Intelectual. In Anabela Afonso, António Machuco Rosa, Manuel J. Damásio (Eds). *A economia da propriedade intelectual e os novos media – entre a inovação e a protecção* (p. 58-86). Lisboa: Guerra e Paz.
- Ginsburg, J. (2001). Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the «Three-Step Test» for Copyright Exceptions. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=253867](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=253867).
- Hesse, C. (2002). The rise of intellectual property, 700 b.c.– a.d.2000: an idea in the balance. *Dædalus*, Spring, 2002.
- Jaffe, A. , Lerner, J. (2004). *Innovation and its Discontents – How our Broken Patent System is Endangering Innovation and Progress, and What to Do About It*. Princeton: Princeton University Press.
- Janis, M. (2002). Patent Abolitionism. *Berkeley High Tech Law Review*. 17, 899.
- Ladas, S. (1975). *Patents, Trademarks, and Related Rights: National and International Protection*. Cambridge: Harvard University Press.
- Landes, W. M., Posner, R. A. (2003). *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cambridge: Harvard University Press,
- Lemley, M. (2005). Property, Intellectual Property, and Free Riding. *Texas Law Review*. 83, 1031.
- Lévêque, F., Menière, Y. (2003). *Économie de la propriété intellectuelle*. Paris: La Découverte.
- Machuco Rosa, A. (2009). *Os Direitos de Autor e os Novos Media*. Coimbra: Angelus Novus.
- Maskus, K. (2000). Intellectual Property Rights and Economic Development. *Case Western Reserve Journal of International Law*. 32, 471.
- May, C. (2007). *The World Intellectual Property Organization – Resurgence and the Development Agenda*. London: Routledge.
- May, C. , Sell, S. (2006). *Intellectual Property Rights – A Critical History*. Boulder: Lynne Rienner
- Okediji, R. (2005). Sustainable Access to Copyrighted Digital Information Works. In Keith Maskus, Jerome Reichman (Eds.). *International Public Goods and Transfer of Technology Under a Globalized Intellectual Property Regime* (p. 142-187). Cambridge: Cambridge University Press.
- Okediji, R. (2006). The International Copyright System: Limitations, Exceptions and Public Interest Considerations for Developing Countries. *UNCTAD-ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development*. Disponível em: [http://unctad.org/en/Docs/iteipc200610\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/iteipc200610_en.pdf).
- Okediji, R. (2010). Copyright in TRIPS and beyond: the WIPO Internet Treaties. In Carlos M. Correa (Ed). *Research Handbook on the Protection of Intellectual Property under WTO Rules* (p. 343-378). Cheltenham: Edward Elger.
- Ringer, B. (1968). The Role of the United States in International Copyright-Past, Present, and Future. *GtownLawJournal*. 56, 1050.
- Sagot-Duvaureau, D. (2002). *La propriété intellectuelle, c'est le vol – Les Majorats Littéraires*. Dijon: Les Presses du Réel.

- Sell, S. (2003). *Private Power, Public Law – The Globalization of Intellectual Property Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Shapiro, C., Varian, H. (1998). *Information Rules*. Cambridge: Harvard Business School Press,.
- Santos, M. (1985). As penas de viver da pena (aspectos do mercado nacional do livro no século XIX). *Análise Social*. XXI (86), p.187-227.
- Stiglitz, J. (2008). Economic Foundations of Intellectual Property Rights. *Duke Law Journal*. 57, p. 1693-1724
- Vaidhyathan, S. (2003). *Copyrights and Copywrongs – The Rise of Intellectual Property and How it Threatens Creativity*. New York: The New York University Press.
- You, P. (2003). The Copyright Divide. *Cardozo Law Review*. 25, 331.
- You, P. (2004). Currents and Crosscurrents in the International Intellectual Property Regime. *Loyola of Los Angeles Law Review*. 38, 323.
- Yu, P. (2010). The Objectives and Principles of the TRIPS Agreement. In Carlos M. Correa (Ed). *Research Handbook on the Protection of Intellectual Property under WTO Rules* (p. 146-191). Cheltenham: Edward Elger.