

DIREITO INTELECTUAL, EXCLUSIVO E LIBERDADE (*)

Pelo Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão

SUMÁRIO:

1. A ocupação dos espaços livres por direitos de exclusivo; 2. A perda da sensibilização pelo interesse público; 3. Direito intelectuais exclusivos na Constituição; 4. A patente como exclusivo comercial; 5. A propriedade da marca de prestígio ou de alto renome; 6. O cerceamento da liberdade; 7. A transformação do saber em mercadoria; 8. A propriedade da informação; 9. Função social e limitações dos direitos exclusivos; 10. A globalização. 11. CONCLUSÃO.

1. A ocupação dos espaços livres por direitos de exclusivo

A complexidade da sociedade técnica implica o recurso crescente a uma estruturação em categorias abstractas: os seres ideais sobrepõem-se cada vez mais aos seres reais. No domínio jurídico, isso explica também o empolamento da categoria dos direitos intelectuais.

O objecto ou ponto de referência destes são bens imateriais ou coisas incorpóreas — obras literárias ou artísticas, invenções, marcas e assim por diante.

A categoria está em plena expansão. Assim, os bens informáticos, de génese recente, logo foram acolhidos como objecto de direitos

(*) Conferência pronunciada em “Novos Rumos do Direito Constitucional na União Europeia e no Brasil”, seminário do Tribunal Federal Regional da 5.ª Região, Recife, a 12 de Junho de 2001.

intelectuais. Em muitas outras zonas se produziu este crescimento, como nos direitos dos artistas, dos produtores de fonogramas e de outras entidades — os chamados direitos conexos ao direito de autor.

Os direitos intelectuais são essencialmente direitos de exclusivo ou de monopólio ⁽¹⁾. Reservam aos titulares a exclusividade na exploração, ao abrigo da concorrência. São frequentemente qualificados como direitos de propriedade, particularmente nas modalidades de propriedade literária ou artística e propriedade industrial. Mas a qualificação nasceu no final do séc. XVIII e continua a existir com clara função ideológica, para cobrir a nudez crua do monopólio sob o manto venerável da propriedade.

A expansão do âmbito dos direitos intelectuais é acompanhada por um reforço constante dos poderes assegurados aos titulares. Um dos aspectos mais salientes está na incessante redução dos limites ⁽²⁾ dos direitos intelectuais. Isto é preocupante, porque através dos limites se dá entrada nestes domínios a objectivos de ordem geral, nomeadamente aos que traduzem interesses comuns. Quando não são abolidos, os limites são frequentemente transformados em direitos de remuneração: a utilização não está dependente de autorização, mas o beneficiário fica em contrapartida vinculado a remunerar o titular pela utilização que fizer. Assim acontece em larga medida por força da recente directriz da Comunidade Europeia sobre os direitos de autor e conexos na sociedade da informação ⁽³⁾. Em qualquer caso, o que era livre deixa de o ser: é mais um domínio que passa a ser apropriado.

Esta evolução tem-se processado no desconhecimento quase total do interesse público. Nos Estados Unidos da América, porque o lugar prioritário que ocupam nas indústrias de *copyright* explica que se procure uma protecção sempre acrescida para as suas exportações. Na Europa, porque a integração é económica, é um mercado comum: os mercadores querem sempre aumentar os seus proventos e a cultura ou o interesse público reduzem-se a uma espécie de fundo musical para os discursos oficiais.

⁽¹⁾ Acessoriamente, acrescem ao exclusivo — e também com ocorrência crescente — direitos de remuneração, como os atribuídos em consequência da reprografia e da cópia privada.

⁽²⁾ Também chamados restrições ou excepções. Seja o caso do direito de citação.

⁽³⁾ Directriz n.º 01/29/CE, de 22 de Maio.

Mas isto vai tendo consequências que, por serem paulatinas, não deixam de ser extremamente preocupantes. O espaço de liberdade é constantemente cerceado.

De facto, o cidadão comum defronta-se crescentemente com o arame farpado. Há cada dia mais zonas cuja entrada está proibida ou reservada. Com isso, o diálogo social perde fluidez. A nossa liberdade passa a ser uma liberdade condicionada: o que fazemos ou podemos depende cada vez menos da nossa espontaneidade e cada vez mais daqueles que se asseguraram posições de privilégio no espaço social.

A Internet veio potenciar estes perigos.

Por um lado, acena-se com uma *sociedade da informação*, em que um manancial de novas potencialidade é aberto para todos. Exalta-se o protagonismo do homem comum que, graças à interactividade possibilitada pelas auto-estradas da comunicação, se tornaria um dialogante universal, e não somente um receptor passivo de mensagens.

Mas por outro lado, verificamos que a Internet, que apareceria como um espaço de liberdade, está já apropriada. Cada vez mais é um espaço de constrição.

A Internet surgiu, curiosamente, como um sistema fechado de comunicações militares, nos Estados Unidos. Foi generalizada a instituições científicas, e apresentada como uma rede de diálogo e intercâmbio desinteressados. Foi depois universalizada como uma via de comunicação, que desvendaria os seus tesouros a todo o mundo e poria todos em contacto com todos.

Mas, com maior rapidez ainda, foi apropriada como um veículo comercial. Hoje, a grande massa das questões que traz estão ligadas ao comércio electrónico. Com isto, toda a visão que da Internet se fazia muda necessariamente de rosto.

A apropriação da informação foi-se fazendo através de numerosas escalões.

Em primeiro lugar, os bens informáticos básicos foram reduzidos a objecto de direitos exclusivos.

E mais ainda: foram protegidos mediante a outorga de um direito de autor. Ou seja: mediante a atribuição do direito intelectual exclusivo mais poderoso que a ordem jurídica oferece. Um direito que se estende a uns absurdos 70 anos após a morte do

autor, recaindo sobre realidades meramente técnicas que estão muito longe de atingirem, mesmo nas manifestações mais arqueológicas, sequer 70 anos de vida!

Estão nestas condições:

- as topografias dos produtos semicondutores
- os programas de computador
- as bases de dados ⁽⁴⁾.

Mas a apropriação jurídica da rede vai-se fazendo por muitas outras vias. O esquema geral consiste em considerar todas as utilizações em rede reservadas e cobertas já pelos tratados internacionais sobre direito de autor vigentes. A colocação da obra em rede seria objecto do direito de comunicação pública; o seu chamamento ao visor do utente implicaria o exercício do direito de reprodução, entendido em termos de abranger as meras transmissões tecnológicas; a produção de exemplares no terminal do utente estaria já coberta pelo direito de distribuição.

A apropriação vai sempre avançando mais. Pretende-se que o mero estabelecimento de um hipernexo (*hyperlink*) para sítio (*site*) alheio está sujeito à autorização do titular desse sítio. Paralelamente, regula-se cada vez mais o comércio electrónico.

No domínio da “propriedade industrial” assiste-se a uma evolução paralela.

Basta atentar em dois fenómenos que se processam no domínio das marcas e patentes.

A *marca* é um sinal distintivo de uma série de produtos ou serviços, perante os restantes. É dominada pelo princípio da especialidade: não dá a apropriação do sinal, mas apenas a reserva do uso nos produtos ou serviços a que se aplica.

Porém, em relação às marcas chamadas de prestígio ou de grande renome pretende-se hoje um monopólio absoluto, que reservaria de todo o uso da marca. O direito à marca torna-se então

(4) Há variações de caso para caso, nomeadamente em relação às topografias dos produtos semicondutores, que não lograram ter na Europa uma cobertura total em termos perfeitos de direito de autor. Noutros casos vai-se mais longe: a lei inglesa protege por *copyright* as obras produzidas por computador, que não têm evidentemente a marca pessoal que é a base do direito de autor.

um direito por si, independentemente da função distintiva: direito que permite lucros espantosos na sua comercialização e representa por vezes o mais importante activo de uma grande empresa.

A *patente* é um exclusivo de exploração industrial, outorgado em contrapartida de uma exploração efectiva da marca.

Mas pretende-se transformá-la hoje num exclusivo comercial: a patente estaria sendo explorada desde que fossem comercializados os produtos que resultam da sua aplicação — mesmo que por importação. Isto significa que o país que outorga a patente estaria, sem receber nenhuma contrapartida, a reservar um mercado a uma empresa estrangeira que não contribuiria para o seu desenvolvimento.

2. A perda da sensibilização pelo interesse público

Esta evolução deve levar-nos a reconsiderar o fundamento da outorga de exclusivos.

No início do séc. XIX, quando esta matéria tomou a sua feição actual, mantiveram-se os privilégios outorgados no antigo regime, aos autores nomeadamente, mas agora justificados por serem uma propriedade.

Não obstante, a consciência do *interesse público* associado à outorga do exclusivo era muito nítida. O exclusivo era atentatório da liberdade económica. Deveria por isso ser limitado e temporário. Só se prolongaria o lapso suficiente para permitir recompensar o contributo social trazido e estimular o aparecimento de novas criações ⁽⁵⁾.

Paradoxalmente, este sentido do interesse público perdeu-se quase totalmente no século XX, que se pretendeu a idade do social. Os exclusivos empolam-se e multiplicam-se, cada vez mais justificados por meros interesses privados. O espaço de liberdade sofre uma perigosa restrição.

De facto, os debates a que hoje se assiste são menos os que opõem o interesse público e os interesses privados e mais os que

(5) Esta justificação engloba o direito de autor e as patentes, mas não os sinais distintivos, como as marcas.

opõem entre si os vários interesses privados no seu apetite de protecção. São os que opõem os autores aos produtores de fonogramas ou aos radiodifusores, os que opõem os provedores de serviços na Internet aos titulares de direitos sobre os conteúdos, e assim por diante. E como a história ensina, os acordos entre os grandes fazem-se à custa dos pequenos. Os direitos exclusivos incharam cada vez mais, à custa do *interesse do público*, que viu agravada mais e mais a sua condição; e à custa do *interesse público*, que o neoliberalismo imperante só envergonhadamente permite referir.

A situação só conheceu um solavanco nestes últimos anos, com a formação de *correntes libertárias* no seio da Internet. Curiosamente, tudo se passa no âmbito norte-americano.

A Internet nascera como espaço de liberdade. A actividade científica, nomeadamente, afeiçoara-se a essa livre comunicação.

O trânsito brusco da Internet para uma espécie de gigantesco centro comercial, em que por natureza tudo é venal, se por um lado teve os seus defensores — e como não, quando as próprias empresas de informática surgiam entre as empresas com maiores lucros do mundo? — por outro lado suscitou reacções. Apareceu uma corrente libertária, que pretendeu que a Internet fosse um “espaço livre de direito”. No caso, que não ficasse submetida aos exclusivos que quadriculavam a vida fora da rede.

As pretensões anti-legalistas podem ter muitos significados, que não podemos analisar aqui. Se se afasta a lei, as empresas da Internet passam a ter livre curso. O seu domínio consolida-se com os próprios instrumentos técnicos que condicionam a utilização da rede. O que pode significar que há uma transferência de domínio, apenas. O domínio legal é substituído pelo domínio das estruturas técnicas — o *code*, de que fala Lessig.

Há também um entendimento, não apenas anti-legalista mas libertário, que se tornou muito nítido na polémica em torno do Napster; mas é também actuante noutros domínios menos conhecidos, como o que levou à rejeição do chamado direito *sui generis* sobre as bases de dados. Há pois um movimento vivo, que terá necessariamente derrotas mas teve também vitórias.

E sobretudo, para o que nos interessa, obrigou a reposicionar o significado e fundamento dos direitos exclusivos.

3. Direito intelectuais exclusivos na Constituição

Tomamos como ponto de partida uma colocação constitucional da matéria. Aos ilustres constitucionalistas presentes pedimos que não tomem a atitude como atrevimento, mas como reconhecimento de que a base constitucional deve ser procurada em todos os sectores da ordem jurídica.

As referências da Constituição brasileira a esta matéria não são muitas.

Começemos pelas mais gerais, ligadas à liberdade de expressão. Temos nomeadamente o art. 5.º IV, sobre a *livre manifestação do pensamento*, e o art. 5.º IX, sobre a *livre expressão* da actividade intelectual e de comunicação.

A *liberdade de expressão* ocupa uma posição muito importante na construção jurídica norte-americana. Nomeadamente, à 1.ª emenda se recorre frequentemente contra os entraves postos ao diálogo intelectual.

O sentido das regras constitucionais brasileiras é claramente o de estabelecer liberdades, e não de estabelecer exclusivos. O princípio é o da liberdade — incluindo, o que é muito importante, a liberdade de comunicação. Se o que se institui é uma liberdade, são as restrições que terão de ser justificadas. Quaisquer concessões da lei ordinária não poderão ser levados até ao ponto de pôr em causa o princípio da liberdade.

Com este pano de fundo, vejamos quais os preceitos que prevêm a existência de exclusivos.

São sobretudo os incisos XXVII e XXIX do art. 5.º.

O inciso XXVII assegura aos autores o direito exclusivo de utilização, publicação e reprodução das suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.

A lei maior assegura pois aos autores um exclusivo:

- hereditável
- temporário.

Qual o *conteúdo* desse exclusivo?

Tem sido observada a pouca precisão técnica do enunciado constitucional de faculdades. Não só *utilização* é termo por demais genérico, como *publicação* e *reprodução* se sobrepõem em grande parte.

O núcleo estará na referência à *utilização*. Mas não teria sentido que a lei estivesse garantindo a utilização privada. Direito à utilização privada todos temos. O que está em causa é a *utilização pública*, que fica condicionada à autorização do autor.

A razão da reserva ao autor da utilização pública encontra-se sobretudo na garantia a este de um **exclusivo do aproveitamento económico** da obra. A lei vê o modo de remuneração da prestação criativa do autor na reserva para estes dos proventos que a obra produzir, enquanto o direito durar.

Há assim na base desta previsão uma preocupação patrimonial. Preocupação que se prolongará no inciso XXVIII *a* — protecção das participações individuais em *obras colectivas* — e no inciso XXVIII *b* — *direito de fiscalização* do aproveitamento económico das obras.

Directamente, não estão previstos os *direitos pessoais* (ou “*morais*”) de autor. A sua tutela constitucional basear-se-á predominantemente em razões de defesa da personalidade, que não poderão deixar de ser tidas em conta pela força supra-constitucional do princípio da tutela da dignidade humana.

Também não se afirma em geral a garantia dos chamados direitos conexos. Mas os artistas intérpretes ou executantes beneficiam de uma referência reflexa no inciso XXVIII *a*, que protege a reprodução da imagem e da voz humanas; e sobretudo da previsão do inciso XXVIII *b*, que atribui aos intérpretes o direito de fiscalização do aproveitamento económico das obras de que participarem, o que implica que lhes sejam atribuídos direitos.

No que respeita aos *direitos industriais*, há que distinguir fundamentalmente duas categorias:

- as inovações industriais, como as invenções
- os sinais distintivos do comércio, como as marcas ⁽⁶⁾.

São todos abrangidos pelo art. 5.º XXIX da Constituição, que refere um “privilegio temporário”, “tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e económico do país”.

⁽⁶⁾ Outras figuras, como a *concorrência desleal*, que a estas têm sido associados, não têm relevância neste domínio: as regras que lhes respeitam tutelam interesses, mas não atribuem direitos exclusivos.

Há aqui um evidente acentuar do interesse social. Esses direitos são conferidos na medida em que há interesse do país na sua concessão. E são expressamente apresentados como temporários (7). Manifesta-se visivelmente uma preocupação pelo interesse público, muito mais expressa que no respeitante ao direito de autor e direitos conexos.

Há ainda outro preceito particularmente importante para este efeito.

Referimo-nos ao art. 5.º XXIII — “a propriedade atenderá a sua *função social*”.

Em si, representa um limite do direito de propriedade. Impõe a esta um limite funcional intrínseco: o desempenho duma função social.

Não é uma afirmação isolada. Assim, o art. 170.º III proclama como princípio da ordem económica a “função social da propriedade”. E em muitos outros lugares afirma a Constituição esta função social (8).

Para que se não limite tudo a uma declaração oca, o princípio terá de se prolongar nos regimes positivos.

Isto implica que a propriedade privada, que está indelevelmente ligada ao desempenho duma função *pessoal*, terá de ser conciliada na sua existência e exercício com a função *social* que também desempenha.

A função social refere-se à *propriedade*. A importância que isso tem para os direitos de exclusivo será adiante precisada.

4. A patente como exclusivo comercial

Perante este panorama, os fenómenos que atrás apontámos abrem perspectivas inquietantes. Pois não encontramos para eles cobertura, constitucional ou outra.

(7) Em relação às *marcas* e outros sinais distintivos, haverá que entender este acento sem prejuízo da susceptibilidade de renovação do exclusivo, que pode levar economicamente a uma perpetuidade.

(8) Vejam-se nomeadamente os arts. 156 § 1.º, 182 § 2.º, 184, 185 § 1.º e 186.

Começemos pelo que respeita à patente e à pretensão que o dever de explorar a patente se satisfaz com a importação dos produtos que sejam resultado daquela invenção⁽⁹⁾.

Mas a ser assim, a patente perde toda a justificação.

A patente sempre foi entendida como um exclusivo industrial. O exclusivo é outorgado ao inventor em contrapartida da exploração industrial que este deverá realizar, contribuindo assim para o abastecimento público e o progresso económico do país.

A Convenção da União de Paris, no seu art. 5.º-A 1), determina que a introdução no país pelo titular da patente de objectos fabricados noutra país da União não implicará a caducidade da patente. Mas isso não contraria a obrigação de exploração: a introdução dos objectos só é tolerada se cumulativa com a exploração industrial, e não quando substitutiva desta.

Recentemente, porém, surgiu a pretensão de admitir que a exigência de exploração se satisfaria com a *mera importação dos objectos resultantes do processo patenteado*. Com isto se transformaria a patente num mero exclusivo comercial. Alguém fabricaria onde entendesse, mas asseguraria pela patente um exclusivo para todo o mundo.

Pretendeu-se justificar tal pretensão com fundamento no art. 27.º/1 do Acordo ADPIC ou TRIPS, anexo ao Tratado que criou a Organização Mundial do Comércio. Segundo este, que respeita ao objecto patenteável, seria excluída a discriminação quanto “ao facto de os produtos serem importados ou produzidos localmente”. Daqui se inferiria que estaria no alvedrio do titular da patente importar esses produtos ou produzi-los localmente.

Em consequência, o art. 68.º da Lei n.º 9279/96, de 14 de Maio (Lei da Propriedade Industrial), que estabelece em tal caso uma licença obrigatória, estaria em contradição com o ADPIC.

Por detrás disto estão os Estados Unidos da América, que se movem internacionalmente para obter, no foro favorável da O.M.C., uma condenação do Brasil.

Na realidade, a interpretação que se faz do art. 27.º/1 ADPIC é errónea.

(9) Cfr. *supra* n.º 1.

Desde logo, porque o trecho invocado se encontra no art. 27.º ADPIC, que respeita ao *objecto* patenteável, e não no art. 28.º, que regula o *conteúdo* do direito. Se semelhante alteração radical do regime e natureza da patente viesse disfarçada num artigo sobre o *objecto* da patente haveria pelo menos má fé — o que nunca é de presumir num instrumento internacional.

A explicação do trecho invocado é muito diferente. Deve procurar-se na própria natureza do ADPIC, como acordo comercial; ao contrário da Convenção de Paris, que é uma convenção industrial.

A Convenção de Paris estabelece a obrigação de explorar. Prevê ainda que haja uma importação complementar dos produtos *objecto* da patente, mas não se preocupa com fixar o regime respectivo, porque não é uma convenção comercial.

Pelo contrário, esse é o *objecto* específico do ADPIC. Não toca na obrigação de explorar, no seu verdadeiro sentido de obrigação de produzir. Determina que os produtos validamente importados não podem ser discriminados na comercialização em relação aos produzidos internamente. Porque bem poderia acontecer que a importação complementar não tivesse nenhuma incidência sobre o regime da patente, mas os produtos importados fossem depois discriminados na sua comercialização.

Sendo assim claro o entendimento daquele trecho, a interpretação contrária é artificial e inadmissível.

No ponto de vista constitucional, que é o que prevalentemente nos interessa, semelhante interpretação fere a Constituição brasileira.

O art. 5.º XXIX é categórico ao estabelecer que o privilégio de utilização será concedido “tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e económico do país”.

Nenhum interesse social haveria em dar um monopólio comercial, tornando o Brasil um vazadouro de produtos industriais alheios, sem deixar sequer o recurso aos interessados de importá-los dos lugares onde o preço fosse mais favorável.

E por outro lado, o exclusivo é constitucionalmente concedido tendo em vista “o desenvolvimento tecnológico e económico do País”. Uma patente que conduzisse a tais consequências nada beneficiaria, muito pelo contrário, semelhante desenvolvimento.

Esta pretensão é pois inconstitucional. Há que tirar daí as consequências devidas.

5. A propriedade da marca de prestígio ou de alto renome

Como dissemos, pretendeu-se que a marca de prestígio, ou célebre, ou de alto renome, seria protegida mesmo que não respeitasse a produtos ou serviços idênticos ou semelhantes. Com isto se afirmaria uma propriedade dessa marca.

A marca célebre, no entendimento dominante na Alemanha, seria aquela que fosse conhecida por 80% da população.

Entendamo-nos antes de mais sobre o que significa a “propriedade da marca”.

O próprio art. 5.º XXIX da Constituição fala em propriedade da marca. Mas fá-lo inadequadamente, porque não há na verdade propriedade nenhuma. Basta pensar no princípio da *especialidade* da marca. Se o titular da marca só a pode usar em certos produtos ou serviços, e não em todos; e se tem de coexistir assim eventualmente com titulares da mesma marca, desde que com referência a produtos ou serviços diferentes ou dissemelhantes; isso significa cabalmente que não tem nenhuma propriedade da marca. Ora a lei vincula pelo regime que estabelece, e não pelas qualificações a que recorre.

Mas justificar-se-á que, em relação às marcas célebres, se reconheça uma verdadeira propriedade?

Mesmo então pensamos que a qualificação estaria errada e que não há verdadeiramente propriedade. Mas a questão não é de qualificação, mas de juízo sobre a valia de tal disciplina.

E não tem, a nosso ver, valia nenhuma.

A marca tem na sua base um interesse público: o de dar informação ao público em geral, permitindo-lhe distinguir uns produtos ou serviços de outros e evitando que seja induzido em erro. O interesse privado dos titulares só surge protegido num segundo plano, enquanto serve aquela finalidade de interesse geral.

Mas estender o exclusivo outorgado pela marca a todos os produtos ou serviços, independentemente de serem ou não explorados (marcados) pelo titular da marca de prestígio, é engrossar o monopólio, sem contrapartida em nenhum interesse social. Dá arbitrariamente ao titular um locupletamento casual, quando o interesse público levaria justamente em sentido contrário: limitar os espaços de restrição da liberdade.

No direito brasileiro não se fala em marca célebre ou de prestígio, mas em *marca de alto renome*. O art. 125.º LDI dispõe: “A marca registada no Brasil considerada de alto renome será assegurada protecção especial, em todos os ramos de actividade”.

Não é nosso propósito entrar na exegese deste preceito, que traz muitas dificuldades. Para além da interpretação do próprio âmbito da categoria, há que saber o que significa a “protecção especial”, que a lei deixa completamente por explicar.

Mas acrescenta-se: “em todos os ramos de actividade”. Uma das interpretações possíveis da expressão seria que se assegurava protecção, independentemente da satisfação do princípio da especialidade.

Semelhante orientação não satisfaria as exigências da Constituição. Traria um exclusivo, portanto uma restrição da liberdade, que beneficia fortemente as marcas mais poderosas, sem nenhuma contrapartida no interesse social. Esta protecção arbitrária dos mais poderosos seria de todo contrária à visão constitucional ⁽¹⁰⁾.

6. O cerceamento da liberdade

Não pode deixar de nos inquietar a corrosão do espaço de liberdade a que assistimos.

Manifestações muito variadas são redutíveis a este denominador comum. O espaço de liberdade tornou-se extremamente apetecível, porque é nele que se podem estabelecer os exclusivos. O espaço de liberdade comunitária fica assim crescentemente reduzido.

De facto, à nossa volta vemos cada vez mais zonas que eram livres tornarem-se reservadas. Tudo aquilo que é susceptível de dar dinheiro é cobiçado. As zonas abertas são rodeadas de arame farpado.

⁽¹⁰⁾ Acessoriamente, observemos que o art. 16.º/3 do ADPIC em nada suporta a orientação que criticamos. Este preceito veio estender a aplicação do art. 6.º-*bis* da Convenção de Paris a produtos (ou serviços) que não sejam idênticos ou semelhantes àqueles para que uma marca foi registada, quando a utilização dessa marca para esses produtos ou serviços indicar a existência de uma relação com o titular da marca registada, e puder prejudicar este. Há uma extensão do âmbito tradicional do princípio da especialidade, mas que nada tem que ver com a protecção absoluta, ao próprio sinal em si, que se pretende atribuir à marca de prestígio.

Este fenómeno, sempre muito grave, atinge o extremo quando se toca a *liberdade de informação*.

Vivemos hoje um paradoxo. Estamos na sociedade da informação. Nunca foi tão grande a quantidade da informação e o seu significado social. E todavia, nunca a liberdade da informação foi tão ameaçada!

A criação das grandes redes mundiais da informação, se trouxe possibilidades gigantescas de acumulação e difusão da informação, trouxe também grandes riscos para esta.

Desde logo, pela própria *concentração das empresas* de informação. Esta é visível e do domínio público, em todos os sectores. Mas apresenta-se como uma fatalidade no que respeita aos provedores de serviços em rede e particularmente, para o que nos interessa, aos provedores de conteúdos.

De facto, as grandes empresas que disputarão amanhã as preferências dos internautas, além de gigantescas, terão de ser universais — apresentar conteúdos que satisfaçam toda a procura da clientela, para a poderem fidelizar. Só dois ou três colossais conglomerados o poderão fazer. Os restantes terão de se limitar a públicos regionais, ou contentar-se com nichos de mercado. Mas é bem claro que, quando toda a informação é decantada por dois ou três gigantes, apenas, a liberdade de informação está em risco.

Muitas outras ameaças pesam porém sobre a informação, na sociedade da informação nascente.

Uma delas, e bem significativa, encontra-se na *limitação dos próprios instrumentos de busca*.

A Internet disponibiliza, teoricamente para todos, uma quantidade fantástica de informação. Mas o internauta só poderá aportar a essa informação através dos instrumentos ou motores de busca.

Acontece porém que os instrumentos de busca apenas permitem aceder a uma percentagem diminuta do manancial de informação disponível. O resto está perdido — ou está disponível apenas para aqueles que têm um conhecimento privado. O universo da informação estreita-se assim grandemente, por falta de capacidade de a recuperar.

A questão agrava-se, e muito, perante as distorções dos próprios *instrumentos de recuperação da informação*.

Eles podem ser estruturados de maneira a conduzir preferentemente para certos conteúdos, e não para outros.

E podem os próprios sítios ser preparados, através de descritores ou *metatags*, de modo a *atraírem os navegantes* na rede, por vezes sem que eles se dêem conta de que o que lhes é mostrado não é afinal aquilo que procuravam.

Para além disso, podem os próprios navegadores ou instrumentos de busca ser programados de maneira a reunir informações sobre as buscas realizadas pelos utentes, e com base nelas traçar um perfil desse utente⁽¹¹⁾, que permita *apresentar material já seleccionado* de acordo com as preferências demonstradas. O que significa que o internauta julga que está a determinar a escolha, e afinal é determinado: é a máquina quem toma o papel determinante no material que é apresentado.

Daqui resulta que a rede está já longe de ser aquele campo de informação livre que aparentemente está à disposição do internauta.

7. A transformação do saber em mercadoria

Vale a pena reflectirmos um pouco sobre o significado da liberdade de informação.

Vamos partir do texto constitucional: o art. 5.º XIV, que assegura a todos o acesso à informação.

Este trecho precisa de ser interpretado, porque são muitos os sentidos que podem gravitar em torno da referência ao direito ou liberdade de acesso à informação.

A Constituição Portuguesa distingue os direitos de informar, de se informar e de ser informado.

De facto, uma interpretação restritiva do direito à informação traria perigos. Facilmente se confundiria com um direito a consumir informação. Os internautas seriam reduzidos a consumidores, pelo que todas as suas pretensões seriam satisfeitas desde que a informação estivesse disponível para consumo.

Mas com isto, os aspectos mais nobres e significativos do direito à informação ficariam perdidos.

(11) É o que se passa com os chamados *cookies*, que apresentam a característica espantosa de serem armazenados no próprio terminal do utilizador.

Há que estar atento à variação de significado da informação na sociedade contemporânea. A informação é cada vez menos saber, e cada vez mais um produto.

É cada vez menos saber, com o seu carácter individualizado. É cada vez mais objecto, como realidade que se separa daquele que sabe.

Diz-se que na sociedade da informação a informação se transforma em novo *factor de produção*, a acrescer aos classicamente enumerados.

Sem entrarmos em divagações económicas, diremos que o que parece claro é que a informação se transformou em *mercadoria*. Ela é apropriada e transaccionada. O domínio das fontes da informação dá poder. E esse poder é possivelmente hoje o mais forte de todos os factores de denominação, substituindo mesmo o terror atómico, que se revelou ineficaz por força do seu carácter excessivo e reversível.

Mas o direito à informação não pode ser separado do direito à informação verdadeira.

Isso está praticamente ausente da envolvente sociedade da informação.

A informação mede-se em termos de *quantidade e utilidade*. Isso é próprio de uma mercadoria. A *verdade* da informação é uma realidade cada vez mais afastada, como metafísica. Desde logo porque se perdeu ou se recusa ostensivamente todo e qualquer critério de verdade.

Assim, o que se desenvolve é a informação *útil*. Dir-se-á que a utilidade da informação é ditada pelo mercado. Seguramente que será ditada antes de mais pelas forças que estão por detrás do mercado.

Mas com isto, o direito fundamental perdeu quase todo o significado. Reduziu-se a uma garantia de acesso às fontes da informação que quase não tem sentido para o cidadão comum. E à colocação do público em geral na posição de *consumidor da "verdade" que lhe é fornecida*.

8. A propriedade da informação

O que se passa no domínio das bases de dados é particularmente inquietante.

A informação é livre. É um princípio fundamental. Desde que a adquirir licitamente, posso utilizá-la como desejar.

Mas também esta zona de liberdade é alvo das maiores cobriças. De vários modos, procura-se obter a propriedade da informação.

O modo mais significativo, e mais preocupante, está na admissão do chamado direito *sui generis* sobre as bases de dados.

A Comunidade Europeia criou, além do direito de autor sobre as bases de dados originais, o chamado direito *sui generis* do produtor da base.

Este é um direito cujo objecto é o próprio conteúdo da informação da base. O produtor passaria a poder opor-se a actos de *extracção ou reutilização* do conteúdo da base, desde que esta tivesse exigido um investimento considerável, no ponto de vista quantitativo ou qualitativo.

Neste caso, é a própria informação que passa a ser apropriada. E, através de uma série de afirmações ambíguas, põem-se em causa liberdades fundamentais e a fluidez do diálogo social.

Entendamo-nos bem sobre o que está em debate. Todos concordam que seria inadmissível que, tendo alguém organizado uma base de dados, os concorrentes a fossem comercializar livremente — em muito melhores condições de preço até, por não terem que amortizar nenhum investimento. Mas para evitar isso basta a *concorrência desleal*, porque o acto seria tipicamente parasitário. Não é necessário criar um direito exclusivo para este efeito.

Suponhamos porém que um pesquisador, baseando-se em dados que recolheu das bases existentes, os toma como fundamento duma dissertação, que publica. *Reutilizou*, sem dúvida, esses dados. Significa isto que a sua actividade deixou de ser livre, e que terá de coligir as inúmeras autorizações necessárias, para que o livro possa ser dado a público?

É evidente que, deste modo, se criam os maiores impecilhos à pesquisa universitária e científica e ao diálogo social em geral. A informação passou a ser apropriada; passa a ser um produto venal como qualquer outro. A rede de arame farpado adensa-se, atingindo agora o que deveria ser o valor fundamental da sociedade da informação. A sociedade da informação revela-se afinal como a sociedade da privatização da informação.

Semelhante evolução seria gravemente atentatória da Constituição.

O art. 5.º XIV assegura a todos o acesso à informação. Mais uma vez, as declarações constitucionais não podem ser esvaziadas. O acesso à informação é assegurado a todos: não apenas aos profissionais da informação.

O acesso à informação pode implicar onerosidade. Compreende-se que quem organiza uma base de dados seja remunerado, para compensar os gastos e trabalho que isso implica. Mas satisfeitas as condições de acesso, a utilização da informação obtida é livre. Nenhum sentido teria a garantia do acesso à informação se esta, como informação, não pudesse ser utilizada.

O que é excluído é apenas a concorrência desleal. É excluída a comercialização daqueles mesmos dados, como forma de *misappropriation* — como utilização parasitária daqueles mesmos dados como objecto de negócios. Mas não é excluída, é pelo contrário garantida, a sua utilização como informação, como base do próprio trabalho. Ainda que esse trabalho se traduza em resultados que sejam comercializados por sua vez.

Estes princípios defrontam um limite geral, que é óbvio: o limite da má fé. É evidente que se a obra, apresentada como própria, for apenas o pretexto para comercializar os dados alheios, há fraude, e essa concorrência disfarçada não pode ser tolerada.

Fora disso, porém, o grande princípio da liberdade de informação impera. A transformação da informação em pura mercadoria viola os princípios constitucionais.

9. Função social e limitações dos direitos exclusivos

Tudo o que dissemos até agora respeita à justificação e configuração dos direitos exclusivos, por si.

Mas há ainda outro aspecto em que o exclusivo é muito relevante, do ponto de vista constitucional.

Um exclusivo, onde se admitir, não representa nunca um absoluto. *Não há aliás direitos absolutos*, pura e simplesmente. Todo o direito, exclusivo ou não, tem de admitir limites.

É esta a consequência directa do princípio da função social. Porque tem uma *função social*, o direito exclusivo está sujeito a limites, que compatibilizam o exercício pelo titular com o interesse social.

Fala a Constituição repetidamente, como vimos, em função social da *propriedade*. Já deixámos entender que em rigor os direitos exclusivos não são propriedade, são uma categoria diferente de direitos. Mas bastaria a referência frequente à propriedade intelectual para que os exclusivos estivessem abrangidos também nestas previsões.

Há porém outra razão mais forte que nos impele neste sentido. É que propriedade, no sentido constitucional, não é apenas um direito real entre outros. Não é sequer o conjunto dos direitos reais. Quando se fala em propriedade na Constituição abrangem-se *todos os direitos patrimoniais privados*. São estes que se justificam, que se asseguram, que se limitam.

Os direitos intelectuais *exclusivos* são sem dúvida direitos patrimoniais privados. A eventual presença de faculdades pessoais não lhes retira essa característica. Aliás, vimos já que na Constituição o aspecto pessoal é praticamente omitido. Mesmo na lei ordinária as faculdades pessoais estão claramente deprimidas, em confronto com as patrimoniais.

Os direitos exclusivos têm pois limites; e não podem deixar de os ter, por força do princípio constitucional da função social da propriedade. Os direitos exclusivos, que são criados tendo em vista um interesse social, não podem na sua existência ignorar a função social que os justifica.

Assiste-se porém, também neste domínio, a uma evolução anómala.

Já dissemos que se desencadeou uma ofensiva geral contra os limites dos direitos exclusivos. Ou então, transformam-se esses limites em direitos de remuneração, o que significa do mesmo modo pôr termo a uma zona de liberdade.

Invocam-se argumentos absurdos, desde logo a própria qualificação como *propriedade* que tornaria tais direitos absolutos — quando justamente sobre a propriedade recai expressamente o princípio constitucional da função social.

Por maioria de razão, os direitos de exclusivo, que representam em si indesejáveis monopólios, não podem deixar de estar sujeitos a limites que os reconduzem ao interesse social.

Mas também neste domínio a Comunidade Europeia chegou a um máximo.

Na recente directriz sobre aspectos do direito autoral na sociedade da informação ⁽¹²⁾ estabeleceu-se uma tipicidade ou *numerus clausus* dos limites. Faz-se uma lista, que os Estados-membros estão impedidos de ultrapassar.

É muito grave, enquanto revela falta de sensibilidade social, e por outro lado mata toda a possível evolução do direito de autor. Este deixa de se poder adaptar à evolução das circunstâncias; sendo certo que essa adaptação só é possível justamente pela intervenção equilibrada dos limites.

Com isto se criou uma *fractura grave entre o sistema norteamericano e o europeu*. Na América do Norte prevalece o princípio do *fair use* — aceitam-se práticas limitadoras, desde que conformes com esta cláusula geral. Na Europa, pelo contrário, acaba de dar-se ao direito de autor uma rigidez total. Temos assim consagrada uma orientação monopolista extrema, que despreza as finalidades sociais.

É muito de desejar que essa orientação não se comunique a outros lugares. Não temos dúvidas em afirmar que no Brasil uma restrição drástica dos limites dos direitos de exclusivo, nomeadamente no que respeita ao uso privado, contrariaria o princípio constitucional da função social.

10. A globalização

Mas não devemos concluir que tudo isto é afinal o resultado da globalização?

Por todo o lado aparece hoje esta palavra mágica a justificar tudo o que acontece. O mundo marcha para uma unificação em que se apagam as posições particulares. Por isso, os interesses nacionais deverão dobrar-se em nome de uma racionalidade técnica.

(12) Directriz n.º 01/29, de 22 de Maio.

Já aqui ouvimos falar desta globalização, que implicaria uma restrição das soberanias.

Mas é necessário pensar. Que o mundo se aproxime, em marcha para uma convivência global, não é nada de novo.

Tem uma origem bem precisa: os descobrimentos portugueses, que trouxeram ao convívio todos os povos da terra.

A partir daí, a globalização tem sempre progredido. Muitas vezes pacífica e espontaneamente. Outras vezes pela força: lembremos a canhoneira britânica que impôs no séc. XIX a abertura dos portos do Japão ao comércio ocidental.

Hoje dão-se novos passos neste sentido. Pacíficos ou não. Recorrendo a novos métodos, como a pressão económico-financeira exercida pela Organização Mundial do Comércio ou pelo Fundo Monetário Internacional.

É muito importante o que se passa no domínio das comunicações. As privatizações, a rede aberta, asseguram que a informação, elemento estratégico, circule igualmente por todo o lado.

Mas a globalização é a chave e justificação de tudo o que acontece? Só o seria se admitíssemos um novo determinismo, com um novo percurso inexorável da história.

Há que distinguir a realidade da aproximação dos povos, a necessidade de coordenação para a solução de problemas comuns, da realidade bem diferente consistente na dominação pelas grandes potências no sentido que lhes interessa.

A globalização não é um movimento de sentido único e pré-determinado. Como todas as realidades técnicas, apresenta alternativas. O modo de a realizar é objecto de opção humana.

Poderá ser feita pelo império dos mais poderosos, absorvendo sucessivamente zonas livres e fazendo entre si pactos transitórios à custa dos restantes. Nesse caso, a invocação do interesse público seria despropositada, porque só estaria em causa o interesse dos conglomerados (com que os interesses das grandes potências praticamente se confundem).

Mas há um outro modo de fazer a globalização. É estabelecer, em vez de relações de subordinação, relações de harmonização e coordenação. Nesse caso, os princípios da liberdade podem ser salvaguardados. Não há nada que justifique a incessante ampliação

dos exclusivos, que representam parte dos laços de subordinação que as grandes potências tecem.

Neste sentido, a globalização é um pretexto. Não há nenhuma exigência objectiva que imponha o incessante crescimento dos exclusivos.

11. CONCLUSÃO

Não podemos prolongar esta análise.

Os vários domínios visitados revelam-nos que os direitos exclusivos estão umbilicalmente ligados a um interesse social que se destinam a servir.

Há por isso uma prioridade da liberdade. São os exclusivos que devem ser justificados, e só são admissíveis quando assentem num interesse social.

Os exclusivos integram-se assim na categoria das restrições indispensáveis para remunerar contributos socialmente úteis.

O ideal constitucional não é por isso a sociedade dos monopólios, em que tudo se torna reservado e venal; é a sociedade da liberdade, em que ao diálogo social se oponha o menor número possível de entraves, e em que, quando os haja, esses entraves traduzam o interesse público, e não a supremacia de interesses privados.

Perguntaram-me porém:

O sonho de termos um mundo em que não haja subordinação pelas grandes potências é irrealizável?

É.

Não há sociedade definitivamente apaziguada. Não há mundo em que os mais poderosos não abusem.

A “paz perpétua” de Kant, como justamente foi observado, é um lema que quadra muito bem nos cemitérios. Nada tem que ver com o mundo real.

A formulação de metas utópicas tem um efeito perverso: é distrair-nos das batalhas reais que devemos travar, num mundo em que a desordem e a injustiça estarão sempre presentes. Um objec-

tivo irreal torna a nossa actuação ociosa e mesmo contraprodcente.

Mas isto não significa que sejamos pessimistas.

Não há desordem definitivamente instalada. O tempo destrói por si as situações aparentemente mais sólidas. Lembremo-nos da repartição do mundo em duas grandes potências, que parecia já constitutiva da nossa existência: esboroou-se quase de um dia para o outro.

Também as formas de dominação existentes não se imporão sempre. Porque o espírito prevalecerá sobre a matéria. As próprias estruturas viciosas de poder gerarão os anticorpos que as hão-de destruir. E acima de tudo está o Espírito, que paira incessantemente sobre as águas, que sopra onde quer e não há auto-estrada da informação ou direito exclusivo que o consigam canalizar.