

Uma sucinta análise da teoria dos sistemas no contexto da propriedade intelectual

Pedro Marcos Nunes Barbosa *

1) Introdução

No presente trabalho será enfocada a relação entre o Direito da Propriedade Intelectual, suas reflexões, e contrastes derivados das respostas sociais aos seus efeitos.

Para tanto, foi escolhida a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann¹ como um referencial para a abordagem das vicissitudes, tangenciando a tutela dos bens imateriais vinculada à propriedade intelectual.

Nesse contexto, outras obras acerca da Teoria do Direito, Direito Civil, e Propriedade Intelectual foram utilizadas como parâmetro para o desenvolvimento deste estudo, no intuito de realizar uma abordagem multi-disciplinar.

2) Teoria dos Sistemas e o Direito

Como não se desconhece, a Teoria dos Sistemas toma como elemento fundamental a separação das circunscrições, das searas, mas estas ficam sujeitas às fricções dos sistemas entorno.

* Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Especialista em Propriedade Intelectual pela PUC-Rio, Professor e Coordenador do Curso de Especialização em Propriedade Intelectual da PUC-Rio, Professor de Direito Civil e Propriedade Intelectual da PUC-Rio, sócio do escritório Denis Borges Barbosa. E-mail: pedromarcos@nbb.com.br

¹ Para uma análise interessante sobre Luhmann, remete-se ao seu verbete consolidado na obra BARRETO (2006, p. 550).

Nas adequadas palavras de Pietro Navarro:

La relevancia causal del entorno es, rectamente entendida, tan sólo un vector de referencia que se apunta hacia el exterior desde el interior del sistema, con ayuda de una distinción internamente creada, entre referencia externa y autorreferencia. Y lo que podemos recibir del entorno, como influencia suya, es tan sólo una irritación, un ruido de fondo, captado a través de los canales que acoplan la sensibilidad de los receptores sistémicos a determinadas variaciones o modulaciones provenientes del exterior, por vía de acoplamiento esa irritación pone en marcha el procesamiento de comunicaciones dentro del sistema, de acuerdo a las distinciones y categorías que le son inherentes, y provoca eventualmente una respuesta que tampoco alcanza una determinación directa del entorno, sino tan sólo la creación de una irritación similar y de sentido contrario. Esto no es sino un resultado de la clausura operativa que muestra los sistemas en su estabilización y reproducción².

Portanto, as alterações de um determinado sistema, como o Direito, se dariam num movimento interno, de *autopoiesis*, de forma endógena. As transformações poderiam, ou não, ter influência externa, mas estas perpassariam pelas previsões intra-sistêmicas.

Algumas correntes do Direito detinham premissa ainda mais radical. O positivismo legalista, *e.g.*, tomava como axioma a limitação ao texto escrito independentemente das esferas sistêmicas em seu entorno, tal qual consignado pela doutrina:

à medida que o sistema se mostra completo e coerente, a codificação prescinde de preocupações sociais, bastando-se a si mesma. A sua cientificidade, a sua assepsia valorativa e a pretendida suficiência da lei vão permitir o excessivo formalismo da ciência jurídica, desembocando em várias escolas jusfilosóficas, como a da exegese, até o extremismo da crítica kelseniana aos elementos éticos e políticos do direito³.

2 NAVARRO (2001, p. 332).

3 CORTIANO (2002, p. 74).

Em tal orientação, as transformações acabariam por se calcificar⁴, se tornarem lentas ou simplesmente não ocorrerem, numa verdadeira operação de mumificação social tal qual previu Kant⁵.

Este foi exatamente um dos fatores que acabou por dar uma “vida curta” a correntes jurídicas que pouca, ou nenhuma, importância destinavam aos fatos sociais, à sociedade.

Quando o direito desconhece a realidade a última acabaria por se vingar, e, em processo de reciprocidade, termina por desconhecer o direito posto⁶.

Portanto o direito carece de harmonização com seu entorno, de forma a lhe garantir a maior estabilidade possível⁷, ao tempo em que muitas vezes prevê normas anacrônicas e incompatíveis com os sistemas em seu entorno.

Para tais casos, a disparidade na interlocução sistêmica inevitavelmente acaba por abreviar a eficácia jurídica. A doutrina civilista vai ao ponto fulcral de tal questão: “É o inegável envelhecimento do que já nasceu passado, pois foi parido de costas para o presente”⁸.

A corrente do direito civil constitucional ultrapassou o viés da completude intra-sistemática, pois, o “que está no vértice do ordenamento jurídico, portanto, não está apenas no ordenamento jurídico”⁹.

4 CANARIS (2002, p. 46): “<<Três palavras adequadas do legislador e bibliotecas inteiras tornam-se em papel de embrulho>>. Como saída, SALOMON vê apenas a ocupação com os problemas (permanente) e não, pelo contrário, com as suas soluções (não permanentes)”.

5 “Diante de uma mudança no costume – que todavia continua dentro do quadro constitucional – representaria um comportamento veleitário e perdedor (por parte) do legislador, cristalizar um costume já mudado ou superado”, in PERLINGIERI (2007, p. 257).

6 Por outro lado, a doutrina constitucional abalizada chega a uma conclusão diferente, utilizando um “justo meio” aristotélico: “Sem embargo, ao menos potencialmente, existe sempre um antagonismo entre o dever-ser tipificado na norma e o ser da realidade social. Se assim não fosse, seria desnecessária a regra, pois não haveria sentido algum em impor-se, por via legal, algo que ordinária e invariavelmente já ocorre. É precisamente aqui que reside o impasse científico que invalida a suposição, difundida e equivocada, de que o Direito deve se limitar a expressar a realidade de fato. Isto seria sua negação. De outra parte, é certo que o Direito se forma com elementos colhidos na realidade e seria condenada ao insucesso a legislação que não tivesse ressonância no sentimento social. O equilíbrio entre esses dois extremos é que conduz a um ordenamento socialmente eficaz”. in BARROSO (2009, p. 60).

7 “Assim, o sistema jurídico seria autônomo apesar de todas suas dependências causais relativas ao seu ambiente social, enquanto nele, e somente nele, é decidido sobre o direito e o não-direito” in LUHMANN (2004, p. 59).

8 FACHIN (2003).

9 FACHIN (2003, p. 70).

Nesse sentido, o Direito não regularia todas as matérias e, simultaneamente, as omissões não seriam resultado de mera falha legislativa, pois “os fatos juridicamente indiferentes assim o são porque foram juridicamente definidos, por exclusão, como indiferentes”¹⁰.

Outra questão de enorme pertinência seria a realização do princípio constitucional da autonomia privada, dentro de uma perspectiva unilateral/voluntarista por parte do titular de um direito.

Ultrapassado o dogma da autonomia da vontade, temos, hoje, que a “autonomia exerce-se em relação aos outros. E exerce-se muito freqüentemente com os outros. Surgem-nos assim as formas de colaboração”¹¹.

Tal assertiva é por demais pertinente na ótica da Teoria dos Sistemas, posto que seu escopo resta tangenciado por atos que ultrapassam uma determinada seara. Um exercício de um ato jurídico afetará não apenas o Sistema do Direito, mas, também, um determinado Sistema Social. Ademais, em alguns casos um sistema carece do outro, pois “recorre-se à sociologia também porque freqüentemente a ciência jurídica mergulha em construções de esquemas formais vazios”¹².

O oposto também poderá ocorrer, sem que necessariamente todos os atos que sejam afeitos a uma categoria de sistema representem ou tragam efeitos sobre outra.

3) O papel do direito, as influências de seu entorno, e outros problemas do sistema jurídico

Na vetusta concepção acerca da completude e assepsia dos institutos jurídicos, tínhamos que o texto legal – supostamente – revelaria paradigmas imparciais, constituídos pela “vontade democrática”.

Nas vicissitudes provenientes de uma nova ordem constitucional, a doutrina e a jurisprudência passaram a rejeitar um direito divorciado

10 *Op cite*, p. 110. Em seguida, na página 200, o autor complementa: “Não há, necessariamente, uma passagem do “não-direito” para o Direito; há determinado caminho em que deve trilhar essa passagem no espaço das dobras do mundo jurídico, onde se revelam valores que nem sempre o próprio sistema reconhece ou incorpora”.

11 *Op cite*, p. 145. Em seguida, na página 160, o autor registra passagem de enorme importância: “A definição da titularidade leva em conta afastar os outros [da] visão clássica de que o fato que se passa é direito do titular único e exclusivo, o que, evidentemente, está superado. Hoje, o direito se mostra em relação a outro, para operar um juízo de inclusão e respeito”.

12 PERLINGIERI (2008, p. 101).

de cargas axiológicas provenientes da fricção com seu entorno: “É necessário revelar a teia anterior a essa classificação, que é tecida para não ser questionada, mas deve passar pelo crivo de análise que desnude a suposta neutralidade dos conceitos jurídicos”¹³.

Se os institutos não são neutros¹⁴, podemos concluir – também – que suas fontes de fricção são heterogêneas. Na visão luhmanniana, a alteração do Sistema Jurídico só perpassaria pelas suas previsões internas ainda que concorridas com influências de fora do sistema.

Desse modo, [abriu-se] espaço para pluralismo que, na formação complexa das fontes, supera o estrito monismo. A lei tomada como regra específica, por conseguinte, é apenas espécie de norma jurídica que informa o ordenamento. A legitimidade não se confunde, desse modo, com a legalidade. Vê-se, pois, uma abertura para fora do confinamento das fórmulas que não se resume a uma técnica¹⁵.

Contudo, a doutrina civilista bem aponta as interseções existentes entre o Direito e outros sistemas, posto que o primeiro “é um fenômeno profundamente social, o que revela a impossibilidade de se estudar o Direito Civil sem que se conheça a sociedade na qual ele se integra, bem como a imbricação entre suas categorias e essa sociedade”¹⁶.

Tal observação não determina que as alterações legislativas sejam realizadas apenas pelas vicissitudes dos sistemas do entorno. São as aberturas confeccionadas pelo próprio direito que a permitem. Portanto não trataríamos de fontes “extra-legais”, mas de fontes legais com influência *para sistêmica*¹⁷.

13 *Op cite.* p. 169.

14 PERLINGIERI (2007, p. 68): “A ideologia da subsunção consentiu mascarar como escolhas neutras, necessariamente impostas pela lógica, as escolhas interpretativas do jurista, desresponsabilizando a doutrina”.

15 FACHIN (2003, p. 180).

16 FACHIN (2003, p. 188).

17 A doutrina alemã é cuidadosa ao atribuir a jurisprudência como fonte autônoma do Direito (em especial em sistemas que fogem da *common Law* como o brasileiro): “E porque a lei e o costume, tendo em conta a especialidade do enquadramento do problema, se colocam, de antemão, de parte, surge, obrigatoriamente, a necessidade de uma reformulação das tradicionais fontes do Direito, a qual pode, no essencial, seguir apenas duas direções: ou se decide elevar a jurisprudência à categoria de fonte autônoma do Direito, junto da lei e costume, ou se devem reconhecer critérios de validade <<extra-positivos>> oferecendo-se em tão, como tais e antes de tudo, a <<ideia de Direito>> e a <<natureza das coisas>> (...) a proposição colocada pelo tribunal como fundamento de uma decisão não vale por ter sido exteriorizada pelo juiz, mas sim por

Como exemplo concreto, temos a possibilidade de realizar emendas à Constituição¹⁸, transformando a fonte máxima do Direito, mas somente dentro das regras previstas para tanto¹⁹. Uma fricção proveniente de um sistema distinto do Direito poderá, portanto, ser o estopim de uma mudança no epicentro do sistema jurídico oficial, mas tal se dará dentro da forma e no contexto da *autopoiesis*²⁰.

Outra questão de fundamental importância seria o papel empenhado no Direito nas relações não reguladas expressamente por este. No exemplo utilizado por ARNAUD²¹, os *streetcommittees* acabaram por causar forte impacto no Direito, na qualidade de sistema jurídico não-oficial.

O costume “não jurídico” pode emprestar papel importante enquanto entorno, posto que “Esses pedaços de ‘não-direito’ geram fatos que, em certos casos, acabam se impondo ao jurídico, o que gera uma transformação naquilo que foi refinado pela ordem jurídica. Desta certa mudança sem ruptura vem a nova ordem, e o ciclo produtivo das passagens se mantém. Lacunas convertem-se em regras”²².

O professor Luiz Edson Fachin, dentro da concepção luhmanniana, bem adverte: “O que mais importa é reconhecer que há fatos da vida, das

estar convincentemente fundamentada, isto é, porque deriva de critérios de validade bastantes, exteriores à sentença judicial” in CANARIS (2002, p. 119).

18 “a política pode criar o direito, sob a condição de que ela proceda segundo ele. Dessa forma, tem-se uma tautologia desenvolvida como hierarquia de normas: o direito pode ser mudado, [mas somente] dentro do quadro constitucional. Este pode ser mudado, por sua vez, somente dentro de seus próprios limites” in LUHMANN (2004, p. 39). Um tema atual e pertinente é a intervenção brasileira no Estado soberano de Honduras (a respeito da violação dos direitos humanos vide reportagem da folha de São Paulo: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u632511.shtml>, acessada no dia 08.10.2009, às 13:04), posto que o exercício de “chefia política” na América Latina não está imune de críticas. Por sinal, a Constituição nacional tem como premissa fundacional o princípio da não intervenção e da autodeterminação dos povos (artigo 4º, III e IV). Contudo, no mesmo dispositivo é consignada a observação dos direitos humanos o que poderia constituir permissivo para a intervenção brasileira. Enfim, o tema é dos mais controversos e ultrapassa os limites do presente trabalho.

19 Artigo 59, I, da Carta Magna: “O processo legislativo compreende a elaboração de (...) emendas à Constituição”.

20 FACHIN (2003, p. 113): “O sistema artimanhado, de tal sorte competente, atribui a si próprio o poder de dizer o Direito, e assim o fazendo, delimitou com uma tênue, mas eficaz lâmina, o direito do não-Direito; por essa via, fica de fora do sistema o que a ele” não interessa. Em seguida o jurista arrebatou (p. 228): “Sendo assim, a ruptura pode, muitas vezes, constituir uma transformação a ser cooptada pelo próprio sistema, quando da remodelação deste”.

21 ARNAUD e DULCE (2000, p. 311): “Com o fim do *apartheid*, um dos problemas que surgiram com a existência desses tribunais, bem integrados nos costumes, foi a integração dos juizes na ordem judiciária estatal.”.

22 FACHIN (2003, p. 202).

relações sociais, implicando uma sugestão de muitas vezes operada pelo próprio sistema”²³.

O “encerramento” sistêmico não comporta a visão do conteúdo jurídico como um eremita ideológico²⁴:

La clausura operativa que la autopoiesis del sistema jurídico auspicia, no acarrea la ceguera del sistema jurídico frente al entorno y sus irritaciones. Tal es el caso del aparato legislativo, que garantiza la posibilidad de mutación continua del sistema, sin alterar en modo alguno la autopoiesis, sino como una vía más en que ésta se prosigue. El Derecho, como sistema social de comunicaciones, se preocupa primordialmente por la reducción de la complejidad temporal. Apunta al futuro, a un futuro que se nos presenta como incierto y amenazador²⁵.

Portanto, conceber-se-ia que o sistema jurídico “no que concerne à reprodução do sistema, deve estar apto a aprender, e por isso, é concomitantemente um sistema fechado e aberto”²⁶.

O papel das normas, destarte, seria o de comunicar a conduta convencionalizada, superando a distinção do *ser* e do *dever ser* kantiano. A normatividade seria a tutela a ser alcançada pelo Direito, mesmo havendo desvios em sua aplicação²⁷.

Luhmann aprofunda – ainda mais – tal assertiva: “Vê-se que o direito mantém sua validade – que permanece desconhecida – na mesma proporção em que ela é violada”²⁸. Tal assertiva apenas enaltece que o papel das normas jurídicas é criar um ambiente coletivo de certezas. Tais “certezas”, podem não vir a se realizar, mas permitem um convívio social baseado na normatividade.

23 FACHIN (2003, p. 203).

24 *Op cite*, p. 259: “Os desafios presentes destacam a força construtiva dos fatos, daí o papel acentuado de uma jurisprudência criadora. Isso pode corresponder a alterações na compreensão das fontes, sujeita a polêmica e as oscilações de peso sob o influxo da minimização do estado. A sociedade e as relações sociais são muito mais vasos comunicantes entre o Direito e a Sociedade, não suscetíveis de serem confinados”.

25 NAVARRO (2001, p. 342).

26 LUHMANN (2004, p. 63).

27 LUHMANN (2004, p. 36): “A decisão não seria decisão, caso ela não reagisse à expectativa da norma”.

28 LUHMANN (2004, p. 54).

A garantia da *expectativa* seria o fim primordial do Sistema Jurídico, sendo o suficiente para sua tutela e observação²⁹.

Assim, uma das premissas jurídicas de maior importância se revela no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, quando prevê o direito de resistência como legítimo recurso à opressão legalmente estabelecida³⁰.

Ou seja, o sistema jurídico legitima o combate contra si próprio se, e quando, este se mostrar despótico para com seus deveres institucionais. Tal fato, contudo, não implica na subversão dos valores do sistema, mas na sua auto-legitimação³¹ filosófica.

Outro paradoxo aparente é o da presunção de conhecimento³² legislativo por todo cidadão, utilizada como meio a garantir a normatividade do sistema jurídico.

O cidadão comum não consegue compreender a norma que lhe é incidente. Às vezes, e graças ao uso de uma metodologia apropriada, é possível ver surgir, conotativamente, um sentido que não fora revelado por uma leitura superficial, um sentido oculto que revela as relações jurídicas realmente concebidas pelas normas que as regram ou pelos comportamentos que as revelam³³.

No ano de 1980, no Brasil, estimava-se a vigência da cifra de quarenta e cinco mil leis, todas integralmente aplicáveis, objeto de presunção cognitiva social³⁴.

29 NAVARRO (2001, p. 340): “El derecho encuentra su función propia, con la que da razón de su diferenciación, a la vez que lleva a cabo una adaptación reductiva, en la garantía de expectativas normativas de comportamiento. Esto precisa de alguna aclaración preliminar”.

30 No entanto, conforme bem ponderado por BOBBIO (2004, p. 89): “Num plano rigorosamente lógico, nenhum governo pode garantir o exercício do direito de resistência, que se manifesta precisamente quando o cidadão já não reconhece a autoridade do governo, e o governo, por seu turno, não tem mais nenhuma obrigação para com ele”.

31 ARNAUD e DULCE (2000, p. 314): “Toda norma, como próprio resultado de sua construção, instaura papéis e status. O papel é o conjunto das atitudes que a norma deve ditar. Por vezes, o desvio pode aparecer não como um ato isolado de uma pessoa que “infringe” a norma; mas como um conjunto de atitudes coletivas, correspondente a uma escolha deliberada à margem da norma, além da norma ou, até, contra a norma em vigor. Neste último caso, principalmente, pode-se determinar um verdadeiro sistema, que vem pôr-se como concorrente do sistema de direito oficial em geral, com a esperança de substituir este último ao longo de uma mudança jurídica”.

32 Diz o artigo 3º do Decreto-Lei nº 4.657/42: “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

33 ARNAUD e DULCE (2000, p. 315).

34 BARROSO (2009, p. 50).

Exige-se o conhecimento e não a compreensão do texto normativo, pois “especialmente as camadas mais baixas da população, não podem acompanhar as negociações dentro da linguagem jurídica e nem tampouco a compreender porque eles perdem ou ganham [a causa]”³⁵.

Se a complexidade jurídica demanda – ao menos – cinco anos para a formação de bacharel (para a “apresentação” primeira ao mundo jurídico), como poderá ser demandado do homem médio sua ciência hermenêutica de tantas – e todas – as normas³⁶?

Outrossim, neste tópico, verificamos as influências sofridas e impostas pelo sistema jurídico para com seu entorno, bem como foram apuradas alguns dos problemas de maior complexidade tendo em vista a tutela da normatividade, conforme prevista por Niklas Luhmann.

4) A propriedade intelectual e os sistemas próximos

A tutela da propriedade intelectual na sociedade hodierna toma como fundamento o fomento aos investimentos, o desenvolvimento social, tecnológico³⁷, e a padronização do comércio internacional³⁸.

Assim, para uma parcela – poderosa – dos jurisdicionados, a majoração do escopo da propriedade imaterial patrimonial ofereceu uma resposta desejada, conquanto a proteção de suas atividades lhes aparentou interessante.

O sistema jurídico, dentro de seus limites, se amoldou às vicissitudes dos sistemas de entorno.

Os avanços tecnológicos capitaneados pela internet aumentaram consideravelmente os lucros empresariais, reforçados pela nova interface junto ao público.

35 LUHMANN (2004, p. 54).

36 Não obstante, as normas podem não sofrer alteração formal, mas terem sua interpretação modificada. Mesmo aquelas normas “claras” e simples são passíveis de hermenêutica, já que “*in claris* ou não, *semper fit interpretatio*” in PERLINGIERI (2007, p. 80).

37 A lei 9.279/96 assevera: “Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante: I - concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade; II - concessão de registro de desenho industrial; III - concessão de registro de marca; IV - repressão às falsas indicações geográficas; e V - repressão à concorrência desleal”.

38 Nesse sentido registre-se o preâmbulo do mais importante Tratado da Propriedade Intelectual, o Acordo Trips que foi internalizado pelo Decreto 1.355/94: “Desejando reduzir distorções e obstáculos ao comércio internacional e levando em consideração a necessidade de promover uma proteção eficaz e adequada dos direitos de propriedade intelectual e assegurar que as medidas e procedimentos destinados a fazê-los respeitar não se tornem, por sua vez, obstáculos ao comércio legítimo”.

Por outro lado, a própria internet facilitou as violações aos direitos protegidos pela Propriedade Intelectual. O princípio *sine qua non* é o da produção de lucros, e, tal qual numa relação autofágica, a cultura do *Google* de satisfação cognitiva plena acaba perpassando sobre outros direitos.

Dessa forma, por muito tempo se desenvolveu tutelas dentro do sistema jurídico no foco capitalista, no reino mercadológico³⁹, ignorando outros valores ínsitos ao Estado Social⁴⁰.

Poderíamos, nesse diapasão, consignar que a premissa fundamental à tutela da propriedade intelectual é o acossamento do mercado, sem a qual não haveria desenvolvimento.

Explica-se, desde os primórdios da Propriedade Intelectual, entendeu-se que o mercado não deveria se auto-regular, e, crises atuais provam a importância da batuta estatal.

Portanto, para corrigir os *market failures*, os direitos evanescentes são compostos com uma dose de protecionismo àqueles que investiram, como uma mula ao retorno da quantia empenhada.

Havendo conflitos dentro do mercado atinente aos bens patrimoniais imateriais, dever-se-ia, portanto, utilizar o *welfare* jurídico como último critério, como se fosse o *décimo segundo camelo*⁴¹.

No entanto, sendo a tutela da propriedade intelectual um fato histórico recente⁴², não se pode afirmar que não houve um desenvolvimento tecnológico, ou que os criadores intelectuais jamais tiveram retorno pecuniário antes do estabelecimento do Direito pertinente⁴³.

39 FACHIN (2003, p. 113). “A paridade das circunstâncias inequívocas (...) devem ser contextualizadas no palco de uma sociedade que reificou o mercado e que, por isso, na lógica do consumo, se consome, reduzindo-se, então, a objeto de si mesma”.

40 No âmbito da saúde, por exemplo, temos o não uso das licenças compulsórias para com patentes farmacêuticas de enorme vulto, em nítida manifestação omissiva governamental, que acaba por privilegiar um titular a coletividade necessitada.

41 LUHMANN (2004, p. 35): “O sistema utiliza o camelo sem o possuir (...) fornece a possibilidade de se orientar pelo camelo como critério fixo de decisão [muito] embora se reserve igualmente a possibilidade de operar com premissas flutuantes”.

42 No âmbito nacional, para o setor farmacêutico, apenas após 1996 o direito passou a conceder patentes de invenção, nos termos da Lei 9.279/96, que seguiu a orientação do Acordo Trips.

43 Uma análise minuciosa sobre como a proteção dos Direitos Autorais serviu de desestímulo à criação no âmbito musical pode ser vislumbrada na obra de BARBOSA, Denis Borges. *On artefacts and middlemen: a musician's note on the economics of copyright*, disponível no site: <http://denisbarbosa.addr.com/On%20artifacts%20and%20middlemen%20final.pdf>, acessado no dia 23.09.2009, Pas 18:28.

Num verdadeiro círculo nada virtuoso, - permita-se aqui o trocadilho - inventou-se uma solução que fomentou os problemas. E, hoje, tal como uma dependência química, as doses da “solução” são aparentemente maiores ao tempo em que despertam efeitos mais tímidos.

A doutrina clássica toma o desenvolvimento das criações humanas (tecnológicas ou artísticas) como efeito da propriedade intelectual, e nunca como a sua causa.

Portanto, se a premissa principal para a configuração da tutela à propriedade industrial não é realmente essencial, podemos dizer que o “camelo é e não é necessário. O paradoxo constitui-se para a observação dos arranjos auto-referenciais no interior do sistema”⁴⁴.

Certamente o décimo segundo quadrúpede “torna as decisões possíveis”⁴⁵, ou no mínimo, serve de caução àqueles que pretendem investir no desenvolvimento de matéria imaterial patrimonial.

No que tange ao específico ramo do direito em epígrafe, os “critérios” do sistema político servem de grande influência⁴⁶, muitas vezes utilizados como norte para - através do sistema jurídico - atingirem sua finalidade negociada.

De outras vezes, o próprio poder constituído impede sua concretização, por contrariar-lhe o interesse político. E, ainda, um preceito constitucional frustra-se em sua realização por obstáculos opostos por injunções de interesses de segmentos econômica e politicamente influentes⁴⁷.

Se de um lado jamais restou indubitavelmente provado que a Propriedade Intelectual fomenta o desenvolvimento criativo (das criações artísticas ou científicas), de outro se percebe uma tendência de sempre majorar os direitos, os prazos, maximizar os efeitos.

Como num processo de retroalimentação, quão maior a tutela à propriedade imaterial, mais celeremente se demandará por uma renovação, cada

44 LUHMANN (2004, p. 36).

45 *Op cite*, p. 51.

46 “o código jurídico regula todas as comunicações internas, mas tão somente a comunicação interna do sistema jurídico. Não existe nem input do direito para o interior do sistema, nem tampouco output do direito para o exterior do sistema. Fora do direito não se pode fazer nada com o direito”, in LUHMANN (2004, p. 60).

47 BARROSO (2009, p. 61).

vez mais protetiva⁴⁸, cada vez menos exigente com o escopo do direito⁴⁹. Na seara marcária, *e.g.*, a proliferação⁵⁰ de signos “distintivos” nada criativos, que pleiteiam o uso exclusivo de termos nominativos evidentemente descritivos do produto ou serviço, acabam por minar o intuito legislativo de ponderar o direito à propriedade com o sinalagma exigido.

Felizmente, os precedentes judiciais parecem estar atentos às práticas comerciais que pouco observam as premissas legais:

A conclusão a que eu chego – verificando, inclusive, os diversos estabelecimentos comerciais que se espalham pelas cidades do Brasil, é que aquela criatividade comentada nos livros jurídicos sobre marcas comerciais, a emprestar “inteira distintividade” à marca, talvez não exista neste mundo real, pelo menos aqui no Brasil. Sabemos que o conceito de marca comercial nasceu no estrangeiro e foi importado para o Brasil. Creio que talvez esteja ainda em tempo de se fazer uma adequação de acordo com a realidade nacional, uma vez que os casos que são julgados aqui devem levar em conta a população no seio da qual as relações jurídicas em litígio se desenvolvem, bem como seus traços culturais⁵¹.

Se um empresário pode ser “dono” de um elemento nominativo que coincide com o conceito de sua atividade, o sistema jurídico lhe confere o título sobre algo inserido no domínio público, por atribuir o livre uso da língua portuguesa à apenas uma pessoa⁵².

Fato é que “expressões de caráter genérico, necessário, comum, vulgar ou simplesmente descritivo, não podem servir individualmente como

48 Se compararmos o prazo de vigência que era assegurado na égide do revogado Código da Propriedade Industrial, Lei 5.772/71, para com a nova Lei de Propriedade Industrial, número 9.279/96, perceberemos que os privilégios monopolísticos tiveram seu lapso total majorado em cinco anos, de quinze para vinte.

49 No viés patentário farmacêutico, destacamos as patentes de Segundo uso, de combinação, as patentes de seleção, os polimorfos, todas essas hipóteses utilizando um objeto já conhecido, introduzindo pequenos aperfeiçoamentos.

50 Como exemplo temos empresas denominadas “Casa do Pão de Queijo”, “Companhia do Terno”, “Casa do Biscoito”, que são titulares de registros marcários para, respectivamente, alienar pães de queijo, trajes masculinos finos e guloseimas.

51 BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 1ª Turma Especializada, Juíza Convocada Márcia Helena Nunes, AC 1999.51.01.023852-3, DJ 28.09.2007.

52 Sendo a lingual portuguesa objeto de tutela constitucional (artigo 13), de uso comum do povo (artigo 99, I, do Código Civil), ela não seria apropriável por quem quer que seja.

marca, sob pena de que se exclua o uso de sinal franqueado a todos, o que constituiria abuso”⁵³.

Portanto, se a letra fria da Lei impede tais registros de exclusiva, a interpretação dada pelo sistema político-econômico ao sistema jurídico, acha brechas de modo a adequar o texto normativo⁵⁴ à realidade forjada.

A tese do *secondary meaning*, ou do significado secundário, permitiria um titular de tal signo distintivo descritivo obter a exclusividade do termo por um uso contínuo, e fama adquirida, que levassem seu público alvo a identificar o comerciante além da designação intitulada.

Nesse sentido se encaminha a jurisprudência: “O reconhecimento da incidência no caso concreto da Teoria do Significado Secundário, conhecida na sua versão anglófona como *Secondary Meaning*, deve encontrar base em elementos probatórios que demonstrem a projeção desse novo significado perante o mercado e nunca pode implicar na apropriação do significado primário do sinal marcário”⁵⁵.

Se antes a marca deveria ser dotada de um mínimo de originalidade, com as corruptelas sistêmicas, hoje se exige – apenas – investimentos para que o descritivo passe a ser “famoso”.

Outro designio proveniente do sistema mercantil foi o expansionismo da amplitude dos direitos marcários. Se antes o Sistema Jurídico tinha como princípio informador o da especialidade⁵⁶, hoje todas as marcas – já evocativas ou descritivas – seriam objeto de *alto renome*⁵⁷.

A fama de uma marca depende do conjunto de esforços de cunho qualitativo e quantitativo empreendidos pelo titular. Inclui-se nisso os gastos de

53 BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 1ª Turma Especializada, Desembargador Abel Gomes, AC 2000.51.01.016011-3, DJ 05.12.2008.

54 Numa análise exegética, a Lei 9.279/96 proíbe expressamente a titularidade de signos descritivos, na forma do artigo 124, VI.

55 BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2ª Turma Especializada, Desembargador André Fontes, AC 2001.51.01.536393-6, DJ 19.05.2009.

56 Ou seja, o registro marcário assegura a propriedade do signo distintivo restringindo-a à classe, nicho, de atividade especificado no momento do registro. Dessa forma, poderíamos ter dois titulares de signos distintivos coincidentes (e homônimos) para atividades distintas.

57 Tal fenômeno, previsto como excepcional no artigo 125 da Lei 9.279/96, prevê que um signo marcário poderá angariar tutela em todos os nichos de mercado, independentemente de sua atuação ou registro nele, tendo em vista um renome alcançado capaz de ser identificado por todo e qualquer consumidor. Assim, a permissão da especialidade facultaria terceiro de, indevidamente, pegar “carona” na imagem construída pela marca afamada. Como exemplo temos a Coca-Cola, a Ferrari, a Microsoft.

propaganda e publicidade que a fama exige. A marca é famosa por virtude própria e não por muletas que o Poder Judiciário lhe venha a atribuir. A marca não é famosa somente porque o juiz assim disse e a declarou. Não deve o juiz tornar perene *in abstracto* uma situação de fato que depende da *voluntas et opinio* do consumidor, simplesmente porque a racionalidade do magistrado não é substitutiva da impressão dos consumidores⁵⁸.

Certamente é menos custoso utilizar-se de um signo que se aproxima do conceito, ou descreve, o produto/serviço disponibilizado, do que investir em nomes arbitrários/criativos, até que o consumidor remeta a marca à idéia querida sobre o objeto comercial.

Estes são alguns dos inúmeros dilemas enfrentados pelos operadores do nicho da Propriedade Intelectual, todos estes enviesados à proximidade do sistema econômico.

Na lógica financeira travestida de jurídica realiza-se a análise econômica do direito, que navega nos tormentos “mares da eficiência”, do custo legal, da supremacia dos axiomas do mercado.

Entretanto, a utilização da análise econômica subvertendo os valores jurídicos não parece ser consonante com a Carta Magna Vigente. Especialmente na área farmacêutica, o que é produtivo aos *Donos do Poder*⁵⁹, certamente não é o melhor para a sociedade como um todo.

Usando um exemplo drástico, se pensássemos no déficit previdenciário, a melhor solução para o sistema econômico era que todos os contribuintes morressem antes de fazer jus aos benefícios. Tal solução certamente não é o objetivo propugnado pelo Direito, pela ética, mas definitivamente atende aos anseios orçamentários. “A proteção dos direitos por vezes requer decisões que do ponto de vista da economia são ineficientes. Se não fosse assim, então o direito reduzir-se-ia a subsistema da economia, isto é, a função de guarda externa do funcionamento correto da racionalidade econômica”⁶⁰. Mas tal “embate” inter-sistêmico entre os pólos jurídico e econômico muitas vezes é tido como o principal foco de atenção na doutrina especializada. Sob tal perspectiva, olvida-se que

58 BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2ª Turma Especializada, Desembargador André Fontes, AC 2005.51.01.516614-0, DJ 17.08.2008.

59 Sem qualquer pretensão de plágio, utilizou-se a conhecida denominação da excelente obra de Raymundo Faoro. *In casu*, referimos aos titulares da tecnologia patentária, em sua maioria, empresas multinacionais.

60 PERLINGIERI (2008, p. 106).

ambos são manietados por um “terceiro”, um “parasita”. “Ambos os valores, direito e não-direito, anfitrião e convidado, são tão ocupados um com o outro e tão intimamente ligados, que eles não notam que um terceiro já está sentado a bastante tempo à sua mesa, fornecendo uma ordenação adicional e que talvez costuma até mais que o anfitrião”⁶¹.

Na propriedade intelectual, o banquete passou a ser devorado mais pela economia e pela política do que aquele que deveria sentar-se à cabeceira: o Direito.

No entanto, a conta, o ônus, de tamanha festança “gastronômica” continua a ser paga pelo velho “consumidor” de sempre: o cidadão.

5) Conclusão

No presente artigo perpassou-se rapidamente pelos conceitos principais da Teoria dos Sistemas luhmanniana. Para tanto, utilizou-se como referência alguma das principais questões jurídicas de maior polêmica.

Posteriormente, verificou-se a problemática imanente do “domínio” de influência dos sistemas no entorno do jurídico, especialmente na seara da hermenêutica à aplicação do direito.

Na propriedade intelectual, ramo historicamente dotado de afeições econômicas, vislumbrou-se a tendência hodierna de aplicar-lhe como norte a conhecida análise econômica do direito.

Contudo, não nos parece ser o melhor viés possível. Mesmo na ponderação dos conflitos entre eficiência e bem estar social, a utilização do *décimo segundo camelo* merece parcimônia⁶².

A eficiência – dinâmica – do direito pode estar na sua gradual incorporação pelos demais sistemas sociais. Uma extrema celeridade nos resultados afeitos aos paradigmas legais pode significar, também, na brevidade de eficácia da norma jurídica.

61 LUHMANN (2004, p. 88).

62 “A restituição do décimo segundo camelo significaria que o direito se limita, neste caso, a tomar conhecimento dos fatos, a saber, de [alguns] interesses e de [algumas] reivindicações e as conciliaria da maneira menos conflituosa possível” LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 62.

Entre a eficiência econômico-financeira, a tutela da dignidade da pessoa humana, e o incentivo à criatividade (artística ou científica), não foi a propriedade intelectual desenvolvida como uma seara jurídica antropofágica.

Sentar-se-ão indefinitivamente os sistemas econômico, político e jurídico, à mesma mesa, e partilharão solomônicamente os insumos, para que nenhum prevaleça sobre os demais.

6) Referências bibliográficas

- ARNAUD, André-Jean. e DULCE, Maria José Fariñas. *Introdução à análise sociológica do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BARBOSA, Denis Borges. *On artefacts and middlemen: a musician's note on the economics of copyright*, disponível no sítio: <http://denisbarbosa.addr.com/On%20artifacts%20and%20middlemen%20final.pdf>.
- BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 9ª Edição, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- BRASIL, República Federativa do. Constituição Federal de 1988.
- _____, Código Civil de 2002, Lei 10.406.
- _____, Lei de Propriedade Industrial, de número 9.279/96.
- _____, Acordo Trips, Decreto-Lei 1.355/94.
- _____, Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-Lei nº 4.657/42.
- _____, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2ª Turma Especializada, Desembargador André Fontes, AC 2001.51.01.536393-6, DJ 19.05.2009 e AC 2005.51.01.516614-0, DJ 17.08.2008.
- _____, 1ª Turma Especializada, Juíza Convocada Márcia Helena Nunes, AC 1999.51.01.023852-3, DJ 28.09.2007.
- _____, 1ª Turma Especializada, Desembargador Abel Gomes, AC 2000.51.01.016011-3, DJ 05.12.2008.
- CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, 3ª Edição, tradução por CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes.

- CORTIANO, Eroulths Junior. O Discurso Jurídico da Propriedade seus Rupturas: Uma Análise do Ensino do Direito de Propriedade. Rio de Janeiro; Editora Renovar, 2002.
- FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil. Ed. Renovar, Rio de Janeiro; 2003.
- LUHMANN, Niklas. *A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- NAVARRO, Pietro. La teoría de Sistemas de Niklas Luhmann y El Derecho in Juan António Garcia Amado (org.) *El derecho en la teoría social*, Madrid: dykinson, 2001.
- PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Editora Renovar; Rio de Janeiro, 2007.
- _____. *O direito civil na legalidade constitucional.* tradução por CICCO, Maria Cristina de. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Autor convidado