LUIZ GUILHERME VEIGA VALENTE

DIREITO, ARTE E INDÚSTRIA:
O problema da divisão da propriedade intelectual na Economia Criativa

Tese de Doutorado

Orientador: Prof. Doutor Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa

Universidade de São Paulo

Faculdade de Direito

São Paulo

2019

LUIZ GUILHERME VEIGA VALENTE

DIREITO, ARTE E INDÚSTRIA:
O problema da divisão da propriedade intelectual na Economia Criativa

Versão Corrigida

(Versão original encontra-se na unidade que aloja o Programa de Pós-graduação)

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Comercial, sob a orientação do Prof. Doutor Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa.

São Paulo

2019

Serviço de Processos Técnicos da Biblioteca da

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Valente, Luiz Guilherme Veiga

Direito, arte e indústria: o problema da divisão da propriedade intelectual na Economia Criativa / Luiz Guilherme Veiga Valente. – São Paulo, 2019. 376 p. ; 30 cm.

Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.
Orientador: Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa.

1. Propriedade intelectual. 2. Direito autoral. 3. Propriedade industrial. 4. Economia da cultura. I. Gouvêa, Carlos Pagano Botana Portugal, orient. II. Título.

LUIZ GUILHERME VEIGA VALENTE

DIREITO, ARTE E INDÚSTRIA:
O problema da divisão da propriedade intelectual na Economia Criativa

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Comercial, sob a orientação do Prof. Doutor Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa.

São Paulo, ____ de _____ de 2019.

_____

Nome:

_____

Nome:

_____

Nome:

_____

Nome:

_____

Nome:

"O velho emergiu, refrescado, sorridente, salpicando confiança. – É isso. Anos atrás, você sabe, a arte era um subproduto da religião.

– A arte? – perguntei com a taça no ar.

– A arte. A música, a pintura, os livros. Na Idade Média, tudo estava a serviço da Igreja. – Zombou de minha admiração, sacudiu a cabeça para confirmar o que dissera. – Era assim. Agora não é mais, mas estamos indo por aí, a arte está a serviço da propaganda. Música para o rádio; desenhos, pinturas para os anúncios, os cartazes; literatura para os textos, os *booklets*. Que tal? Em Paris e Nova York fizeram propaganda com versos de poetas de primeira linha. Então, não é só o caso de conseguir ganhar dinheiro. Há muitas outras coisas, é uma área complicada".

(Juan Carlos Onetti, *A Vida Breve*)

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a meu irmão, Maurício, que me ensinou a ler e a escrever; a meus pais, André e Celina, por todo o amor e suporte incondicionais nesta empreitada acadêmica, e a Rita, que sempre me tratou como um filho.

Sou também extremamente grato a meu orientador, Prof. Carlos Portugal Gouvêa, pela imensa paciência, confiança e atenção ao longo desta jornada.

Agradeço, da mesma forma, à Prof.ª Severine Dusollier, do Instituto de Ciências Políticas de Paris (*Sciences Po*); ao Prof. Lionel Bently, da Universidade de Cambridge; aos Profs. Gaetano Dimitta, Florian Koempel e Apostolos Chronopoulos, do Centro de Estudos em Direito Comercial da *Queen Mary University of London*; aos Professores José Reinaldo Lima Lopes e Juliana Krueger Pela, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pelas valiosas sugestões e comentários.

Expresso igual gratidão aos membros da banca examinadora, Profs. Guilherme Carboni, Paula Westenberger, Simone Lahorgue Nunes, Newton Silveira e, mais uma vez, Prof.ª Juliana Krueger Pela. Suas observações e críticas foram essenciais para a elaboração desta versão final do trabalho, mais aprimorada.

Agradeço também a Rodrigo Valverde, a quem, muito mais do que um chefe, considerarei sempre como um amigo e um irmão; e a Flavia Mansur Murad, Cassio Mosse e Rodrigo Salinas, pelas discussões acerca da propriedade intelectual, que muito me ajudaram nesta pesquisa.

Registro minha gratidão também aos amigos que tanto me auxiliaram nesta jornada acadêmica: Bruno Becker, Caio Yoshikawa, Diego Nocetti, Felipe Russomanno, Lilian Cintra de Melo, Luiz Antônio Galvão, Maria Cláudia Girotto do Couto, Maria Luiza Gorga, e Raquel Pimenta. Agradeço especialmente a Jozi Uhebe e Juliana Mattar, por terem sido minha família em Londres; e a Paula Kotchetkoff, Regina Valverde e Suzy Toussaint, que tão bem me acolheram em Paris. Igualmente, agradeço a Bruno Rodrigues e Juliana Marques pela ajuda nas traduções entre francês e português; e a André Galvão Bueno e Matheus Peixoto, pelo auxílio na mudança para Paris.

Sou grato também a Gabriel, por todo o apoio, e a Lena e Luciana, sem a ajuda de quem eu não teria chegado até aqui.

Por fim, agradeço à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que me permitiu realizar esta pesquisa, e, sobretudo, à população paulista, que financia a Universidade por meio de imposto regressivo, especialmente oneroso aos mais pobres. Deixo também meu agradecimento à *Queen Mary University of London* e à *Sciences Po*, por terem me recebido na fase internacional da minha pesquisa; e ao Prof. Calixto Salomão Filho, cuja recomendação me abriu as portas para instituições tão prestigiadas.

RESUMO

VALENTE, Luiz Guilherme Veiga. *Direito, arte e indústria:* O problema da divisão da propriedade intelectual na Economia Criativa. 2019. 375 p. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

Os regimes da propriedade intelectual enfrentam problemas de adaptação no cenário contemporâneo. O surgimento da Economia Criativa, de um lado, e a evolução do próprio conceito de arte, de outro, provocaram uma aproximação entre artigos industriais e obras artísticas, passando estas a serem produzidas também dentro de uma lógica comercial. Essas mudanças não foram acompanhadas pelo Direito, resultando em institutos jurídicos que hoje não se aplicam apropriadamente, ao tutelarem excessivamente bens considerados como artísticos (tais quais esculturas, desenhos, fotografias e filmes), ao mesmo tempo em que dispensam tratamento menos restritivo para produtos semelhantes, de setores econômicos em ascensão, como artigos de design. Este trabalho confirma a hipótese de que tal descompasso se deve à manutenção da divisão histórica das categorias da propriedade intelectual (a propriedade industrial e os direitos autorais), engessando a visão clássica da separação entre arte e indústria. Como solução, propomos uma série de diretrizes para orientar eventuais reformas legislativas, como também a doutrina e a jurisprudência, visando a reduzir a defasagem tanto entre os dois regimes jurídicos, quanto entre sua fundamentação original e a realidade atual de sua tutela.

Palavras-chave: 1. Propriedade intelectual. 2. Direito autoral. 3. Propriedade industrial. 4. Economia da cultura.

ABSTRACT

VALENTE, Luiz Guilherme Veiga. *Law, art and industry:* The problems caused by the divide of intellectual property in the Creative Economy landscape. 2019. 375 p. Doctorate Thesis – University of São Paulo, São Paulo.

Intellectual property legal regimes in Brazil struggle to adapt to the current society. The emergence of the Creative Economy as well as the evolution of the concept of art have brought together industrial items to artistic works. Such changes have deep implications that are not reflected in Law. Legal regimes associated with intangible goods do not apply properly nowadays, as they rigorously protect objects considered as artistic (such as sculptures, drawings, photographs and films), but do not provide the same treatment for similar items provided by new economic sectors, like design products. This research argues that such discrepancy is due to the maintenance of the historical division between the categories of intellectual property, particularly, author's rights and industrial property, deepening the classic distinction between industry and art. As a solution, we advance a series of guidelines for reformers, legislators, scholars and judges, in order to reduce the gap between the two legal regimes, and the mismatch between their original rationale and the reality they currently protect.

Keywords: 1. Intellectual property. 2. Copyright. 3. Industrial property. 4. Culture economy.

RÉSUMÉ

VALENTE, Luiz Guilherme Veiga. *Droit, art et industrie*: Les problèmes provoquées par la divison de la propriété intellectuelle dans l'Économie Créative. 2019. 375 p. Thèse Doctorale – Université de São Paulo, São Paulo.

Les régimes juridiques de propriété intellectuelle ont du mal à s'adapter dans le contexte contemporain. L'émergence de la Économie Créative, d'une part, et l'évolution du concept d'art lui-même, d'autre part, ont conduit à un rapprochement entre produits industriels et œuvres artistiques, ces dernières étant aujourd'hui également produits dans une logique commerciale. Ces modifications n'ayant pas été prises en compte par la loi, les régimes juridiques relatifs aux créations immatérielles ne disposent pas d'une application adéquate de nos jours. Par conséquent, le Droit protège de façon excessive les actifs considérés comme artistiques (tels que les sculptures, les dessins, les photographies et les films), tandis que des produits similaires sur lesquels se sont basés des secteurs économiques émergents, comme le design, bénéficient d'un encadrement plus souple. Cette étude confirme l'hypothèse selon laquelle cette divergence est due au maintien de la division historique des catégories de propriété intellectuelle (notamment les droits d'auteur et la propriété industrielle), renforçant ainsi la séparation classique entre industrie et art. En guise de solution, nous proposons une série de lignes directrices pour mener des réformes législatives éventuelles, la doctrine juridique et la jurisprudence, afin de réduire l'écart entre les deux régimes juridiques, ainsi que le déséquilibre entre leur raison d'être d'origine et la réalité actuelle de leur protection.

Mots-clés: 1. Propriété intellectuelle. 2. Droit d'auteur. 3. Propriété industrielle. 4. Économie culturelle.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 13

2 AS FUNÇÕES SOCIOECONÔMICAS DA ARTE 19

2.1 Da Antiguidade ao século XIX 19
2.2 A divisão entre arte e artesanato 27
2.3 O Modernismo 32
2.4 As Vanguardas 35
2.5 A Arte Contemporânea 40
2.6 Os novos papéis da arte 47
2.6.1 Arte como entretenimento 48
2.6.2 Arte como publicidade 50
2.6.3 Arte como investimento 52
2.7 O artista-empresário e a empresa-artística 54
2.8 Indústria Cultural e Economia Criativa 58

3 A EVOLUÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL: DOUTRINA AUTORALISTA 62

3.1 Breve histórico do regime autoral 64
3.1.1 Antiguidade e Idade Média 64
3.1.2 Inglaterra 69
3.1.3 França 77
3.2 Análise doutrinária 86
3.2.1 Natureza jurídica 87
3.2.2 Diferenças em relação à propriedade industrial 96
3.2.3 Arte aplicada 100
3.2.4 O autor romantizado 106
3.2.5 A questão econômica 110
3.2.6 O debate internacional 115
3.3 Verificação da hipótese 118

4 A EVOLUÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL: DEBATES LEGISLATIVOS 123

4.1 Do Primeiro Império ao Estado Novo 125
4.1.1 Natureza jurídica 131
4.1.2 Diferenças em relação à propriedade industrial 136
4.1.3 Arte aplicada 138

4.1.4 O autor romantizado 139
4.1.5 A questão econômica 142
4.1.6 A questão internacional 146
4.2 De 1950 a 2018 150
4.2.1 Natureza jurídica 151
4.2.2 O autor 153
4.2.3 Indústrias limítrofes 158
4.2.4 A questão econômica 162
4.2.5 A questão internacional 172
4.3 Verificação da hipótese 174

5 OS PROBLEMAS DA ATUAL DIVISÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL 179

5.1 Direitos autorais *vs.* propriedade industrial 180
5.1.1 O objeto de tutela dos direitos autorais 181
5.1.2 O objeto de tutela da propriedade industrial 189
5.1.3 O sujeito titular de direitos 195
5.1.4 A justificativa econômica 202
5.1.5 Prazo 205
5.1.6 Registro 209
5.1.7 Direitos morais 210
5.2 O anacronismo dos direitos autorais 218
5.2.1 O avesso dos direitos autorais 218
5.2.2 Direitos autorais como direitos de personalidade 223
5.2.3 Direitos autorais como direitos humanos 229
5.2.4 Direitos autorais na era digital 235
5.3 Indústrias limítrofes 243
5.3.1 Design 243
5.3.1.1 O caso brasileiro 244
5.3.1.2 Caso inglês: noções artísticas e proteção industrial 248
5.3.1.3 Caso inglês: O que é arte? O pandemônio judicial 260
5.3.2 Software 266
5.3.2.1 Peculiaridades 268
5.3.2.2 Tutela brasileira: um regime sui generis 271

6 POSSÍVEIS SOLUÇÕES 277

6.1 Modelos alternativos à propriedade intelectual 278

6.1.1 Críticas à propriedade intelectual 278
6.1.2 *Creative commons* 296
6.1.3 Software livre e código aberto 301
6.1.4 Modelos substitutos 302
6.2 Diretrizes para uma eventual reforma 308
6.2.1 Atualizar a fundamentação 309
6.2.2 Repensar o sujeito de tutela 311
6.2.3 Repensar classificação como direitos humanos e de personalidade 313
6.2.4 Repensar os direitos morais 314
6.2.5 O objeto de tutela: mais ou menos categorias? 316
6.2.6 Repensar prazos e registro facultativo 321
6.2.7 Consideração dos efeitos econômicos e sociais 325
6.3 Limitações no plano internacional 328
6.3.1 Ausência de limitações à reconsideração do sujeito da tutela 329
6.3.2 É possível reconfigurar os direitos morais? 330
6.3.3 Limitações à reorganização das categorias 331
6.3.4 É possível repensar os prazos e facultatividade do registro? 334
6.3.5 Futuras abordagens: uma reforma mais ampla 336

7 CONCLUSÃO 338

REFERÊNCIAS 346

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Momentos da evolução do regime autoral..... 118
Quadro 2 – Questionamentos do capítulo 120

1 INTRODUÇÃO

"[...] ganhar dinheiro é arte, trabalhar é arte, e bons negócios são a forma suprema de arte". Dita originalmente em 1975, essa frase tornou-se um dos maiores clichês de Andy Warhol (2007, p. 92), o que não a impede de traduzir com exatidão o rumo que tomou a arte a partir da segunda metade do século XX e que predomina até os dias atuais. Isso não significa, porém, que a lógica mercadológica tenha sempre imperado no cenário artístico.

A arte tem apresentado uma série de papéis socioeconômicos distintos ao longo da História, que revelam diferentes noções de autor e obra, bem como da forma como ambos se relacionam – tanto do ponto de vista da criação como de sua comercialização. Entre o Renascimento e a primeira metade do século XX predominou a ideia da profissão artística como algo sacramental, uma expressão da individualidade humana. Em razão disso, a arte passou a ser vista de forma separada em relação a atividades com funções utilitárias, como o artesanato. Dessa maneira, sendo o mercado considerado como atividade menos "elevada", se censuraria (moral e, por vezes, legalmente) o artista que se imiscuísse com a venda de suas obras.

Foi nesse período que os regimes contemporâneos da propriedade intelectual surgiram. Tendo os privilégios concedidos pelo Estado como forma embrionária, desenvolveram-se entre o final do século XVIII e a primeira metade do século XIX como reconhecimento de um direito natural, junto às demais prerrogativas do cidadão difundidas pelo Iluminismo. Em paralelo à separação entre arte e indústria, estabeleceu-se uma divisão do instituto em duas grandes categorias: a propriedade industrial, direcionada à proteção das criações utilitárias, de modo mais próximo do sistema dos privilégios; e os direitos autorais, voltados às obras estéticas, "criações do espírito", sobre os quais se atribuiu um caráter de tutela de personalidade.[1]

Entretanto, se o cenário artístico modificou-se no decorrer do século XX, com a reaproximação da arte e do mercado na emergência da chamada Economia Criativa, a estrutura bipolar da propriedade intelectual – para usar a terminologia de Reichman (1994)

[1] Ao longo deste trabalho, falaremos em história da arte e da propriedade intelectual de forma genérica. Note-se, todavia, que o nosso recorte se restringe à perspectiva ocidental, deixando de fora uma série de outros países. Por mais que se exclua, assim, uma vasta e interessante parte da história humana (tanto artística como dos direitos intelectuais), a concisão metodológica e a falta de elo com o caso brasileiro exigem essa demarcação geográfica.

– manteve-se ainda mais firme, por meio da expansão do regime autoralista, afastando-se do seu antípoda: as marcas, as patentes e os desenhos industriais.

Tais setores limítrofes (como o design, a moda, as bases de dados e, mais tarde, os softwares) acabam por apresentar problemas para a aplicação da configuração clássica da propriedade intelectual. Doutrina, legislador e jurisprudência por vezes se ocuparam dos desafios trazidos por essas novas indústrias. Não obstante, costumam focar sobre cada um desses domínios separadamente, não identificando o problema na incompatibilidade entre a macrodivisão do instituto jurídico e a nova realidade econômica e artística.[2] Dessa forma, as soluções que trazem acabam por ser pontuais e imediatistas, e, portanto, incapazes de endereçar devidamente os pontos que visam a resolver.

Este trabalho propõe outra abordagem. Nossa hipótese é de que os conflitos de adaptação da propriedade intelectual à Economia Criativa resultam do fato de sua estrutura bipolar basear-se num modelo de produção artística ultrapassado, não tendo a fundamentação contemporânea dos direitos autorais e da propriedade industrial acompanhado as transformações sociais e econômicas dos mercados artísticos.[3]

---

[2] A exceção é Reichman (1994 e 1995), que estudou o problema de forma mais holística. No entanto, como explicaremos ao longo deste trabalho, nos distanciamos de sua visão na medida em que enxerga mais semelhança entre os regimes criados para atender as indústrias limítrofes do que entre estes e os institutos localizados nos polos do espectro da propriedade intelectual (isto é, os direitos autorais e a propriedade industrial). Na mesma linha, Reichman não enxerga uma discrepância entre a fundamentação do regime autoralista e a realidade que visa a tutelar hoje, não vislumbrando uma aproximação deste em relação às marcas e patentes. Por fim, seu enfoque recai, em grande parte, sobre categorias que, para nós, não são o cerne do problema, como cultivares e topografias de circuitos integrados.

[3] O problema central dessa tese relaciona-se ao conceito de "exaustão paradigmática" (FARIA apud LEMOS, 2005b, p. 7-8): "A questão faz-se ainda mais complexa, pois surge posta no âmbito da situação apontada pela sociologia do direito como 'exaustão paradigmática'. Trata-se do esvaziamento das categorias forjadas pela doutrina jurídica do século XIX, de racionalidade primordialmente lógico-formal, levando ao esgotamento de modelos analíticos exclusivamente jurídicos na solução de problemas normativos. Assim, a ordem jurídica torna-se um conjunto normativo *ideal*, contraposto a uma desordem *real*, derivada da incompatibilidade entre tipos de racionalidade distintos que se formam com certa autonomia no âmbito de diferentes instituições sociais. A dogmática jurídica, ao tentar conciliar essas incompatibilidades, esses conflitos de interesse e embates entre diferentes perspectivas de mundo, acaba valendo-se, para tanto, de uma racionalidade lógico-formal. Por isso, torna-se arremedo de um monólogo sem ouvintes, ou acaba por produzir resultados normativos completamente contrários ao seu substrato axiológico".

Dessa forma, sugerimos a adoção dos métodos de mapeamento e aprofundamento crítico propostos por Unger (1996) e trazidos para o âmbito da propriedade intelectual por Lemos (2005b, p. 11-13): "O objetivo é enfrentar as transformações do direito em face do desenvolvimento tecnológico dentro da teoria geral do direito, mas de uma perspectiva de resolução prática de problemas, e não de reorganização lógico-formal de conteúdos jurídicos de pouca ou nenhuma conseqüência prática. O critério para a realização da crítica proposta leva em consideração caracteres interdisciplinares como forma de analisar institutos jurídicos do ponto de vista dos interesses econômicos, políticos etc., congregados por ele. Também como exemplo, o próprio critério de aprofundamento dos temas mapeados é político, e não se deriva de qualquer preceito lógico-formal. [...] Em vez de preocupar-se com análises genealógicas ou

Para tanto, dividiremos nossa análise em seis partes.

No Capítulo 2, exporemos como a arte assumiu diferentes funções ao longo da História. Veremos, portanto, como passou de um meio de consolidação da nobreza e de propaganda religiosa, na Antiguidade e na Idade Média, para um veículo de propaganda dos Estados e, posteriormente, da burguesia iluminista. De igual maneira, explicaremos a evolução da sua forma de financiamento: do mecenato, no início da Era Moderna, para o desenvolvimento dos mercados consolidados de obras artísticas, entre os séculos XVIII e XX. Nesse sentido, analisaremos sua separação em relação ao artesanato, no Renascimento, focando progressivamente numa perspectiva mais individualista do autor e da obra (esta como expressão da personalidade daquele) e de afastamento da práxis cotidiana. Em seguida, investigaremos como, no final do século XIX, esse cenário seria paulatinamente criticado: primeiramente, pela reação do Modernismo à ascensão das formas de reprodução em massa; e, posteriormente, pelas Vanguardas, rompendo radicalmente com a concepção autônoma de arte. Nesse contexto, observaremos o surgimento de correntes tentando uma reaproximação de arte e indústria, como o *Arts & Crafts*, a *Art Nouveau* e, no começo do século XX, a Escola Bauhaus. Por sua vez, estudaremos de que maneira, por volta dos anos 1950, movimentos como o *Popismo* introduziriam a aceitação do aproveitamento comercial da obra pelo próprio artista. Analisaremos, então, os papéis mercadológicos que a arte assume nesse novo cenário, de entretenimento, publicidade e investimento. Nessa linha, veremos em que consiste a Economia Criativa, resultante das transformações percebidas no século XX.

Nos Capítulos 3 e 4, traremos uma breve visão geral da origem e evolução dos regimes jurídicos relativos às criações artísticas, literárias e científicas. Nosso objetivo é identificar os contextos, os interesses e os argumentos por trás dos mecanismos de proteção

---

ontológicas do conceito de propriedade intelectual, forjadas sobretudo no século XIX, e suas repercussões para a situação atual, esse método propõe a identificação dos principais problemas tangíveis derivados dessas transformações em seu contexto social, tecnológico e jurídico, para então se aprofundar em pontos específicos, almejando explicitar as alternativas institucionais daí decorrentes. Se a propriedade intelectual forjada no século XIX passa a apresentar sérios problemas de eficácia quando depara com a evolução tecnológica, não cumpre apenas ao jurista apegar-se de modo ainda mais ferrenho aos seus institutos como forma de resolver o problema, coisa que a análise jurídica tradicional parece querer fazer. Cumpre, sim, ver as alterações que a idéia de propriedade intelectual sofre ou poderia sofrer em razão dessas transformações, enfrentando essas questões de maneira aprofundada, sob pena de se ignorar uma parcela muito grande da realidade. [...] Nesse sentido, inevitavelmente, devem-se considerar as transformações institucionais necessárias para que tal eficácia seja alcançada, ou considerar se faz ainda algum sentido a manutenção dessas estruturas normativas tradicionais. Em outras palavras, a questão começa a tornar-se relevante quando se inicia a partir do ponto em que a chave é *se a nova realidade deve adaptar-se ao velho direito ou se o velho direito deve adaptar-se à nova realidade*".

dessas obras, a fim de verificar se existe um paralelo histórico entre as normas brasileiras e as mudanças na produção artística e literária, analisadas no capítulo anterior. Assim, testaremos a hipótese de que os direitos autorais, como atualmente previstos em nossa legislação, foram guiados por uma visão social e econômica de arte datada do final do século XVIII e da primeira metade do século XIX, período em que havia uma clara divisão entre arte e indústria. Dessa forma, estaria justificada a distinção de tratamento jurídico de cada um desses setores, bem como as divergências entre os regimes autoralista e da propriedade industrial. Nesses dois capítulos, tentaremos averiguar (i) que ideias de autor, artista e editor foram consideradas pelos doutrinadores e legisladores brasileiros e se coincidem com o atual cenário da Economia Criativa que teremos descrito no capítulo anterior; (ii) em que medida as questões econômicas subjacentes às produções artísticas e literárias foram levadas em conta; e (iii) se a aproximação entre arte e indústria foi, em certo ponto, posta em discussão. Veremos, assim, quais teorias acerca da natureza jurídica dos direitos autorais foram sustentadas pela doutrina clássica e pelos congressistas brasileiros; bem como quais diferenças colocaram em relação à propriedade industrial; os problemas que essa divisão apresentou já com a arte aplicada; a figura romantizada de autor ao redor da qual se centraram os debates; em que extensão argumentos e interesses econômicos foram considerados; e em que medida esses interesses se identificaram na esfera internacional.

O Capítulo 3 abordará especificamente a doutrina. Iniciaremos pela história das primeiras formas modernas dos direitos autorais: o copyright inglês e o *droit d'auteur* francês – regime este adotado no Brasil.[4] De igual maneira, sendo tardias tanto nossa legislação como nossa doutrina sobre o assunto, nossa pesquisa se baseará majoritariamente em trabalhos franceses, devido à influência que tiveram em nosso país.

No Capítulo 4, analisaremos os debates que antecederam a promulgação dos diplomas brasileiros que regem a propriedade intelectual, a fim de verificar em que medida as discussões contemporâneas sobre a incompatibilidade dos regimes de propriedade intelectual com a realidade contemporânea influenciaram nossa legislação sobre o tema.

---

[4] Por mais que esses dois regimes (copyright e *droit d'auteur*) apresentem suas diferenças (especialmente no foco maior deste segundo à tutela da personalidade), como ficará claro ao longo deste trabalho, por vezes observamos a ocorrência do mesmo fenômeno em ambos. Assim sendo, haverá momentos em que o termo "direitos de autor" será usado em referência também ao instituto adotado pelos países do *common law*.

No Capítulo 5 veremos quais são os problemas que a divisão da propriedade intelectual apresenta no cenário contemporâneo. Exploraremos as características de cada um desses regimes que estabelece tal descompasso, atribuindo maior proteção às obras artísticas, científicas e literárias do que aos artigos industriais. Tais elementos se observam na distinção entre os objetos de tutela de cada um dos institutos, nos seus respectivos sujeitos titulares e direitos, além das justificativas econômicas que os embasam. Nesse sentido, o caráter mais protetivo dos direitos autorais – isto é, atribuindo, de uma forma geral, mais direitos ao seu titular do que aqueles previstos pela propriedade industrial – será observado nos prazos maiores de exclusividade que são concedidos sob esse regime, bem como na sua prescindibilidade de registro e na concessão de direitos morais. A partir daí, analisaremos como esse tratamento mais restritivo (fundamentado numa visão romantizada da criação artística) faz que os direitos autorais apresentem certo anacronismo no cenário contemporâneo. Como veremos, isso se dá por quatro razões: (i) a existência de um avesso aos direitos autorais; (ii) seu tratamento como direitos de personalidade; (iii) sua configuração como direitos humanos; e (iv) a dificuldade de adaptá-los ao entorno digital. Em seguida, trataremos dos problemas que o descompasso entre direitos autorais e propriedade industrial apresenta quando usados para tutelar artigos resultantes da aproximação entre arte e indústria. Isso porque, como veremos, essas criações fundem elementos dos bens tradicionalmente cobertos por um ou outro instituto, o que ocasiona questionamentos sobre qual dos dois seria aplicável, com a possibilidade de sobreposição entre eles ou mesmo uma lacuna de proteção. Usaremos como exemplo a disciplina do design tanto no Brasil como na Inglaterra, onde as mudanças no cenário artístico do século XX por vezes foram consideradas na elaboração e aplicação das normas sobre a matéria. Nosso segundo exemplo será o software, dotado de particularidades (e de interesses econômicos significativos por trás) que resultaram em dúvidas quanto à forma mais adequada de tutela.

O Capítulo 6 abordará as possíveis soluções para a problemática causada pela divisão entre direitos autorais e propriedade industrial. Revisaremos as críticas estabelecidas pela literatura econômica e de *Law and Economics* à propriedade intelectual como um todo. Então, veremos quais são as alternativas hoje sugeridas, como os *creative commons*, softwares livres e de código aberto, e uma extinção total da regulação de bens autorais e industriais. Nosso objetivo será avaliar se tais propostas resolvem ou não os problemas explorados neste trabalho. Em seguida, tentaremos traçar algumas diretrizes que

poderão guiar futuras novas soluções. Não é, contudo, pretensão deste trabalho trazer soluções definitivas, que resolveriam completamente a questão aqui analisada. Assim, aproximamo-nos da linha dos *Critical Legal Studies*, focando-nos em identificar os problemas causados pela divisão da propriedade intelectual no cenário contemporâneo, bem como orientações a serem seguidas em futuras iniciativas para tratá-los. Finalizaremos essa parte analisando se os tratados internacionais relativos à propriedade intelectual dos quais o Brasil é signatário impõem restrições a tais diretrizes.[5]

Por fim, apresentaremos nossas conclusões.

A história da arte é fascinante. A história da propriedade intelectual, não menos. Da mesma forma, a interseção entre ambas revela uma dinâmica complexa, repleta de particularidades. Não obstante, esse tema tem ocupado menos espaço na doutrina (tanto atual como antiga) do que o merecido.

Tal lacuna parece existir em razão da tendência de se enxergar tanto a propriedade intelectual quanto a arte de forma estática: isto é, como se tivessem sempre existido de determinada maneira, dissociadas do panorama socioeconômico por trás de sua configuração em determinado momento. De igual maneira, a maior parte das obras que se dispõem a investigar a relação entre os regimes jurídicos e as questões artísticas tem como foco sobretudo a literatura, apenas margeando outras formas de expressão. Este trabalho se coloca no sentido oposto, tentando situar historicamente os direitos autorais e a propriedade industrial numa abordagem mais ampla do fenômeno artístico, para entender a razão da incompatibilidade que apresentam no cenário contemporâneo.[6]

---

[5] Nessa linha, sempre que nos referirmos a artigos desses tratados ou mesmo de diplomas estrangeiros mencionados, usaremos a terminologia e formatação desses documentos, de modo que o próprio termo "artigo" por vezes aparecerá iniciado em maiúscula, e por vezes será abreviado na forma de "art.", como faz a legislação brasileira. Também, a numeração será cardinal ou ordinal de acordo com o formato adotado pelo diploma em que consta. Em igual sentido, artigos de leis estadunidenses e inglesas geralmente serão introduzidos pela abreviação "*s.*", de *section* (ou "*ss.*", quando no plural).

[6] A quantidade de notas de rodapé talvez assuste o leitor. Assim, uma última observação é cabível antes de começarmos: este trabalho é escrito de forma a possibilitar duas leituras diferentes. O corpo do texto guarda as informações centrais exploradas aqui. No entanto, para o leitor que queira uma abordagem mais aprofundada, as notas servem para se debruçar em mais detalhes, sugerindo também outros assuntos que se relacionam aos temas nucleares desta pesquisa.

2 AS FUNÇÕES SOCIOECONÔMICAS DA ARTE

É possível, no curso da História, identificar uma evolução dos papéis que a arte (em suas diversas áreas, desde pintura e escultura até música, passando pela literatura) desempenhou nos âmbitos social e econômico. Conforme analisaremos neste capítulo, o tratamento da atividade artística como um segmento comercial, voltado para o mercado e, em muitos aspectos, próximo da produção industrial, é relativamente recente. Muito antes disso, as obras de arte tiveram diversos outros propósitos predominantes e distintas fontes de financiamento. Veremos a seguir a evolução de tais funções, para que possamos compreender nos capítulos posteriores, de um lado, o substrato material para o surgimento dos regimes de direitos autorais e da propriedade industrial, bem como seus impactos na legislação brasileira, e, de outro, a incompatibilidade entre tais institutos e a realidade atual, em que despontam os setores componentes da chamada Economia Criativa.

2.1 Da Antiguidade ao século XIX

Na Antiguidade Clássica, a produção artística servia principalmente à valorização de padrões estéticos e do culto religioso. Dentro da tradição grega, a escultura e a pintura eram vistas como trabalho manual, não sendo tão apreciadas quanto a produção intelectual, que era feita pelos homens livres (GOMBRICH, 2000, p. 218).[7] Da mesma forma, não havia um conceito próprio de arte, de modo que se misturava com a ideia de beleza (EVRARD; COLBERT, 2000, p. 5), a qual, por sua vez, mesclava-se com o caráter de funcionalidade da obra. Nesse sentido, Heidegger (2010, p. 149) diz que os gregos usavam as mesmas palavras para designar arte e artesanato (*techné*) e artista e artesão (*technités*).

Ao longo da história helênica, vários filósofos, como Aristóteles, Platão e os Sofistas, propuseram diversos critérios para categorização das artes, seja com base na oposição entre valor utilitário e apreciativo; valor produtivo e possibilidade de reprodução;

---

[7] De forma semelhante, Carboni (2010, p. 28) nos ensina que, inicialmente, a escrita era vista como um ofício, um comércio praticado por profissionais contratados para escrever um documento, semelhante a um pedreiro contratado para construir uma casa. Ainda assim, nos explica que, em Atenas, "[o]s livros eram distribuídos como presentes, ou ainda, emprestados e não colocados à disposição no mercado [...]" (Ibidem, p. 35), o que denota a ausência de um verdadeiro mercado literário na Antiguidade, tal como o conhecemos hoje, também inexistente em outros campos artísticos, como a pintura, conforme trataremos mais adiante.

artes liberais, baseadas na atividade intelectual, e artes vulgares, fruto da atividade física (GREFFE, 2013, p. 35-36).[8]

Apesar de tê-la conquistado militarmente, Roma acabou sendo culturalmente dominada pela Grécia (GOMBRICH, 2000, p. 67). No cenário artístico, os romanos não apenas incorporaram os motivos e parâmetros estéticos dos gregos, mas também estenderam o papel da arte, a qual passou a ser patrocinada pelo Estado e pelos indivíduos mais ricos, como forma de obtenção de prestígio.

Durante a Idade Média, a produção artística manteve algumas semelhanças em relação à Antiguidade. O enfraquecimento do Estado, após a queda do Império Romano, fez da Igreja o principal financiador das obras – ainda como forma de aquisição de status –, que seguem, portanto, muito restritas ao contexto religioso (BÜRGER, 1984, p. 47). Além disso, a noção de beleza permaneceu vaga, correspondendo à adequação do objeto à sua função. Por fim, não podiam ser vistas nem categorias precisas de obras, nem uma separação entre arte e artesanato – tanto os artistas como os artesãos exerciam suas atividades de modo muito parecido, organizando-se em ateliês.[9] Dessa forma, o artista era tido como mero reprodutor da arte, uma vez que o poder de criar correspondia somente a Deus, e o ofício estava mais ligado à hereditariedade do que à vocação (GREFFE, 2013, p. 37-38).[10]

---

[8] Danto (2013, p. ix-x) explica que, para Platão, a arte seria algo um tanto inútil, por se restringir a imitar a realidade; enquanto a Filosofia serviria para explicar a realidade.

[9] Greffe (2013, p. 37-38) nos explica que os artistas medievais organizam-se da mesma forma que os demais trabalhadores manuais, por meio de guildas, as quais funcionam como empresas, produzindo os próprios insumos e havendo uma pequena divisão do trabalho (com base na hierarquia), e uma produção quase em série dos artigos, tendo-se em vista já os mercados potenciais ou para atender a encomendas. Há, assim, uma proximidade com o cliente, atribuindo-se ao próprio ateliê o papel de comercialização. Esse modelo continua no Renascimento, de modo que Greffe (2013, p. 42) compara as corporações de ofício a *holdings*, falando até mesmo no uso de métodos de reprodução das obras, assinadas sob a "marca" do mestre do ateliê, o qual "assume os contornos de administrador" – de forma semelhante a como Krueger Pela (2015) descreve a produção de Rembrandt, conforme comentaremos nas notas 14 e 138. Também, já sob o regime do mecenato (o qual analisaremos a seguir), as encomendas são reguladas por verdadeiros contratos de negócio, prevendo especificamente o trabalho a ser realizado pelo artista e os materiais que deverá empregar (GREFFE, 2013, p. 45). Como veremos no final deste capítulo, essas são características muito semelhantes à forma de produção artística dentro da Economia Criativa, o que ressalta o argumento defendido adiante de que a contemporaneidade erodiu as barreiras entre arte e indústria (equiparável à ausência de divisão entre arte e artesanato existente na Idade Média).

[10] Danto (1997, p. 3) baseia-se em Belting para chamar esse período anterior ao "início da Era da Arte". Em suas palavras (Ibidem, tradução nossa, itálicos presentes no original): "Desde então, Belting publicou um livro surpreendente, traçando a história das imagens devocionais no Ocidente cristão, desde o final dos tempos romanos até cerca de 1400 d.C., ao qual ele deu o notável subtítulo '*A Imagem antes da Era da Arte*'. Não era que essas imagens não fossem arte em grande sentido, mas o fato de serem arte não figurava em sua produção, uma vez que o conceito de arte ainda não emergira de fato na consciência geral, e tais imagens-ícones, na verdade desempenhavam um papel bem diferente na vida das pessoas do

No decorrer do Renascimento, não apenas a Igreja, mas também as famílias aristocráticas passaram a usar do patrocínio artístico como forma de reconhecimento social. Foi nesse cenário que surgiu a figura do mecenato,[11] como uma forma de financiamento não dotada de função comercial, mas sim de obtenção de status e de propaganda.[12] Posteriormente, com a ascensão do Absolutismo, o Estado readquiriu o posto de financiador das artes, buscando, por meio do mecenato, assegurar a concentração de poder nas mãos dos monarcas (GOMBRICH, 2000, p. 312).[13]

Note-se que, apesar de o mecenato não ter finalidade comercial, é com base nele que se pode falar, pela primeira vez, numa aproximação entre arte e lógica de mercado. O surgimento de um público consumidor das obras submete a produção artística "[à]s leis gerais da economia: ao invés de o artista trabalhar para atender a uma demanda prévia (da Igreja ou outros nobres), produz para o mercado. A relação de encomenda e execução transforma-se em relação de oferta e procura" (PINHO, 1989, p. 43).[14]

---

que as obras de arte vieram quando o conceito finalmente surgiu e algo como considerações estéticas começaram a governar nossas relações com eles. Eles nem sequer eram considerados como arte no sentido elementar de terem sido produzidos por artistas – seres humanos colocando marcas em superfícies – mas eram considerados como tendo uma proveniência milagrosa, como a impressão da imagem de Jesus no véu de Verônica. Houve uma profunda descontinuidade entre as práticas artísticas antes e depois da era da arte, já que o conceito de artista não entrava na explicação das imagens devocionais, mas é claro que o conceito de artista tornou-se central no Renascimento, a ponto de Giorgio Vasari escrever um grande livro sobre a vida dos artistas".

11 Reis (2003, p. 6) nos diz que o termo mecenato foi provavelmente inspirado em Gaius Maecenas, amigo pessoal do Imperador Caio Augusto, que exerceu funções administrativas no império romano, entre 30 a.C. e 10 d.C. Segundo a autora, "[a]lém de admirar a produção artística e de ele mesmo ser um escritor, Maecenas parece ter percebido que, ao aproximar artistas, filósofos e pensadores do governo que representava, ele carreava para o Estado a aceitação e o prestígio de que os artistas gozavam junto à população".

12 Note-se que, para o artista, esse financiamento tinha, sim, caráter comercial: a obra artística pouco tinha que ver com uma manifestação original da sua personalidade (como veremos adiante, a base do regime autoral), mas sim com a prestação de um serviço de confecção de um produto (tal qual no artesanato), sendo inclusive regulada por contrato (vide nota 7).

13 "Arte da Corte (por exemplo: a arte da corte de Louis XIV) também tem uma função precisamente definida. Ela é representativa e serve à glória do príncipe e o autorretrato da sociedade cortesã" (BÜRGER, 1984, p. 47, tradução nossa). Em igual sentido: "Não foi somente a Igreja Romana que descobriu o poder da arte para impressionar e dominar. Os reis e príncipes da Europa seiscentista estavam igualmente ansiosos por exibir seu poderio e aumentar assim a sua ascendência sobre a mente dos súditos. Também eles queriam parecer seres de uma espécie diferente, guindados por direito divino acima do homem comum. Isso se aplica particularmente ao mais poderoso governante da segunda parte do século XVII, Luís XIV, da França, em cujo programa político a exibição e o esplendor da realeza foram deliberadamente usados. Não foi certamente por acidente que Luís XIV convidou Lorenzo Bernini a Paris para ajudar no projeto de seu palácio. Esse grandioso projeto nunca se concretizou, mas outro dos palácios de Luís XIV tornou-se o próprio símbolo de seu imenso poder. Foi o Palácio de Versalhes, construído no período de 1660-80" (GOMBRICH, 2000, p. 312).

14 Um exemplo curioso parece ter se dado com Rembrandt. O pintor holandês fez uso do mercado que então se formava sobre as obras, mas fugindo um tanto da lógica do mecenato, uma vez que atuava diretamente nesse mercado (uma exceção ao princípio de que o artista deveria manter-se afastado do comércio,

Com as revoluções liberais dos séculos XVIII e XIX, a Igreja, a nobreza e o Estado perdem o monopólio do patrocínio das obras artísticas, passando a compartilhá-lo com a burguesia (BECKER, 2010, p. 106).[15] Nesse cenário, a arte vai se dissociando de sua função religiosa, em favor da promoção social da nova classe dominante,[16] bem como do papel de difusão e legitimação do ideário iluminista.[17]

Nos dizeres de Cauquelin (2008, p. 23): "[O] fim do século XIX registra o recuo da hegemonia da Academia, instituição destinada a gerir a carreira dos artistas, concedendo prêmios, gerando encomendas", uma vez que "[o] enriquecimento da classe burguesa provoca uma afluência de compradores potenciais, ao mesmo tempo que os pintores reivindicam um estatuto menos rigidamente centralizador, menos autoritário [...]".[18] Da mesma forma, "[u]ma vez que o Estado não podia mais absorver encomendas, outro público devia substituí-lo" (Ibidem, p. 37). Nesse cenário, ganham destaque as figuras do

conforme exploraremos no tópico seguinte) por meio da emissão das *Rembrandt notes*, uma espécie de "[...] títulos que conferiam ao credor o direito ao recebimento de uma pintura por ele confeccionada" (KRUEGER PELA, 2015, p. 325). É com base nisso e na forma de organização do seu ateliê (que mencionaremos na nota 138) que Krueger Pela (2015) endossa o entendimento de Alpers de que Rembrandt teria sido uma espécie de empresário – antecipando a figura do artista-empresário, que abordaremos no tópico 2.7.

15 Greffe (2013, p. 68) nos ensina que essa mudança não foi radical. Em dado momento, "[o]s príncipes sustentam de boa vontade as artes, pois nelas eles veem o meio de criar um espaço comum aos aristocratas e aos burgueses e de reforçar, assim, sua estabilidade política".

16 Bürger (1984, p. 47-48) nos diz que a arte burguesa detém ainda um papel representativo apenas na medida em que a burguesia adota conceitos de valores da aristocracia, o que vai dando lugar a um retrato da autopercepção da burguesia, alheia à práxis, especialmente com o desenvolvimento do esteticismo (ponto ao qual retornaremos adiante). Nesse sentido, também a recepção, e não mais apenas a produção da arte, passa a se dar de forma individual (vide adiante nossas observações sobre a criação artística como manifestação da individualidade).

17 "A arte autônoma satisfez a necessidade humana residual do mundo burguês ao oferecer a 'bela aparência/imagem' (*Schein*) de um mundo melhor, mas isso também funcionou na sociedade ao criar esperança, por meio de sua mera existência, da realização dos ideais sociais no futuro" (SCHULTE-SASSE, 1984, p. xxxviii). No mesmo sentido: "[...] Marcuse demonstra que a cultura burguesa exila valores ao campo da imaginação e, consequentemente, impossibilita sua potencial realização. [...] Marcuse chama a cultura burguesa de afirmativa por ela banir esses valores para uma esfera distinta da vida diária. [...] O termo *afirmativo*, portanto, caracteriza a função contraditória da cultura que retém 'uma lembrança do que poderia ser', mas que é simultaneamente 'justificativa da forma estabelecida de existência' [...] A arte permite, ao menos, uma satisfação imaginada de necessidades individuais que são reprimidas na práxis diária" (BÜRGER, 1984, p. 11-12, tradução nossa, itálicos presentes no original).

18 Cauquelin (2008, p. 34) nos informa, por exemplo, que, em 1847, 2.536 obras foram expostas no Salão de Paris, enquanto em 1848, ano em que o Salão foi "considerado livre", foram expostas 5.180, sendo que o total de obras produzidas na França, a partir de 1850, seria por volta de 200 mil. Já em 1882, o Estado Francês desliga-se da organização do Salão anual, mesmo ano em que é constituída a Sociedade dos Artistas Franceses, que, a partir de então, encarrega-se da gestão desse evento (Ibidem, p. 39).

crítico e do marchand (WHITE; WHITE apud BECKER, 2010, p. 111),[19] como intermediários entre os produtores (artistas) e os consumidores (a burguesia).[20]

No contexto dos séculos XVIII e XIX, passou-se a identificar na atividade artística uma livre expressão da identidade.[21] É nesse sentido que grande parte da literatura

---

19 White e White (apud BECKER, 2010, p. 111) nos relatam que o sistema de mecenato já não era capaz de "dar vazão" ao volume de obras criadas, dado o aumento do número de pintores (em 1863, seriam por volta de 3.000 pintores reconhecidos só em Paris), sendo, portanto, necessária uma clientela mais ampla – a qual seria encorajada pelos marchands. Feather (apud SAUNDERS, 1992, p. 47) faz comentário semelhante acerca da relação entre a ascensão da imprensa e o declínio do mecenato literário, na medida em que uma maior circulação de obras possibilitava um mercado que já não dependeria do financiamento nobiliárquico ou estatal. No tópico seguinte e também no próximo capítulo, veremos que parte da doutrina aponta uma relação entre o crescimento do público literário nos séculos XVIII e XIX e a autonomia do autor. Constataremos também, não obstante, que permaneceu um repúdio ao comércio das obras diretamente por aquele. Ademais, mencionaremos a opinião de autores que descrevem o papel do mecenato num primeiro momento da difusão da imprensa (e na sua primeira forma de regulação, por meio dos privilégios), assim como de parte da doutrina, para quem a dinâmica entre autores e editores, logo após o surgimento dos direitos autorais, continuou a lembrar sua dependência em relação aos mecenas.

20 "Mas, para que as artes floresçam, é menos importante que sejam ensinadas em Instituições Reais do que haja bastante gente disposta a comprar pinturas e esculturas por artistas vivos" (GOMBRICH, 2000, p. 333).

21 "Pela primeira vez, tornou-se verdade que a arte era um perfeito meio para se expressar a individualidade [...] É óbvio que um artista egípcio tinha escassa oportunidade de expressar sua personalidade. As regras e convenções do seu estilo eram tão rigorosas que havia muito pouco âmbito para uma livre escolha. A situação resume-se realmente no seguinte: onde não há escolha, não existe expressão" (GOMBRICH, 2000, p. 347). Nesse sentido, Woodmansee (1984, p. 447, tradução nossa) diz que a descrição de Goethe para a escrita afasta-se do ideal renascentista e neoclássico do autor como apenas um "[...] veículo de ideias [...]", mas sim um agente transformador de tais ideias, nas quais acaba por imprimir uma expressão de sua própria mente única. Por sua vez, como veremos a seguir, essa evolução (seja na literatura ou nas artes plásticas) tem suas raízes no próprio Renascimento, quando começa a se associar o conceito de arte à ideia de subjetividade (FERRY apud EVRARD; COLBERT, 2000, p. 5). Também, diz Carboni (2010, p. 55): "[S]e, na Idade Média, o prazer da leitura estava no reconhecimento do próprio leitor na obra, no Romantismo, esse prazer reside na exploração da alma do autor. Dessa forma, a obra passa a ser tratada como uma manifestação da personalidade do autor, que, até hoje, é o elemento-chave dos direitos morais de autor [cf. analisaremos no próximo capítulo]".

Em sentido contrário, Rahmatian (2011) questiona: (i) se já no século XVIII (época do surgimento dos direitos autorais, como trataremos no próximo capítulo) existia tal noção romântica de autoria, dado que o Romantismo é um movimento do século XIX; e (ii) se de fato chegou a haver uma visão única e consistente de autoria sob o Romantismo (em sentido semelhante: SAUNDERS, 1992; LAVIK, 2014, p. 51). Por mais interessantes que sejam seus argumentos, a nosso ver, Rahmatian incorre em dois erros. Primeiramente, uma noção romântica ou romantizada de autoria não nos parece ter sido resultado do Romantismo, mas o contrário: o Romantismo foi o momento do ápice desse conceito, que vinha evoluindo desde o Renascimento, conforme exporemos em mais detalhes adiante (nesse sentido, veremos na nota 191 a opinião de JASZI, 1991, p. 471, para quem o conceito de autoria ainda estava em formação ao ser inserido na legislação). Da mesma forma, concordamos com Rahmatian quanto a provavelmente nunca ter havido uma visão única de autoria – o que não significa dizer que não houve um conceito preponderante, de acordo com o que constatamos nas pesquisas aqui trazidas (especialmente as não jurídicas).

De qualquer maneira, é vasta a literatura que relaciona esse momento da História ao surgimento do conceito de autor e suas consequências (ou ausência delas) no surgimento dos regimes da propriedade intelectual (em especial, dos direitos autorais) – tal como veremos no capítulo seguinte. Uma vez que o assunto já foi exaustivamente abordado pela doutrina, nosso foco central não será a evolução da noção de autoria. Reforçamos apenas que há duas correntes sobre o assunto: aqueles que entendem que o conceito de autor como uma função individual, surgida entre o Renascimento e o Iluminismo, foi essencial para a

(tanto de história das ideias, como de história da arte e também jurídica) reconhece nessa época o surgimento das figuras modernas de autor,[22] originalidade[23] e obra,[24] ligadas aos ideários iluministas e liberais de valorização do indivíduo[25] (MARTINS, 1957; WOODMANSEE, 1984; ROSE, 1988; JASZI, 1991, 1994 e 2011; FOUCAULT, 2001; BARTHES, 2004; ZILBERMAN, 2010; CARBONI, 2010; AZEVEDO NETO, 2014).[26]

Para Pinho (1989, p. 43), isso resultaria num paradoxo inevitável: de um lado, "[...] começa-se a encarar o artista como 'sacerdote' e sua arte como 'revelação'"; de outro, "[...] essas 'revelações' são compradas, vendidas, revendidas e especuladas como qualquer mercadoria". Já para Greffe (2013, p. 70), o mercado seria justamente o responsável pela libertação da atividade artística, na medida em que, reduzida a importância da encomenda,

---

criação do regime autoralista (WOODMANSEE, 1984; ROSE, 1988; JASZI, 1991, 1994 e 2011; GROSHEIDE, 1994; FOUCAULT, 2001; HESSE, 1990; LITMAN, 1990; COOMBE, 1993 e 2008; AOKI, 1996; BOYLE, 1996); e aqueles para quem não é possível identificar um paralelo claro entre os dois fatores (SAUNDERS, 1992 e 1994; BENTLY, 1994 e 2008; LEMLEY, 1997; BENTLY; SHERMAN, 2003; RAHMATIAN, 2011; LAVIK, 2014). Em nossa pesquisa, partilhamos da visão do primeiro grupo de autores. No entanto, como já explicado, não nos debruçaremos em detalhes sobre essa questão, dando maior relevância à evolução dos conceitos de arte e artista (aqui tomado de maneira um pouco mais ampla do que o termo "autor", que nas pesquisas supramencionadas tendem a se limitar à literatura), bem como os papéis econômico-sociais da arte.

22 "Mesmo antes de sua adoção [...] em leis de propriedade intelectual e seu uso em associações com o Romantismo, a ideia de 'autoridade' – controle individual sobre o ambiente criado – informou o termo [autor] na era do capitalismo pré-industrial" (JASZI, 1991, p. 470, tradução nossa).

23 Nesse sentido, Young publica em 1759 a obra *Conjunturas sobre uma composição original* (*Conjectures on original composition*, 1918 (1759), p. 7, tradução nossa): "Pode-se dizer que um Original é de natureza vegetal; surge espontaneamente da raiz vital do Gênio; cresce, não é feito: as Imitações são, com frequência, uma Manufatura produzida por Mecânica, Arte e Ofício, a partir de materiais preexistentes que não pertencem a elas". Rose (1988, p. 62), no entanto, admite que a obra de Young teve muita repercussão na Alemanha (em que o Romantismo foi particularmente forte), mas não tanta no Reino Unido, de modo que não se pode estabelecer uma relação entre ela e o surgimento do copyright, tal como analisaremos no capítulo seguinte.

24 "A designação da produção de um 'autor' como uma 'obra' era corrente nos círculos literários antes da primeira lei inglesa de direitos autorais (copyright) [de 1710, como veremos no próximo capítulo], e carregava a conotação de uma produção literária de valor ou mérito especial" (JASZI, 1991, p. 473, nota 69). Já de acordo com Rose (1988, p. 63, tradução nossa): "Abstrair o autor e a obra do tecido social contribuiu para a tendência já implícita na tecnologia de impressão no sentido de reificar a composição literária, tratando o texto como uma coisa. Do período clássico até a Renascença, a concepção dominante da literatura era retórica. Um texto era concebido menos como um objeto do que como um ato intencional, uma maneira de fazer algo, de realizar um fim como 'ensinar e deleitar'". Chartier (1994, p. 20-21) explica que a noção de livro era conhecida desde a Idade Média, mas foi pouco a pouco se distanciando da ideia de um mero compilado de textos de um mesmo autor. Nos capítulos seguintes, discutiremos em que medida esses conceitos se relacionaram tanto ao surgimento como evolução (e expansão) do copyright e do *droit d'auteur*, bem como se tiveram influência no legislador brasileiro. Mais uma vez, contudo, ressalvamos a crítica de autores como Saunders (1992 e 1994), mencionados nas notas 21 e 235, para quem não é possível estabelecer um paralelo entre as leituras de tais ideias nos campos estético e jurídico.

25 Veremos exemplos disso no próximo capítulo, ao tratarmos da influência de Locke, Kant e Hegel na ideia do autor como um gênio criativo e no desenvolvimento dos regimes da propriedade intelectual.

26 Ressalvado, como já adiantamos, que boa parte dessas pesquisas se centra sobretudo na literatura, dando menos evidência às demais formas de expressão artística que tentamos explorar aqui.

os artistas depararam com um campo maior para produzir suas obras de acordo com sua visão pessoal.[27]

Huyssen (1987, p. 87, tradução nossa), por sua vez, estende esse entendimento para outros campos artísticos: "A ironia, claro, é que a aspiração da arte à autonomia, sua libertação em relação à Igreja e ao Estado, tornou-se possível somente quando a literatura,[28] a pintura e a música foram organizadas pela primeira vez de acordo com os

---

[27] "Em épocas anteriores, era o príncipe quem concedia seus favores ao artista. Agora, os papéis estavam quase invertidos e era o artista quem concedia um favor a um rico príncipe ou potentado, aceitando uma encomenda dele. Assim, aconteceu que os artistas puderam freqüentemente escolher a espécie de encomenda de que gostavam, e deixaram de precisar acomodar suas obras aos caprichos e fantasias de seus clientes. E difícil decidir se esse novo poder foi, a longo prazo, uma pura bênção para a arte. Mas no início, de qualquer modo, teve o efeito de uma libertação que soltou uma quantidade tremenda de energia represada. Finalmente, o artista era um ser livre" (GOMBRICH, 2000, p. 218). Sganga (2018, p. 55, tradução nossa), por sua vez, diminui o papel do autor/artista como um agente político ou de mercado: "Autores e artistas profissionais dependiam do mecenato, e apenas poucos deles negociavam diretamente suas obras com editores ou compradores. Eles estavam longe de atuarem como verdadeiros agentes de mercado, e nem estavam organizados nem era fortes o suficiente para se tornarem interlocutores diretos do poder político". Isso talvez explique a presença menor dos autores e artistas na formação dos primeiros regimes jurídicos de exclusividade sobre as obras, como veremos no próximo capítulo.

[28] Nesse sentido, Rose (1994, p. 51) indica como no discurso literário (e também no discurso jurídico, conforme veremos no próximo capítulo), a obra começava a ser vista simultaneamente tanto de forma objetiva como subjetiva, deixando de ser um simples reflexo da natureza, e passando a ser uma objetificação da realidade – fenômeno que ele relaciona ao interesse dos leitores tanto pelo gênero dos romances (com seu foco sobre o personagem) como por biografias – exemplo é a publicação de *A vida dos poetas* (*The life of poets*), de Johnson.

Em igual sentido, Coombe (2008, p. 254-255): "O autor afirmou sua autonomia em relação ao mercado ao mesmo tempo em que sua dependência em relação a ele foi antecipada. Não mais dependente da generosidade dos mecenas, os homens de letras buscaram distinguir suas atividades criativas como artistas que exigiam liberdade das pressões de emprego (ou as demandas caprichosas do público consumidor) exatamente enquanto textos eram comodificados. [...] esperar-se-ia que escritores tivessem se tornado proletários literários, escrevendo por um salário e produzindo o que quer que pudessem vender. Em vez disso, a figura do autor desenvolveu-se como uma forma de *commodity* em si mesma, por meio da qual editores comercializaram suas mercadorias enquanto negaram seu *status* como meros artigos no mercado. [...] O autor burguês produziu não *commodities*, mas obras e criou tais obras num ambiente em que novas relações entre escritor e leitor – elevados a autor e público – foram forjadas. [...] Anônima como um mercado, a audiência se distinguiu na forma de público pela adoção de uma atitude de distância crítica e autorreflexão. Somente num contexto de mercado bens poderiam adquirir um valor pela virtude de seus propósitos puramente estéticos [...], mas um público anônimo somente poderia apreciar a excelência puramente formal que definia uma escrita como obra de literatura 'autoral' com treinamento apropriado. Uma forma particular de autoentendimento precisava ser cultivada nos hábitos de leitura burgueses – um esteticismo da personalidade reflexiva – que possibilitaria ao leitor imaginar uma relação privilegiada com a personalidade expressiva do próprio autor. A constituição de uma audiência como um público informado e desinteressado agiu de forma sua significância potencial como mercado de massa para uma nova *commodity*. A distinção da obra autoral e a distinção reivindicada pelo público discernente estavam concomitantemente formadas. [...] O romance foi apenas aceito como literatura quando dispositivos retóricos foram desenvolvidos para separá-lo de suas origens mercadológicas e negar seu *status* como *commodity* popular. [...] A imagem Romântica do autor individualizado como um gênio criativo, criando autonomamente obras caracterizadas como incorporações da originalidade pessoal, providenciou suporte ideológico para o instituto legal das ficções do copyright que negavam e ocultavam as forças de mercado".

Woodmansee (1984, p. 433) e Hesse (2002, p. 31) relacionam a ascensão da classe urbana do século XVIII a uma maior demanda por obras literárias e, consequentemente, um estímulo a que escritores

princípios da economia de mercado". Para esse autor, esse fenômeno estaria associado à dicotomia entre alta e baixa cultura, de que trataremos mais adiante.

Da mesma forma, Adorno e Horkheimer (1985, p. 74) argumentam que a liberdade da arte esteve essencialmente ligada ao pressuposto da economia de mercado, na medida em que, "[...] até o século dezoito, a proteção dos patronos preservava os artistas do mercado, mas, em compensação, eles ficavam nesta mesma medida submetidos a seus patronos e aos objetivos destes".[29]

Também Cauquelin (2008, p. 46) defende que a ascensão do mercado de arte, com o aumento do seu público consumidor e a importância adquirida pelos intermediários (marchand*s* e críticos), acentuou o isolamento do artista em relação à comercialização de suas obras, tornando-se este "uma figura marginal".[30]

Qualquer que seja a interpretação adotada (se há um paradoxo ou uma relação de causa e consequência), fato é que, como nos mostra Shiner (apud GREFFE, 2013, p. 19-

passassem a tentar viver da venda de suas obras para esse público. Também Bourdieu (2000, p. 70, tradução nossa) trata da relação entre desenvolvimento da imprensa e o surgimento de uma nova classe de escritores franceses: "[...] jovens sem fortuna, oriundos das classes médias ou populares da capital e sobretudo da província, que [vinham] a Paris tentar carreiras de escritor ou de artista, até então mais estreitamente reservadas à nobreza ou burguesia parisiense". Na mesma linha, Hesse (2002, p. 31) diz que, em razão do aumento de público, a produção de livros quadruplicou anualmente durante esse período e que, pela primeira vez, autores como Defoe, na Inglaterra, Diderot, na França, e Lessing, na Alemanha, passaram a viver dos proventos de suas obras (comercializadas por meio dos editores e livreiros, e não diretamente por eles), em vez de dependerem do mecenato.

Ainda assim, Woodmansee (1984, p. 435) cita Goethe, para quem a relação entre escritores e editores continuava a lembrar aquela entre artistas e mecenas, no sentido de que a produção literária ainda era vista como algo sagrado, de modo que os autores satisfaziam-se mais com o reconhecimento do que com retorno financeiro. De acordo com o poeta alemão, o colapso desse equilíbrio entre glória e esforço intelectual viria apenas com a ascensão do mercado literário, quando autores passariam a comparar sua situação modesta com a riqueza dos comerciantes de livros (Ibidem). Por sua vez, Rose (1994, p. 212) diz que, na Inglaterra dos primeiros anos do século XVIII, os valores do mecenato ainda prevaleciam entre autores respeitáveis. Analisaremos esse ponto com mais atenção no capítulo seguinte.

29 No mesmo sentido: "Até mesmo a liberdade, entendida como negação da finalidade social, tal como esta se impõe através do mercado, permanece essencialmente ligada ao pressuposto da economia de mercado" (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 74).

30 Para essa autora, tanto o desenvolvimento do sistema crítico-marchand como a ideia reforçada de separação do artista em relação aos proveitos comerciais de suas obras decorrem de condições econômicas, notadamente, o crescimento da demanda de arte (em razão do público consumidor burguês) e a própria necessidade de estimular essa demanda (CAUQUELIN, 2008, p. 46). No campo da literatura, Chartier (1994, p. 15) também aponta a contradição entre a comodificação das obras e profissionalização do autor, de um lado; e a autonomia da criação e afastamento do escritor em relação à sua comercialização, de outro. Na mesma linha, Bourdieu (2000) traça um perfil boêmio, romântico e idealista dos escritores da segunda metade do século XIX, em oposição a autores voltados para a publicação de romances comerciais (ilustrando já o conflito entre categorias de artistas que veremos nos debates doutrinários e legislativos nos Capítulos 3 e 4).

20), a arte, na condição de instância autônoma,[31] livre de considerações religiosas ou políticas, é uma invenção "recente":

> [Q]uando a arte reivindica sua autonomia, as competências artísticas são levadas a procurar outras bases econômicas. À invenção "moderna" da arte corresponde a necessidade de uma nova arquitetura econômica da arte, e da pertinência desta última irá depender a viabilidade do sistema e da condição artística. Como essa autonomização da arte se desenvolve simultaneamente com a economia de mercado, no sentido moderno desse termo, a condição artística deve definir relações tão estáveis quanto possível com o mercado, isto é, um sistema de alocação onde as lógicas interligadas de fungibilidade e equivalência tornem-se centrais.

Dessa forma, constata-se que a atividade artística desempenhou distintos papéis até o final do século XIX, passando de uma forma de valorização religiosa para um meio de legitimação do Estado e de obtenção de status de determinada classe (fosse a nobreza, fosse a burguesia). Nesse decorrer, foi progressivamente adquirindo sua autonomia e dissociando-se de um caráter utilitário, à medida que foi reconhecida como um meio de expressão individual, o que se liga de forma ambivalente à inserção das obras no mercado.[32] Por um lado, o comércio forneceu independência aos artistas para priorizarem sua subjetividade; por outro, isso se deu justamente por uma oposição entre arte e artesanato, centrada em pontos como funcionalidade e aspecto econômico desse segundo gênero, como analisaremos a seguir.

2.2 A divisão entre arte e artesanato

A separação entre arte e artesanato leva, invariavelmente, à reflexão sobre o que é arte – pergunta essa que permeia as discussões sobre a aplicabilidade do regime de direito autoral ou da propriedade industrial, conforme estudaremos no próximo capítulo. Por mais que esse debate tenha assumido uma importância considerável no seio dos movimentos contemporâneos (como veremos no tópico 2.5), Shiner (apud GREFFE, 2013,

---

[31] "A circunstância de, a partir do século XVIII, com ênfase crescente até o século XX, a obra resultante do discurso do autor passar a ser considerada de natureza diferente de sua expressão física – o significado descolando-se do significante, por assim dizer – teve inegáveis efeitos práticos, acabando por se consolidar. De um lado, ajudou a separar autor e texto, colaborando para o processo de alienação que está na base da produção material e industrial do livro, após a expansão da imprensa. De outro, alienou o próprio texto de sua base material, facultando a expansão de uma filosofia da arte e da literatura de pendor idealista, que, com o passar do tempo, reivindicou a autonomia da obra literária como condição de existência da teoria que sobre aquela refletia" (ZILBERMAN, 2010, p. 94-95).

[32] "A ideia de que a verdadeira finalidade da arte era expressar a personalidade só poderia ganhar terreno quando a arte tivesse perdido todas as outras finalidades" (GOMBRICH, 2000, p. 348).

p. 25) revela que ele é muito mais antigo do que imaginamos: "[...] foi durante os séculos XVII e XVIII, no momento em que se efetuava a grande divisão entre artesanato e arte, que a noção de obra de arte surgiu claramente sob essa forma".[33-34]

É também nesse período que vemos o primeiro questionamento jurídico acerca da distinção entre artista e artesão. Greffe (2013, p. 46-47) nos relata que, durante o Século de Ouro espanhol, alguns pintores como Velásquez e Carducho demandaram judicialmente que seu trabalho fosse considerado uma "arte liberal",[35] para que, assim, estivessem isentos do *alcabala*, imposto incidente sobre a venda de bens.[36]

"Era o período da Renascença, o tempo em que ser pintor ou escultor deixou de ser uma ocupação como qualquer outra e se tornou uma vocação à parte" (GOMBRICH, 2000, p. 330).[37] Nessa época, diz Greffe (2013, p. 47), "[...] a ideia de nobreza da pintura surgia em toda a Europa, o que permitia que pintores de vários países reivindicassem um status que os afastava das condições artesanais a que eles eram remetidos sem cessar".[38]

---

[33] Não confundir com a noção de arte independente de suas funções políticas e religiosas, a qual, como vimos no tópico anterior, é recente.

[34] Interessante notar que a divisão entre arte e artesanato não é universal. Greffe (2013, p. 229) nos ensina que no Japão, por exemplo, tal separação nunca existiu, não havendo nem mesmo uma palavra para designar o termo "arte", salvo um caractere chinês que significava habilidade artesanal. Diferentemente do que vimos que ocorreu no Ocidente, a filosofia estética japonesa apoiou-se numa valorização dos objetos cotidianos, rejeitando a oposição entre beleza e funcionalidade da obra, e na ideia de que a força do objeto de arte está no fato de nele não ser perceptível a personalidade do seu criador (Ibidem, p. 232-233).

[35] Heinich (1987, p. 52) nos diz que a reivindicação dos artistas não se limitava a uma classificação formal, na medida em que, à época, o termo "mecânico" tinha também a conotação pejorativa, significando mesquinhez e avareza, ao passo que "liberal" denotava generosidade.

[36] Os argumentos utilizados na defesa da tese são, além de curiosos, ilustrativos do movimento no sentido de sacramentalização da pintura como atividade artística, que predominará nos séculos posteriores, conforme veremos adiante. Nesses processos, sustentou-se desde a ideia de que a atividade do pintor não consistia numa venda, mas sim na locação de um talento, até questões religiosas, como o fato de que Deus havia pintado o mundo em sua imagem, sem ter pago tributo por isso; que São Lucas fora pintor e que Santa Verônica ajudara a pintar o rosto de Cristo, o que conferiria dignidade à profissão, conforme Gallego e Alberti (apud GREFFE, 2013, p. 47).

[37] No mesmo sentido, Jaszi (1991, p. 468) nos diz que na metade do século XVI escritores começam a se identificar como autores. Já Woodmansee (1984, p. 426-427) estabelece um paralelo entre a ideia renascentista de autoria e dois conceitos diferentes. Estes seriam, nas palavras de Carboni (2010, p. 378): "(i) a caracterização do autor como um artesão ou homem de ofício, que possuía o domínio de um corpo de regras preservadas e a ele transmitidas para a manipulação de materiais tradicionais, visando alcançar os efeitos determinados pelas cultivadas audiências da corte para a qual ele devia o sustento e o *status* social; e (b) a raros momentos na literatura, nos quais o conceito de artesão ou de homem de ofício parecia não se enquadrar. Isso acontecia quando o autor procurava superar os requerimentos de ocasião na busca de algo superior além da ideia de artesão ou de homem de ofício. Para explicar esses momentos, um novo conceito foi introduzido: o escritor dizia-se inspirado por alguma musa ou por Deus". Para uma análise mais aprofundada da evolução do conceito de autoria, distanciando-se da ideia de ofício ou artesanato, consultar Woodmansee (1984).

[38] "[O]s artistas tiveram que lutar arduamente contra o esnobismo social que fazia as pessoas tratarem os pintores e escultores com a sobranceria porque eles trabalhavam com as mãos [...] tiveram de insistir em

Inicialmente, o reconhecimento de uma posição social mais elevada à pintura veio dos meios religiosos, para depois partir das cortes, à medida que os pintores se afastassem das corporações do ofício, e o mecenato os tornasse não apenas próximos, mas também representantes do poder real (GREFFE, 2013, p. 49). Tal distinção dada à pintura (e também à escultura) impulsionou-se pela maior variedade de compradores e encomendas (em especial, pelo clero) a partir da urbanização e do desenvolvimento econômico resultante dela.[39] Assim, os artistas passam a dispor de um status diferenciado daqueles que trabalhavam sob contrato, ficando isentos dos impostos devidos pelas guildas, libertando-se das regras de seus estatutos e chegando alguns a receber um título de nobreza (Ibidem, p. 51-53).[40]

O surgimento das Academias Reais, no século XVII,[41] livrou os artistas da obrigação de estarem associados a uma corporação ou obterem uma licença real para poderem receber uma encomenda ou executá-la.[42] Da mesma forma, o Academicismo

---

que seu verdadeiro trabalho não era manual, mas cerebral, e que não faziam menos jus a serem recebidos a sociedade polida do que os poetas ou os humanistas" (GOMBRICH, 2000, p. 324).

39 "Por mais que os estúdios dos artistas fossem ainda locais de artesanato no século XV, Hauser diz, e sujeitos à regra das guildas [...], o *status* social dos artistas mudou por volta do começo do século XVI, porque, de um lado, os *seigneuries* e principados, e do outro, as cidades ricas tornaram-se fontes de uma crescente demanda por artistas qualificados que fossem capazes de executar ordens importantes. Nesse contexto, Hauser também fala de uma demanda do mercado de arte, mas o que quer dizer não é o 'mercado' no qual trabalhos individuais são comprados e vendidos, mas o crescente número de comissões importantes. Esse crescimento resultou num afrouxamento dos laços que atavam os artistas às guildas" (BÜRGER, 1984, p. 38, tradução nossa). Dessa forma, Bürger se relaciona ao argumento, que apresentamos na seção anterior, de que o mercado foi responsável pela liberação dos artistas.

40 Greffe (apud GREFFE, 2013, p. 53) nos dá como exemplo do status diferenciado que o artista da corte passa a dispor o quadro "As Meninas" (1656, Madri, Museu do Prado), no qual Velásquez pinta a si mesmo no mesmo plano que o Rei da Espanha.

41 Heinich (1987, p. 53) analisa como na França o surgimento de uma Academia de Pintura (numa época em que só havia Academias de "Homens de Letras" e de "Artes Liberais"), como concorrente ao regime das corporações de ofício, serviu a dois propósitos: permitir que o mercado paralelo de pintura, que então se consolidava, escapasse das violações jurídicas cometidas ao regime de monopólio garantido às corporações de ofício; e reestabelecer uma seleção pela competência profissional, que as corporações já não estavam mais garantindo.

42 Kostylo (2010) explica como esse fenômeno se deu na literatura (ao menos em Veneza), mediante a outorga de uma série de privilégios literários a autores não vinculados a guildas ou corporações. Ela narra que essa situação da literatura está relacionada à difusão da prensa mecânica e à visão do livro (objeto) como uma mercadoria assim como qualquer outra. Isso justificaria esse tratamento jurídico precoce, na forma de privilégios equivalentes aos dispensados aos inventos – ou seja, como uma forma de regulação do comércio, e não de tutela da expressão personalíssima (que, como veremos, funda os direitos autorais). Tais privilégios teriam sido influenciados pela visão antropocêntrica do Renascimento (como vimos anteriormente), da mesma forma que contribuíram para a emancipação do autor e do inventor individuais (em oposição à guilda e corporação) e para o surgimento da noção de autoria. De outro lado, Rose (1988, p. 55) defende que os privilégios não deixavam de ser uma forma de mecenato, na medida em que eram outorgados de forma ad hoc pelo monarca. No tópico 3.1, voltaremos a esses regimes embrionários da propriedade intelectual, que tratavam de modo equivalente os bens autorais e as invenções.

reforçou o conceito de arte baseado em critérios subjetivos,[43] dissociado de funções religiosas, econômicas e políticas, mas centradas na ideia de vocação (Ibidem, p. 79). A isso somou-se a criação das Academias de Ciências, provocando uma cisão entre arte (baseada no espírito criativo), ciência (fundada na razão)[44] e artesanato (fruto da imitação), conforme dispõe Greffe (2013, p. 59).[45-46]

Como vimos no tópico anterior, há uma relação complexa entre as Academias, o mercado de arte e a libertação da atividade artística. Independentemente de qual visão seja a mais adequada (se a mercantilização foi, de fato, responsável pela independência do artista ou se configura uma contradição em face de uma noção mais subjetiva e sacramental da arte), o ponto é que o Academicismo, em certa medida, afastou o artista do aspecto comercial. Uma vez ligados à Academia, eles ficavam proibidos de vender diretamente suas obras, o que deveria ser feito por intermediários – em geral, antigos artistas que abdicaram da prática (Ibidem, p. 55).[47] Conforme explicamos no tópico anterior, com o declínio das Academias, a ascensão de um público consumidor burguês[48] e

---

43 "A própria palavra 'academia' sugere essa nova abordagem. Deriva do nome da residência onde o filósofo grego Platão ensinava seus discípulos e foi gradualmente aplicada a reuniões de homens eruditos em busca da sabedoria. Os artistas italianos do século XVI chamaram primeiramente aos seus locais de reunião 'academias' para sublinhar aquela igualdade com os humanistas que eles tinham em tão alto apreço; mas só no século XVIII essas academias assumiram gradualmente a função de ensinar arte a estudantes. Assim, os antigos métodos, pelos quais os grandes mestres do passado tinham aprendido seu ofício, triturando cores e ajudando os mais velhos, entraram em declínio. [...] As academias do século XVIII estavam sob patrocínio régio, para manifestar o interesse que o rei tomava pelo florescimento das artes em seu reino" (GOMBRICH, 2000, p. 332-333).

44 Heinich (1987, p. 50-51) nos dá exemplos da mescla entre ciência e arte existente até a Renascença (mais especificamente na segunda metade do século XVII), como as referências feitas pelos pintores à matemática, em especial à teoria da perspectiva, para justificar sua separação em relação ao artesanato; o uso do desenho em diversas áreas do conhecimento, da botânica à cartografia; e o entendimento de "arte" como algo relativo à prática, de modo que a Lógica, a Moral, a Mecânica (como ramo da Física) e a Cirurgia seriam artes, ao passo que a Estática e a Medicina seriam ciências, uma vez que se reduziriam à teoria. De forma análoga, na literatura, Rose (1994, p. 34) aponta a ausência de uma distinção categórica entre obras de Bacon, Newton, Locke, de um lado, e Shakespeare e Milton, de outro – o que justificaria o primeiro tratamento jurídico das criações literárias por meio de privilégios semelhantes aos aplicáveis às invenções, conforme abordaremos no próximo capítulo.

45 Heinich (1987, p. 58) nos relata que, já em 1667, o reconhecimento da pintura e da escultura como arte liberal trouxe consequências jurídicas. A autora cita um processo movido por um escultor da Academia, Van Opstal, contra um cliente que se recusava a pagá-lo em razão de um direito de prescrição aplicável aos ofícios artesanais.

46 Novamente Heinich (1987, p. 59, tradução nossa) nos relata a mudança do verbete "pintura": no Dicionário Richelet de 1680 aparece como "uma arte que imitava as cores e a beleza de determinado sujeito"; já no Dicionário da Academia Francesa de 1964 lê-se como "uma das sete artes liberais".

47 Conforme veremos no próximo capítulo, havia proibição análoga aos escritores, que não podiam vender diretamente seus livros.

48 "A 'liberação' que a arte moderna pretende perseguir diante do sistema de arte acadêmico está ligada ao liberalismo econômico [...] 'Contra a Academia' é uma palavra de ordem que resulta mais da constatação da impotência do sistema em gerir o domínio da arte e dos artistas do que de uma recusa dos valores atestados e defendidos por esse sistema" (CAUQUELIN, 2008, p. 36).

a estruturação do sistema crítico-marchand, o artista isolou-se ainda mais da mercantilização de suas obras.[49] Assim, também nisso o artista se distinguiu do artesão, na medida em que este produzia voltado para o mercado, pensando na funcionalidade e no caráter econômico de seus produtos, ao passo que aquele criava com base na expressão de sua subjetividade.[50]

Em síntese, Greffe (2013, p. 59-61) elenca os pontos em que a arte passou a se diferenciar do artesanato: (i) o nível econômico e de formação, sendo o trabalho do artista baseado na teoria estética e no dom, reconhecendo-se cada vez mais os elementos pessoais e de criatividade, ao passo que o do artesão se fundava no aprendizado técnico; (ii) a forma de remuneração, sendo a do artesão baseada em critérios objetivos (tamanho do produto e materiais utilizados), enquanto a do artista depende de critérios subjetivos, ligados a sua personalidade; e (iii) o status social, sendo que o do artista se torna mais elevado com o surgimento do conceito de belas-artes,[51] as quais se separam das artes mecânicas pela sua agradabilidade, em oposição à materialidade (que dividia as pinturas e esculturas da literatura), inventividade e utilidade.[52-53]

Greffe (2013, p. 65) também nos fala de três momentos em que se acentuou a separação entre as figuras de artista e artesão: de 1680 a 1750, teve-se o nascimento da estética como ramo autônomo da filosofia;[54-55] de 1750 a 1800, criou-se o sistema de belas-

---

49 "Após um período relativamente curto de euforia otimista no início do Iluminismo, no qual escritores defenderam um planejamento centralizado numa tentativa de planejar o futuro e de eliminar o que fora espacialmente e temporariamente marginal, a 'alta' cultura burguesa tornou-se determinada por gestos internos de protesto contra o comércio econômico e favorável a uma separação em relação a este. Ao menos ideologicamente, o artista gênio isolou a si mesmo das massas e do mercado; a arte se isolou da sociedade nesta primeira etapa" (SCHULTE-SASSE, 1984, p. x, tradução nossa).

50 Nesse sentido, diz Greffe (2013, p. 67-68): "O surgimento de um mercado de arte iria consagrar definitivamente a noção de artista e separá-la da de artesão".

51 Shiner (apud Greffe, 2013, p. 65) atribui o surgimento das belas-artes ao ano de 1719, reunindo-se a poesia, a pintura e a musica, às quais se juntariam aos poucos a dança, a retórica, o paisagismo, a escultura e a arquitetura.

52 "O juízo estético diferencia a arte do gosto comum, ligado a uma utilidade ou função, atribuindo a apreciação da obra artística a um juízo desinteressado" (GREFFE, 2013, p. 67). A visão da arte como algo autônomo, despregado de uma função utilitária, se relaciona intrinsicamente com a visão romantizada do artista, que expusemos acima. Nesse sentido, Danto (1986, p. 225, tradução nossa) dispõe que: "Há uma longa tradição de que o artista pertence à variedade excêntrica e não utilitária do humano, e o mito biográfico padrão aprova o compositor ou pintor desqualificado para a existência normal na busca de sua arte. Chegamos a esperar certo grau de excentricidade em nossos artistas que aceitamos como o preço do gênio, com a consequência de desconfiarmos do artista capaz de realizar atividades normais [...]".

53 No mesmo sentido: Heidegger (2010, p. 87).

54 Mais especificamente, com as obras de Alexander Baumgarten.

artes, com a ruptura radical entre arte e artesanato; e em 1830 emergiu um sistema institucional que vem corroborar essa noção de belas-artes e que se pode, então, classificar como a apoteose da arte.

Mais adiante, Greffe (2013, p. 71-72) nos fala das consequências da industrialização para a distinção entre arte e artesanato:

> A polivalência dos artesãos, que supostamente garantia sua criatividade e sua habilidade, é destruída, pois a hierarquia, daí em diante, é baseada na especialização de tarefas. [A]s reestruturações urbanas que acompanha as cidades do século XIX irão acentuar essa perda de habilidade, suprimindo o contato direto entre artesãos e compradores. [...] Assim, a imagem do artesão foi, no melhor dos casos, associada aos conceitos de imitação, de execução, de dependência, de comércio e de pequena empresa.

O conceito de arte, independente de aspectos religiosos, econômicos ou políticos, que culminou na separação total em relação ao artesanato, foi a base para o regime autoral moderno, distinto em suas origens da propriedade industrial, como veremos no próximo capítulo. Por sua vez, o nascimento da sociedade industrial, na medida em que ruiu o sistema artesanal, ressaltando sua faceta comercial e mecânica e criando as bases da chamada cultura de massa, teve efeitos distintos na cisão entre arte e artesanato e no aproveitamento comercial das obras artísticas, conforme analisaremos no tópico seguinte.

2.3 O Modernismo

Como vimos, até a primeira metade do século XIX consolidou-se a autonomia da arte, como instituição independente de funções religiosas e econômicas, voltada à propagação de ideias e baseada na subjetividade e criatividade do artista. Este, por sua vez, trabalhava de acordo com as normas ditadas pelas Academias, tanto do ponto de vista estético, como no que diz respeito ao financiamento das obras – primeiramente pelas encomendas feitas pelo Estado e, progressivamente, pela comercialização por meio de intermediários. Assim sendo, cristalizava-se a separação entre belas-artes (atividade de expressão do espírito do homem, não voltada ao mercado) e artesanato (reprodução de objetos utilitários, massificada pela industrialização). Como analisaremos no próximo capítulo, esse foi o cenário em que nasceram os regimes da propriedade intelectual.

---

[55] "O perigo estava no fato, antes mencionado, de que a pintura deixara de ser um ofício ordinário cujos conhecimentos eram transmitidos de mestre para aprendiz. Em vez disso, convertera-se numa disciplina, como a Filosofia, a ser ensinada em academias" (GOMBRICH, 2000, p. 332).

Ocorre que, no século XIX, mudanças econômicas e sociais significativas repercutiram na forma de se conceber e se produzir arte. Em especial, viu-se a migração do capitalismo liberal para uma fase monopolista, ao passo que a industrialização[56] e a urbanização criaram as bases para a sociedade de consumo. De um lado, isso levaria à disseminação de bens culturais tidos como vazios, ou de qualidade inferior, voltados à simples comercialização e dotados de um caráter dito alienante.[57] A oposição a nessa nova realidade ficaria conhecida como movimento Modernista.

Conforme explica Cauquelin (2008, p. 27), o termo "Moderno" qualifica certa forma de arte que conquista seu lugar (ao mesmo tempo em que adota o nome) por volta de 1860 e se prolonga até a intervenção da Arte Contemporânea, sendo marcado pelo gosto pela novidade e recusa do passado acadêmico (Ibidem, p. 24), e com origens num período econômico bem definido: o da era industrial, de seu desenvolvimento, de seu resultado extremo em sociedade de consumo (Ibidem, p. 27).[58] No mesmo sentido, Huyssen (1987, p. 57) explica que, para Adorno, o Modernismo[59] (não apenas nas artes plásticas, mas também na música)[60] e a cultura de massa sempre estiveram ligados lado a lado, num ritmo *pari passu*, de modo que aquele seria uma reação a esta.[61]

Dessa forma, esse movimento insistiu numa divisão entre as chamadas "artes superiores" e aquilo que seria a "arte popular"[62] ou "comercial", voltada às massas,[63] nos mesmos moldes da separação entre arte e artesanato, de que falamos no tópico anterior.

---

56 Veremos adiante o papel das inovações tecnológicas para a evolução da arte no período compreendido entre a metade do século XIX e a metade do século XX.

57 "Academias e exposições, críticos e entendidos, tinham-se empenhado ao máximo para introduzir uma distinção entre Arte com A maiúsculo e o mero exercício de um ofício, fosse ele o de pintor ou de construtor. Agora, os alicerces em que a arte assentara durante toda a sua existência estavam sendo abalados de outro lado. A Revolução Industrial começou a destruir as próprias tradições do sólido artesanato; o trabalho manual cedia lugar à produção mecânica, a oficina à fábrica" (GOMBRICH, 2000, p. 346).

58 "É essa onipresença do consumo que rege a arte moderna, por excesso ou por falta, por adesão ou por recusa" (CAUQUELIN, 2008, p. 28).

59 Usamos o termo Modernismo na acepção dada por Cauquelin (2008, p. 24), qual seja, um movimento de radicalização dos traços da Arte Moderna, de que tratamos neste tópico (em especial, a abstração e a autonomia total da arte).

60 A análise de Adorno não se limita às artes plásticas. O filósofo alemão aponta que a resistência do Modernismo à comodificação pela cultura de massa está presente também nas obras de Schönberg e Kafka, assim como identifica as sementes da Indústria Cultural nas composições de Wagner, do final do século XIX (HUYSSEN, 1987, p. 30).

61 Encontramos suporte para essa afirmação em Adorno (2002, p. 36).

62 "[A] arte popular é aquela que se inscreve nas práticas correntes de todos os membros de uma comunidade, ou pelo menos de alguns dos seus segmentos, definidos segundo a sua faixa etária e sexo" (BECKER, 2010, p. 211).

É nesse sentido que Cauquelin (2008, p. 24), Huyssen (1987, p. 53), Adorno e Horkheimer (1985, p. 74), e Danto (1997, p. 7)[64] falam em autonomia e autorreferência como características da Arte Moderna e do Modernismo. Como já explicamos, esses dois traços decorrem da conquista da independência em relação a outras instituições, como a Igreja e o Estado, ganhando espaço com o desenvolvimento da sociedade burguesa, o surgimento da Estética como ramo próprio do conhecimento, a separação entre arte e artesanato e a formação da arte como uma instituição (HUYSSEN, 1987, p. 54).[65]

O que o Modernismo faz é, visando a criticar o próprio sistema burguês[66] (ao qual atribui a ascensão da cultura de massa), retomar a autonomia da arte,[67] como um campo fora de qualquer racionalização meio-fim (BÜRGER, 1984, p. 10), afastada da práxis da vida cotidiana, com manifesta ausência de função social (Ibidem, p. 51).[68] Segundo Huyssen (1987, p. 11), razão instrumental, expansão tecnológica e maximização do lucro eram tidas como diametricamente opostas ao *schöner Schein* (bela aparência) e ao *insteresseloses Wohlgefallen* (prazer desinteressado), dominantes na esfera da alta cultura.

---

63 Huyssen (1987, p. 29) nos diz que Adorno vê tanto o Modernismo como a Indústria Cultural (de que falaremos no tópico 2.8) como duas faces da chamada "cultura da modernidade", ambas decorrentes da fase monopolista do capitalismo, que se consolida no período em questão, em substituição ao capitalismo liberal. Mais ainda, diz o próprio Adorno (2002, p. 64): "A pureza da arte burguesa, que se hipostasiou como reino da liberdade em oposição à práxis material, foi obtida desde o início ao preço da exclusão das classes inferiores, mas é à causa dessas classes – a verdadeira universalidade – que a arte se mantém fiel exatamente pela liberdade dos fins da falsa universalidade. [...] A arte leve acompanhou a arte autônoma como uma sombra. Ela é a má consciência social da arte séria". Em sua visão crítica, ele constata que "as artes elevadas da sociedade capitalista são sempre permeadas por camadas da cultura de massa em relação às quais buscam autonomia" (HUYSSEN, 1987, p. 35, tradução nossa).

64 "Existe uma analogia [do Cartesianismo, colocando o homem no centro da Filosofia] com a história da arte. O modernismo na arte marca um ponto antes do qual os pintores começaram a representar o mundo da maneira como se apresentava, pintando pessoas e paisagens e eventos históricos da mesma forma que se apresentariam ao olho. Com o modernismo, as próprias condições da representação tornam-se centrais, de modo que a arte se torna, de certo modo, seu próprio assunto" (DANTO, 1997, p. 7, tradução nossa).

65 "A reivindicação da autonomia da arte existira na sociedade burguesa na Alemanha, por exemplo, desde Kant e Schiller" (MURPHY, 1998, p. 6, tradução nossa). Observaremos esse comportamento ao analisarmos a doutrina (incluindo Kant) no próximo capítulo.

66 Bourdieu (2000, p. 64) explica como esse fenômeno se deu na literatura, ilustrando o pavor que os escritores franceses da segunda metade do século XIX tinham à figura do burguês que enriqueceu com a expansão industrial, mas "[...] sem cultura e dispostos a fazer triunfar em toda a sociedade os poderes do dinheiro e sua visão de mundo profundamente hostil às coisas intelectuais".

67 "Ao se retirar da sociedade em direção a seu próprio espaço impermeável, a obra Modernista paradoxalmente reproduz – com efeito, intensifica – a ilusão de autonomia estética que marca a própria ordem burguesa-humanista contra a qual o Modernismo protesta" (EAGLETON apud MURPHY, 1998, p. 30, tradução nossa).

68 "Somente ao fortificar seus limites, ao manter sua pureza e autonomia e ao evitar qualquer contaminação por parte da cultura de massa e de sistemas de significação da vida cotidiana, a obra de arte mantém sua instância de oposição: oposição à cultura burguesa e à vida cotidiana, assim como à cultura de massa e de entretenimento, que são vistas como formas primárias de articulação cultural burguesa" (HUYSSEN, 1987, p. 54, tradução nossa).

Assim, esse movimento deu-se como uma resposta à deterioração ocorrida dentro das próprias artes elevadas (em especial, o Romantismo, o Realismo e o Naturalismo), testemunhas da crescente comodificação da cultura (Ibidem, p. 32).[69]

2.4 As Vanguardas

Como vimos, o Modernismo, ao abraçar a autonomia da arte, foi uma resposta à ascensão da cultura de massa na sociedade burguesa. Ocorre que – conforme explicado –, durante o século XIX, a crescente separação categórica entre arte e práxis e a insistência na independência da arte (que havia libertado a arte da Igreja e do Estado) levaram os artistas à margem da sociedade. Em oposição a essa tendência, os movimentos de Vanguarda do século XX[70] visaram a transformar o isolamento da arte em face da realidade em uma revolta ativa que faria a arte produtiva para mudança social (HUYSSEN, 1987, p. 7-8).

A tentativa de reintegrar a arte na vida já era observada desde o final do século XIX[71] nos impressionistas, seja na sua estética mais livre – fugindo das técnicas românticas e realistas em voga –,[72] seja no motivo de suas obras, que adotavam temas vulgares. Dessa forma, se voltaram a derrubar a parede entre ateliê e vida real e a documentar o mundo moderno à sua volta, em detrimento da retratação da mitologia e da iconografia religiosa vigente, que remontava ao Renascimento e à Antiguidade Clássica (GOMPERTZ, 2013, p. 33). No mesmo sentido, os pós-impressionistas (em especial os cubistas) utilizaram materiais banais para compor suas obras[73] e elegeram objetos cotidianos como motivos.[74]

---

69 Como mencionado nas notas 28, 30 e 66, Bourdieu (2000) traça um panorama muito detalhado desse fenômeno na literatura francesa (e suas interações com a pintura) da segunda metade do século XIX, exemplificado em autores como Flabuert, Zóla, Baudelarie e Mallarmé, ilustrando a consolidação da figura romantizada do autor, em oposição aos escritores de romances comerciais, e passando pelas escolas literárias correspondentes aos movimentos citados acima.

70 "O primeiro uso do termo 'vanguarda' aplicado a grupos artísticos progressistas ocorreu por volta de 1825, referindo-se à fase posterior dos movimentos Românticos europeus, sendo associada com os seguidores proto-socialistas de Saint-Simon e Fourier. [...] É a arte que 'apoia a razão' e produz na humanidade tanto aquelas sensações que conduzem a 'pensamentos nobres' como a energia necessária para avançar mudar a sociedade em direção ao bem de todos" (MURPHY, 1998, p. 35, tradução nossa).

71 "Os vários impulsos contraditórios dentro do expressionismo mostram que a vanguarda é um fenômeno muito mais heterogêneo e ambíguo do que Bürger – com seu foco restrito ao Dadaísmo e Surrealismo – às vezes nos faz crer" (HUYSSEN, 1987, p. 3).

72 Mesmo alguns expoentes do Romantismo e do Realismo, como Delacroix e Coubert, respectivamente, haviam já desafiado a rigidez da Academia, introduzindo cores vívidas, no caso do primeiro, e uma retratação não idealizada da vida comum, no caso do segundo (GOMBRICH, 2010, p. 349-351; GOMPERTZ, 2013, p. 41).

73 A exemplo de Georges Braque e suas colagens a base de papel de parede.

Nos dizeres de Gompertz (2013, p. 150-153): "[...] a ideia de que materiais corriqueiros e ordinários podiam ser usados no altar sagrado do cavalete do artista era totalmente nova. [...] Era a ruptura final com a tradição. Tornara-se possível fazer arte com qualquer coisa".[75]

As Vanguardas, no entanto, diferenciaram-se desses movimentos prévios de duas formas: na crítica à arte como instituição (um termo para a moldura institucional na qual a arte foi produzida, distribuída e recebida na sociedade burguesa) e na ruptura radical com o referencial mimético estético e sua noção de obra de arte autônoma (BÜRGER apud HUYSSEN, 1987, p. 9).[76]

Com efeito, tanto o Modernismo como as Vanguardas representaram um ataque à sociedade burguesa, em especial à expansão da cultura de massa e consumo. Ocorre que, em oposição àquele movimento, os vanguardistas não negaram uma forma prévia de arte (um estilo), mas a própria arte como instituição não ligada à praxis (BÜRGER, 1984, p. 49).[77]

Assim, a crítica das Vanguardas à independência da arte se deu em dois planos: primeiramente, contestando a ideia de prescindibilidade da autonomia como condição para a arte e, segundo, expondo a noção de autonomia como um valor arbitrário que é institucionalmente imposto (MURPHY, 1998, p. 9-10).[78 - 79] Nesse sentido, o

---

74 "Ao colocar um fragmento de oleado em sua pintura ele elevou seu *status* de trapo inútil às esferas elevadas das belas-artes. Picasso pegara um produto produzido em massa e o transformara em algo único e valioso" (Ibidem, p. 151). Na mesma linha, Danto (1964, p. 573) diz que a aceitação do Pós-Impressionismo requereu tamanha revolução tanto no gosto como na teoria estética que, como consequência, levaram à reconsideração de alguns objetos como obras artísticas, como armas e máscaras foram transportadas de museus antropológicos para museus de belas-artes.

75 Essa é uma tendência que se relaciona tanto com a abstração própria do Modernismo quanto com a desestetização das vanguardas do século XX e a aproximação entre Arte Contemporânea e cultura de massa. Voltaremos a este ponto mais adiante.

76 Em sentido semelhante: Schulte-Sasse (1984, p. xiv).

77 "Quando os vanguardistas exigem que a arte se torne prática outra vez, eles não querem dizer que os conteúdos das obras de arte deveriam ser socialmente significantes. A exigência não é levantada no nível do conteúdo das obras individualmente. Em vez disso, ela se direciona em relação à forma como a arte funciona na sociedade, um processo tão decisivo para determinar o efeito das obras como seu próprio conteúdo particular" (BÜRGER, 1984, p. 49, tradução nossa).

78 Isso porque, ao mesmo tempo em que a autonomia oferece um grau de independência e distância crítica em relação à sociedade, a arte sofre com esse isolamento, na medida em que qualquer conteúdo social ou político é imediatamente neutralizado quando uma obra de arte é percebida como um produto puramente imaginativo, uma ilusão estética que não deve ser tomada a sério (MURPHY, 1998, p. 10). Em outra passagem (Ibidem, p. 28), ao analisar criticamente a obra de Bürger, Murphy nos alerta para os riscos de se abandonar o conceito de autonomia da arte, em especial quanto à ascensão do Fascismo.

Construtivismo Russo pregou a necessidade de a arte ter um objetivo – sobretudo um propósito político: servir ao regime soviético (GOMPERTZ, 2013, p. 196) –, tornando-se tanto a apologia de um design generalizado (atribuindo-se uma utilidade prática) quanto um discurso antiarte (GREFFE, 2013, p. 83).

Apesar de não o terem destruído, os vanguardistas mudaram profundamente o conceito daquilo que se entendia por obra de arte[80] – predominante na época do surgimento do regime autoral, conforme veremos no próximo capítulo. Segundo Bürger (1984, p. 51-52, tradução nossa):

> [O] teorema de Valéry referente à força do orgulho (*orgueil*) como criadora e propulsora do processo criativo renova a noção do caráter individual da produção artística como central à arte na sociedade burguesa. Nas suas manifestações mais extremas, a resposta da vanguarda a isso não é a coletividade como sujeito da produção, mas uma negação radical da categoria de criação individual. Quando Duchamp assina objetos produzidos em massa (um urinol, um escorredor de garrafas), ele nega o caráter de produção individual. [...] toda reivindicação de criatividade individual deve ser satirizada. [A provocação de Duchamp] questiona o princípio da arte na sociedade burguesa segundo o qual o indivíduo é considerado o criador da obra de arte.[81]

---

79 "Os movimentos Vanguardistas negaram as determinações que são essenciais à arte autônoma: a separação entre arte e práxis da vida e a produção e recepção individuais como distintas daquela" (BÜRGER, 1984, p. 53, tradução nossa).

80 "A vanguarda constatou que a unidade orgânica da instituição burguesa da arte deixou a arte impotente para intervir na vida social, e consequentemente desenvolveu um conceito diferente da obra de arte" (SCHULTE-SASSE, 1984, p. xxxix, tradução nossa).

81 Tratando de uma obra de Duchamp, *Fresh Window* (1920, Nova York, MoMA), que nada mais é do que o modelo normal de uma janela assinado sob pseudônimo e com os dizeres "COPYRIGHT", Nesbit (1987, p. 250, tradução nossa) explica: "A distinção de Duchamp era comprometer a própria ideia de autoria. Sua '*Fresh Widow*' usou um modelo em escala feito por um carpinteiro sem nome, o tipo de modelo que se apresentaria no escritório de patentes, se alguém tivesse chegado ao ponto de reinventar a janela francesa. E, no entanto, nada há de novo sobre esse projeto, a exigência de obter uma patente; nem é altamente original, a palavra-chave para direitos autorais. Não há lugar para a autorreflexão nos painéis de couro preto. Mas, a cada passo, o eu de Duchamp foi apagado; a janela foi finalmente assinada por uma ficção, Rose Selavy. Não há um único material culturalmente certificado em evidência; adicione a isso o jogo no modelo e não há razão alguma para considerar isso um objeto cultural; a janela é sem lei. E, no entanto, [...] Duchamp escreveu seu grande erro, alegando 'COPYRIGHT' (em inglês) no peitoril de seu trabalho. Duchamp usou o termo legal como um sinal: o objeto não cultural poderia ser apropriado; a cultura poderia digerir o alheio. A janela já desceu na história da arte moderna; está catalogado como escultura. Mas Duchamp não usou direitos autorais para mediar a distinção entre cultura e indústria; ele mostrou que os dois podem se tornar indefinidamente confusos e arbitrariamente separados. Duchamp deu à pergunta do autor a resposta mais cruel. A distinção autoral era artificial". A respeito da supressão da importância da individualidade do artista na obra, Nesbit (Ibidem, p. 230, tradução nossa) menciona também o poeta francês Mallarmé: "O trabalho puro envolve o desaparecimento da voz do poeta, cedendo a iniciativa para as palavras mobilizadas pelo choque de sua disparidade; eles se iluminam mutuamente em reflexões recíprocas como um rastro virtual de faíscas em pedras preciosas, substituindo a respiração perceptível na velha inspiração lírica ou a direção pessoal e entusiástica da frase".

Da mesma forma, as Vanguardas criticaram a instituição arte ao negar a noção de autenticidade e originalidade das obras, bem como o *Werkbegriff* – o conceito de obra como entidade identificável dentro de limites definidos (MURPHY, 1998, p. 24). Nesse sentido, os vanguardistas propuseram a criação de uma nova estética do caótico, do feio, do marginalizado, do grotesco, do deformado e do descartado – também compreendida como uma *desestética* ou antiestética –, de modo a subverter o senso ilusório de domínio e controle estético até então predominante (Ibidem, p. 37-38). Na mesma linha, o aspecto estético da arte deixa de residir na obra em si, passando a se situar no olhar do observador (EVRARD; COLBERT, 2000, p. 5).[82]

Mais uma vez, os *ready-mades* de Duchamp servem de alegoria do exposto. Como aponta Greffe (2013, p. 87): "[...] o que era chamado de obra de arte não tinha mais um caráter único, pois poderia haver muitas simultaneamente, podendo ser reproduzidas sem dificuldade. [...] uma obra de arte podia, a partir de então, ser empregada como outra coisa, diferente de obra de arte".[83] Assim, Duchamp (junto com os dadaístas) obteve sucesso em destruir o que Benjamin (1975, p. 30) chamou da aura da obra de arte tradicional, a aura de autenticidade e singularidade que constituiu o distanciamento entre obra e vida.

É interessante notar como a tecnologia influenciou essa expansão do conceito de arte para os vanguardistas.[84] Exemplo disso são a fotografia[85] e o cinema, elevados à

---

[82] Nesse sentido, o aspecto estético vanguardista se relaciona com a nova função do autor proposta por Foucault (2001) ou de "sua morte", como enunciada por Barthes (2004). Não exploraremos profundamente as análises desses dois pensadores, uma vez que já foram exaustivamente tratadas pela doutrina jurídica (WOODMANSEE, 1984; JASZI, 1991, 1994 e 2011; JASZI e WOODMANSEE, 1994; CARBONI, 2010; JASZI, 2011).

[83] Exemplos do gênero não faltam na produção dadaísta. "Bilhetes de bonde, botões, arames, pedaços de madeira jogados fora, sapatos velhos, trapos, pontas de cigarro e jornais velhos eram colhidos pelo alemão [Schwitters] para integrar sua arte dadaísta. [...] A seu ver, a arte podia ser feita com qualquer coisa e qualquer coisa poderia ser arte" (GROMPERTZ, 2013, p. 245).

[84] Huyssen (1987, p. 9) diz que nenhum fator influenciou mais a emergência da nova vanguarda artística do que a tecnologia, que não apenas serviu de combustível à imaginação artística, mas penetrou o cerne da obra de arte em si.

[85] Vide o discurso de Benjamin (1975, p. 16), tratando da separação entre o conceito de arte e o ritual de criação: "Quando, com o aparecimento da fotografia, o primeiro meio de reprodução verdadeiramente revolucionário (que coincide com o alvorecer do socialismo), a arte sente a proximidade da crise que, cem anos mais tarde, se tinha tomado inequívoca e reagiu com a doutrina da 'l'art pour l'art', que é uma teologia da arte. Dela surgiu precisamente uma teologia negativa na forma de uma arte 'pura' que recusa, não só qualquer função social da arte, como também uma finalidade através de uma determinação concreta (na poesia, Mallarmé foi o primeiro a alcançar esta posição). É indispensável a consideração de tais contextos para a reflexão sobre a obra de arte na era de sua reprodutibilidade técnica. Porque eles preparam o reconhecimento que aqui é decisivo: a reprodutibilidade técnica da obra emancipa-a, pela primeira vez na historia do mundo, da sua existência parasitária do ritual".

condição de arte,[86] apesar de sua base mecânica (FARTHING, 2011, p. 356), e que, diferentemente das formas de expressão consideradas artísticas até então, são feitas para a reprodução em massa.[87-88]

Observe-se, no entanto, que essa evolução quanto ao que se considerava arte também se deve a uma marca relevante do Modernismo: a tendência à abstração – impulsionada, por sua vez, pela ideia de uma arte independente das demais esferas sociais, sem finalidade específica além da apreciação das obras (ADORNO apud HUYSSEN, 1987, p. 41-42; WRINCKLER apud BÜRGER,1984, p. 37).

Da mesma forma, apesar de as Vanguardas terem apoiado "uma vasta expansão do conceito de arte, a qual abrigaria também várias formas da cultura de massa, isso de forma alguma implica em dizer que a vanguarda visava a abraçar a cultura de massa, incluindo a comodificação [...]" (MURPHY, 1998, p. 31, nota 54, tradução nossa).[89]

Entretanto, não foi apenas nesse ponto que as Vanguardas e o Modernismo apresentaram semelhanças. Ambos os movimentos não só se originaram de uma ruptura com o antigo sistema de Academicismo, como também perpetuaram a ideia de que o artista deveria se manter afastado da comercialização de suas obras. Nesse sentido:

---

86 "Em pouco tempo, Stieglitz criou (embora numa escala modesta) a maioria dos dispositivos institucionais que permitiam justificar a fotografia como uma forma de arte: uma galeria onde as obras podiam ser expostas, um jornal que publicava reproduções e textos de alta qualidade e que contribuía para a difusão de ideias e para a promoção da fotografia, um grupo de pares que se apoiavam mutuamente e uma seleção de temas e de um estilo que se demarcava das imitações da pintura em voga nessa época" (BECKER, 2010, p. 280).

87 Também é curioso como a tecnologia influenciou de maneiras distintas movimentos diferentes. O Dadaísmo a abraçou como forma de ridicularizar e desmantelar a alta cultura burguesa e sua ideologia (dissociando a obra de sua aura orgânica, natural e original). Nos dizeres de Huyssen (1987, p. 11, tradução nossa): "O radicalismo e a ruptura do Dadaísmo ficam ainda mais claros quando lembrados que a ideologia burguesa dependera da separação da realidade cultural daquela industrial e econômica, a qual, por óbvio, era a primeira esfera da tecnologia". Já a vanguarda Russa pós-1917 (Futurismo, Construtivismo, Produtivismo e *Protelkult*) também abraçou a tecnologia como forma de reaproximar a arte da realidade, em oposição à ideologia burguesa, mas num caráter de romantização e idolatria do industrialismo (HUYSSEN, 1987, p. 11-13).

88 "As invenções e os progressos que deram origem à fotografia e ao cinema não foram estimulados por artistas, mas pelo interesse que as suas aplicações cientificas, comerciais e de lazer suscitaram" (BECKER, 2010, p. 257).

89 Isso fica claro quando pensamos na expansão do rol de obras artísticas influenciado pelo desenvolvimento tecnológico, de que já falamos e voltaremos a abordar no próximo capítulo. Não há dúvidas de que a cultura de massa (contra a qual se opunham as Vanguardas) depende da evolução das técnicas de reprodução mecânica. A incorporação da tecnologia pelos vanguardistas, portanto, poderia parecer uma contradição. No entanto, Huyssen (1987, p. 11) nos explica que seu propósito era outro: ao abraçarem a tecnologia na arte, eles a libertavam de seu aspecto instrumental, de forma a atacar, de uma vez só, dois preceitos burgueses: tanto a noção de tecnologia como progresso quanto a ideia de autonomia da arte.

> [O]s pintores oferecem à opinião pública a possibilidade de formar uma imagem do artista como um "exilado" [...] Concebe-se o artista como antagônico ao sistema comercial que o explora [...] O espaço intermediário entre produtor e consumidor povoa-se de uma grande quantidade de figuras – do marchand ao galerista, passando pelos críticos, especuladores e colecionadores. [...] Ele [o artista] não aceita que as leis do mercado econômico sejam aplicadas ao domínio artístico (CAUQUELIN, 2008, p. 52-53).[90]

Assim, ainda que as Vanguardas tenham surgido como uma oposição ao Modernismo, buscando criticar a noção de autonomia da arte e sua separação da práxis da vida cotidiana, expandindo o conceito de arte (influenciadas pelo desenvolvimento tecnológico), continuaram com a visão clássica de que o artista estava alheio ao mercado a ao aproveitamento econômico de suas obras. Da mesma forma, mantinha-se ainda a divisão entre arte e artesanato, da qual já falamos. Esse cenário, contudo, mudaria radicalmente nas décadas seguintes.

2.5 A Arte Contemporânea

Como vimos no tópico 2.2, uma característica marcante que levou à ideia de autonomia da arte foi sua separação em relação ao artesanato. Essa cisão, contudo, foi desafiada ainda no final do século XIX pelo movimento *Arts & Crafts*, liderado pelo inglês William Morris.[91] Influenciado pela doutrina socialista, Morris propôs a democratização da beleza e das ideias, a arte feita pelo povo e para o povo, sintetizada no lema "arte para todos", como forma de se opor à massificação do artesanato promovida pela industrialização. Em outras palavras, Morris queria "[...] tomar os valores das belas-artes a aplicá-los aos ofícios, produzindo objetos feitos à mão com todo o amor, atenção e

---

[90] Cauquelin (2008, p. 48-49) justifica esse fenômeno: "É o meio de manter intacta a fonte de produção, o criador, independente do mercado e, portanto, livre de qualquer suspeita de comercialização, para que sua credibilidade junto ao público permaneça inabalável. Voluntária ou não, a exibição do artista, como anti, fora ou além das regras do mercado de consumo é tida como certa. Tática vitoriosa uma vez que, se já não se trata mais do estudante pobre em seu casebre, que frequenta tabernas com os amigos e arruína sua saúde e família – imagem herdada do século XIX romântico –, nem por isso a imagem que o público faz do artista é muito diferente dessa história. Na verdade, esse público recusa a ideia de qualquer enriquecimento do artista, apegando-se à arte desinteressada, à criação 'livre', oriunda do sofrimento, pronto a se tornar cego aos lucros muito reais e acusando sobretudo os intermediários de explorar o produtor, o artista Vincent van Gogh, o maldito, o exilado da sociedade, estabelece o paradigma, obtendo todas as aprovações. Para que os mediadores-intermediários da cadeia de consumo de obras de arte – como de qualquer produto – sejam eficazes é necessário isolar o produtor, o artista, como se ele não tivesse consciência do destino de sua produção"

[91] Greffe (2013, p. 200) nos diz que, ao longo de todo o século XIX, houve uma série de tentativas de se aproximar arte e indústria – o que se tornava cada vez mais viável pelo aperfeiçoamento das técnicas de reprodução.

habilidade individuais devotados à pintura de uma paisagem ou a uma escultura de mármore" (GOMPERTZ, 2013, p. 217-218).

Na mesma época, na França, a Escola de Nancy tentava associar "[...] referências artísticas, criações artesanais e perspectivas das máquinas, com o objetivo global de melhoria do contexto da vida cotidiana" (GREFFE, 2013, p. 203).[92] Movimentos semelhantes seriam vistos em toda a Europa no sentido de reunir as artes maiores, as artes decorativas, o artesanato e a indústria, conciliando aspiração ao bem-estar, estética e produção em série, ficando conhecidos genericamente como *Art Nouveau* (GOMBRICH, 2000, p. 371; GREFFE, 2013, p. 209).[93-94]

Cerca de vinte anos mais tarde, em 1919, os princípios do *Arts & Crafts* e dos demais movimentos contemporâneos inspiraram a Escola Bauhaus, uma instituição de educação artística fundada por Walter Gropius na Alemanha, que combinaria o programa teórico de uma academia de artes com o currículo prático de uma escola de artes e ofício, mesclando estética e funcionalidade (GOMBRICH, 2000, p. 386). Ao unificar o ensino de arte, design e arquitetura, a Bauhaus visou a romper com a histórica distinção entre artesões e artistas (PARRAGON, 2011, p. 424), consistindo numa espécie de rejeição à política de produção em massa industrializada, vista como diminuição do indivíduo (GOMPERTZ, 2013, p. 223). Tal proposta se intensificou com a saída de Johannes Itten da instituição e sua filosofia não comercial, dando lugar a um novo lema: "arte e tecnologia, uma nova unidade" (Ibidem, p. 227).

---

92 Greffe (2013, p. 207) nos indica alguns dos problemas enfrentados pela Escola de Nancy: primeiramente, o aumento dos casos de plágio e contrafação, possibilitados pelas novas técnicas de reprodução; em segundo lugar, divergências internas entre aqueles que "[...] pretendiam gozar de um reconhecimento industrial na base da arte, como Gallé, e aqueles para quem os produtos apresentados eram cada vez mais industriais e cada vez menos artísticos, como Daum e Majorelle". Nesse sentido, alguns passaram a reconhecer uma divisão insuperável entre artesanato de arte e indústria. Voltaremos a essas questões adiante.

93 Esse movimento, na Alemanha, ficou conhecido pelo nome de *Jugendstil* (GREFFE, 2013, p. 209). Huyssen (1987, p. 34, tradução nossa) nos diz que Adorno criticou-o por identificar nele os prelúdios da Indústria Cultural, na medida em que foi "[...] o primeiro estilo de arte elevada a integralmente revelar a comodificação e a reificação da arte na cultura capitalista".

94 A aproximação entre arte e indústria levou os defensores das artes decorativas a exigirem a criação de uma seção de objetos de arte no Salão de Paris (já que seus artigos não se enquadravam em nenhuma das quatro categorias aceitas: pintura, escultura, arquitetura e gravura), o que foi aceito somente em 1895 – após a Exposição Universal de 1889 dar provas da "[...] vitalidade e do interesse econômico das arte decorativas" (GREFFE, 2013, p. 210) –, mas com forte oposição, na medida em que "[...] seu caráter utilitário os distanciava do objeto de arte pura; a noção de propriedade intelectual era difícil de ser aplicada, levando em conta a variedade de pessoas que podiam intervir nos estados sucessivos de sua concepção e de sua realização; [e] processos industriais podiam intervir na produção dos objetos" (Ibidem, p. 210). Nos capítulos 3, 4 e 5, falaremos com mais detalhes do problema de aplicação dos regimes da propriedade intelectual que se observaram, já nessa época, em relação às artes decorativas.

Contemporaneamente à Bauhaus, surgiu na Holanda um movimento de abstração, centrado em elementos simples e puros que repetissem de algum modo as leis objetivas do universo (GOMBRICH, 2000, p. 404), um "[...] conceito que poderia ser aplicado a todas as formas de artes visuais, da arquitetura ao design" (GOMPERTZ, 2013, p. 211). De certa forma, o *De Stjl* reaproximou as artes plásticas do artesanato e da indústria, na medida em que sua filosofia poderia ser usada não apenas na pintura, mas também na fabricação de brinquedos (GOMBRICH, 2000, p. 404), na marcenaria – vide a *Cadeira azul e vermelha*[95] (1918, Los Angeles, LACMA) de Gerrit Rietveld[96] – e na moda (a exemplo dos vestidos feitos por Yves Saint Laurent, expostos na capa da *Vogue* francesa em setembro de 1965).

Ao aproximarem arte de artesanato,[97] em sentido contrário à divisão clássica que havia se sedimentado, essas três correntes abriram espaço para o surgimento da *Pop Art*, na metade do século XX. O Popismo marcou uma mudança radical em relação aos movimentos anteriores: mais do que apagar a linha entre alta e baixa cultura (GOMPERTZ, 2013, p. 309), promoveu-se uma eliminação das barreiras entre arte e comércio. Nos dizeres de Gompertz (2013, p. 312): "Essa é uma costura filosófica que atravessa toda a pop art – em que momento a arte se torna uma mercadoria e a mercadoria se torna uma arte".[98]

Inspirado no que ocorria no cenário da música pop, o *Popismo* despregou-se do intelectualismo que dominara as demais correntes inovadoras, adotando o uso de imagens, motivos e linguagens popularmente difundidas, desde as histórias em quadrinhos até a

---

95 No original: *Blue and Red Armchair*.

96 Hunter e Wood (2016, p. 417, tradução nossa), referindo-se à fusão entre arte, artesanato e indústria na primeira metade do século XX: "O mobiliário modernista foi feito em fábricas, foi inspirado em seu estilo pelas fábricas e foi feito para parecer que foi criado em uma fábrica. A realidade comercial da produção fabril significava que havia uma separação comercial formal e substancial entre o designer de móveis e o fabricante – o fabricante e o designer eram às vezes entidades corporativas diferentes e, em qualquer caso, uma 'cadeira Breuer' ou 'Le Corbusier *chaise longue*' não era mais produzida em uma oficina que era controlada pelo designer". Observem-se o uso da expressão "modernista", diferente do significado que atribuímos anteriormente, e a separação entre o artista e o comércio da obra.

97 "As obras de arte e os estilos que eram na sua gênese essencialmente expressivos tomam-se cada vez mais organizados, convencionais e formalizados; as formas de organização colocam cada vez mais os artistas sob o controlo de influencias externas; e as suas actividades começam a ficar muito semelhantes as do artesanato convencional. É nessa perspectiva que se pode afirmar que uma arte se torna artesanato" (BECKER, 2010, p. 241).

98 "A arte contemporânea, ao contrário, não tem nenhum resumo contra a arte do passado, nenhum sentido de que o passado é algo de que a libertação deva ser conquistada, nenhum sentido, mesmo que seja de todo diferente, como arte da arte moderna em geral. É parte do que define a arte contemporânea que a arte do passado está disponível para tal uso como os artistas se importam em dar. O que não está disponível para eles é o espírito em que a arte foi feita" (DANTO, 1997, p. 5).

publicidade (GOMBRICH, 2000, p. 420). Conforme Huyssen (1987, p. 146, tradução nossa): "O artista rendeu-se aos princípios da reprodução de massa e documentou sua proximidade ao mundo de imagem da mídia de massa". As obras passaram a ser marcadas pela fascinação pelos meios de comunicação de massa e pela cultura popular, definida por Hamilton (apud GOMPERTZ, 2013, p. 310-311) como: "Popular (destinada a um público de massa), Transitória (solução de curto prazo), Descartável (facilmente esquecida), Barata, Produzida em Massa, Jovem (destinada à juventude), Espirituosa, Sexy, Atraente, Glamorosa, Muito Lucrativa".

O maior expoente desse movimento, sem dúvida, foi Andy Warhol: designer gráfico de formação (GERLINGS, 2006, p. 202), aplicou técnicas de reprodução às suas obras, que usavam como motivos objetos cotidianos, incluindo marcas e desenhos industriais – a exemplo de *Garrafas de Coca-Cola Verde* (1960, Nova York, *Whitney Museum of American Art*),[99] *Latas de Sopa Campbell* (1962, Nova York, MoMA)[100] e *Brillo Box* (1964, Nova York, MoMA) –, reproduzindo caixas de determinado sabão em pó.[101] Segundo Gompertz (2013, p. 321-325):

> Warhol havia conseguido eliminar da pintura quase todas as evidências de sua presença; não se vê nenhum toque estilístico [...]. Warhol também está contestando a convenção de que a arte deve ser original. [...] O objetivo era eliminar sua mão por completo da execução da obra, encontrar um efeito mais "linha de montagem", que ajudaria a fechar a brecha entre suas imagens, sua produção e aquelas que elas estavam imitando. A impressão por serigrafia fez isso e mais: permitiu a Warhol empregar as cores berrantes usadas na esfera comercial. Sua intenção com isso não era expressar seus sentimentos íntimos por um tema, como havia sido o caso com os fauvistas e suas cores vivas, mas poder macaquear a paleta da cultura pop. [...] Andy Warhol foi um artista extraordinário que escolheu a sociedade de consumo como tema, que passou depois a explorar usando os métodos da sociedade de consumo. Chegou ao extremo de se transformar numa marca. [...] Isso sugeria que a obra de arte, o objeto que elas [as pessoas] haviam adquirido, era irrelevante em termos intelectuais ou estéticos; a única coisa que importava era tratar-se de um selo de um produto de marca que tinha selo de qualidade social e fazia sentido financeiro: era uma boa compra. O fato de que Warhol

---

[99] Hodge (2008, p. 186) nos relata que, antes de Warhol, Rauschenberg já havia utilizado a lata de Coca-Cola como motivo para suas obras.

[100] No original, respectivamente: *Green Coca-Cola Bottles* e *Campbell's Soup Cans*.

[101] Tais obras, em especial essa última, fizeram Danto (1981, p. vii) escrever sobre o que chamou de "fim da arte" (e não "morte"), no sentido de que esta teria passado a um estágio de consciência de si mesma e se tornado sua própria filosofia – isso porque tais obras encerraram a possibilidade de novas definições de obra artística se blindarem contra as revoluções do mundo artístico. Em outras palavras, isso quer dizer que "[...] as grandes narrativas mestres que primeiro definiram a arte tradicional, e depois a arte modernista, não só chegaram ao fim, mas também a arte contemporânea não se deixa mais representar por narrativas mestras de modo algum" (Ibidem, p. xiii, tradução nossa).

> provavelmente não fizera a peça não importava, bastava que ele a tivesse autenticado quando ela saía de seu ateliê, que ele chamava rude e alegremente de The Factory, uma referência direta a seus métodos comerciais de produção.[102]

Roy Lichtenstein, por sua vez, fez obras que utilizavam não apenas a estética, mas os processos de impressão dos quadrinhos, uma forma de literatura de massa. Já Peter Blake tem como uma de suas criações mais conhecidas (senão a mais) a capa do álbum *Sgt. Pepper's Lonely Hearts Club Band*, feita para os Beatles em 1967.

Em suma, o Popismo inspirou-se nas correntes precedentes ao questionar a independência da arte em relação à vida cotidiana, bem como a separação entre arte, artesanato[103] e indústria e, consequentemente, a divisão entre alta cultura e sociedade de massa e consumo, seja nos motivos escolhidos ou nas técnicas de reprodução utilizadas. Dessa forma, somou-se aos grupos antecessores que tentavam enfraquecer alguns dos fundamentos da ideia burguesa da arte como instituição, a exemplo dos conceitos de originalidade e de exclusividade da obra (os quais influenciaram o regime de direitos autorais, como veremos no próximo capítulo).

No entanto, os popistas foram além ao, pela primeira vez, defender o aproveitamento econômico por parte dos artistas. A arte se tornava, portanto, escancaradamente comercial.[104]

Algumas dessas tendências do Popismo (quebra das barreiras entre arte, artesanato, indústria e comércio, bem como cultura alta e popular, além do questionamento

---

[102] Assim como Warhol produzia suas obras na *The Factory*, o sueco Claes Oldenburg expunha suas esculturas na forma de objetos cotidianos na *Loja*, nome que dera ao seu ateliê.

[103] Becker (2010, p. 233-234) faz uma ressalva interessante. Ele faz distinção entre os artesãos de arte (que se preocupam em dar um caráter mais ornamental às suas obras, sem perder de vista sua função utilitária) e os artistas que descobrem no artesanato materiais e técnicas para explorar novas possibilidades artísticas. Nesse último caso, não haveria qualquer preocupação utilitária. Outra diferença se daria na possibilidade de reprodução da obra. Enquanto o artesão prova sua perícia ao executar dois artigos com qualidade idêntica, o artista, ao fazê-lo, retira o caráter de exclusividade de sua criação, de modo a desvalorizá-la (Ibidem).

[104] Não há como negar uma inspiração dos popistas nos dadaístas (HUYSSEN, 1987, p. 60). As obras da *Pop Art* nos remetem imediatamente aos *ready-mades*, dos quais já falamos. Há, contudo, uma diferença substancial entre as duas correntes. Se Duchamp foi irônico ao inscrever um urinol numa exposição (*Fountain by R. Muttxi*, 1917), escolhendo arbitrariamente um artigo produzido em massa, de forma a questionar a personificação do autor (BÜRGER, 1984, p. 52), o materialismo e a institucionalização da arte burguesa (GOMPERTZ, 2013, p. 250), Warhol, ao reproduzir latas de Coca-Cola e de sopa Campbell, fazia justamente o contrário: uma apologia à aproximação entre arte, comércio e sociedade de consumo, na qual a assinatura do artista passa a ter o mesmo valor de uma marca. Nesse sentido, Greffe (2013, p. 89) nos relata as duras críticas que Duchamp fez aos popistas, chamando-os de "mercenários" e "quitandeiros".

das ideias de originalidade e exclusividade) foram reaproveitadas por movimentos artísticos que surgiram após a segunda metade do século XX. No Minimalismo, por exemplo, "a mão e a presença do artista são quase imperceptíveis. [...] sua arte sendo montada como um produto industrial. [...] as peças que produziam não tinham nada do romance associado ao esforço necessário para entalhar um bloco de pedra" (GOMPERTZ, 2013, p. 354). Nesse sentido, esses artistas praticamente não executavam suas obras, relegando-as a terceiros, tal como no gerenciamento de uma atividade empresarial.[105] Ao fazê-lo, visavam a eliminar completamente da obra "[...] qualquer traço de sua expressão pessoal, subjetividade ou autoria", de modo a "[...] compelir o espectador a lidar com o objeto físico que tinham diante de si sem ser desviado pela personalidade do criador" (Ibidem, p. 354).[106] Os minimalistas, portanto, esvaziavam por completo de suas obras os elementos basilares do regime de direitos autorais, os quais veremos no próximo capítulo.[107]

Podemos arriscar dizer, portanto, que a *Pop Art* abriu as portas daquilo que hoje entendemos como Arte Contemporânea. Nas palavras de Huyssen (1987, p. 188, tradução nossa): "O Pop, no seu sentido mais amplo, foi o contexto no qual a noção de pós-moderno tomou sua primeira forma e, do início até hoje, foi o movimento mais significativo do pós-moderno a desafiar a hostilidade do modernismo em relação à cultura de massa".[108] Assim, os movimentos que se seguiram, quer os chamemos de Pós-Modernos[109] ou de

---

[105] Os minimalistas não foram os primeiros a terceirizar a execução de suas obras. Muito antes deles, Rembrandt (KRUEGER PELA, 2015), Peter Paul Rubens e Auguste Rodin já delegavam essa função aos seus assistentes. A diferença, contudo, é que estes, assim como os popistas, o faziam de forma a aumentar sua produtividade, enquanto os minimalistas queriam extirpar de sua arte qualquer noção de autoria e personalidade (GOMPERTZ, 2013, p. 354) – nesse sentido, vide nosso comentário na nota 138 sobre a forma como Krueger Pela (2015) descreve o "estilo Rembrandt" como uma espécie de marca seguida por seus discípulos.

[106] Dessa forma, se aproximam das análises propostas por Foucault (2001) e Barthes (2004) – que, no entanto, não exploraremos aqui por já terem sido exaustivamente tratadas pela doutrina jurídica, conforme mencionamos na nota 82.

[107] Outra corrente que rompe com os paradigmas da propriedade intelectual é a arte de apropriação, ou *appropriation art*, ao reinterpretarem elementos já existentes, questionando o significado de autoria e originalidade. Na nota 555, mencionaremos duas ações judiciais nos Estados Unidos, envolvendo a alegação de paródia em casos de apropriação de elementos de obras anteriores.

[108] Por novo paradigma, Huyssen (1987, p. x) não sugere que houve uma total ruptura entre Modernismo e Pós-Modernismo, mas sim que o Modernismo, a Vanguarda e a cultura de massa entraram num novo modelo de relações mútuas e configurações discursivas que chamamos "Pós-Moderno" e que é claramente distinto do paradigma do "Alto Modernismo".

[109] "Não há um termo consolidado para a arte produzida nas duas décadas que abrangem o fim do século XX e o início do século XXI. Em se tratando de movimentos, o pós-modernismo foi o último a ser oficialmente reconhecido, e ele perdeu o fôlego perto do fim dos anos 1980" (GOMPERTZ, 2013, p. 384).

Contemporâneos, ficaram marcados pelo rompimento da barreira instituída entre arte, indústria e comodificação cultural (Ibidem, p. 59).[110] Conforme Cauquelin (2008, p. 27):

> Essa situação gera certas proposições, tais como o engajamento progressivo do circuito do consumo de massa, o resvalar do *status* de obra de arte em direção ao de "produto" e, paralelamente, a transformação (ou o "travestimento") do produto industrial em produto estético.

Já de acordo com Greffe (2013, p. 96): "Agora consome-se a cultura como se faz com as mercadorias. [...] A arte contemporânea se encaixa perfeitamente nesse movimento consumista. [...] É, portanto, normal que, no final das contas, as mercadorias se estetizem, as artes se mercadejem".[111-112]

Dessa forma, a arte transformou-se substancialmente em relação ao modelo vigente entre o final dos séculos XVIII e XIX,[113] quando se formaram os regimes da propriedade intelectual, como veremos no próximo capítulo. Não só houve uma grande ampliação daquilo que se considera obra artística – passando a englobar desde objetos do cotidiano até instalações e *happenings* (TRIGO, 2009, p. 54) –, como uma aproximação das figuras de artista e empresa (no surgimento do artista-empresário e da empresa-artística) e a consequente assunção de novos papéis pela arte. São esses os pontos que analisaremos no tópico a seguir.

Antes de prosseguirmos, contudo, cabe-nos aqui fazer uma observação. Tentamos relatar brevemente neste capítulo uma história de movimentos artísticos contada de forma linear. Porém, na prática, constatamos que nem sempre houve uma transição clara entre essas correntes, havendo períodos em que elas se sobrepunham, assim como momentos em que se tentaram resgatar valores defendidos anteriormente.[114] Isso porque,

---

[110] "O movimento pós-moderno de integração da arte à cultura de massa é a antítese da atitude modernista de resistência à ideia da mercantilização da obra de arte. O pós-modernismo assinala a rendição incondicional da arte e de toda produção cultural às forças do mercado neoliberal globalizado, que subordina a cultura aos interesses corporativos" (TRIGO, 2009, p. 78).

[111] "O novo não é o carácter mercantil da obra de arte, mas o facto de que, hoje, ele se declara deliberadamente como tal, e é o facto de que a arte renega sua própria autonomia, incluindo-se orgulhosamente entre os bens de consumo, que lhe confere o encanto e a novidade" (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 74).

[112] "A consolidação da arte pós-moderna se processa de fato com a passagem da cultura de massas para a cultura das mídias" (TRIGO, 2009, p. 80).

[113] "Mas como a história da arte evoluiu internamente, o contemporâneo passou a significar uma arte produzida dentro de uma certa estrutura de produção nunca, penso eu, vista antes em toda a história da arte" (DANTO, 1997, p. 10, tradução nossa).

[114] No mesmo sentido: "Falámos dos estilos e dos movimentos artísticos como se eles disputassem as mesmas retribuições e os mesmos públicos [...], mas isso nem sempre e verdadeiro. Na maior parte das vezes, os membros de um grupo encontram um público e apoios em sectores da sociedade que não teriam

como nos ensina Adorno (2002, p. 209, tradução nossa), há uma "[...] dificuldade de chegar a um julgamento geral sobre o progresso da arte [...]", em razão de "[...] uma dificuldade da estrutura da sua história. A história da arte não é homogênea. Em todo caso, se formam séries sucessivas e contínuas que continuamente se interrompem sob pressão social [...]".[115]

Nesse sentido, é claro que nem todos os movimentos que seguiram o Popismo abraçaram expressamente a aproximação do artista e da comercialização de suas obras. Pelo contrário: houve – e ainda há – muita oposição a esse princípio. No entanto, quando elencamos aqui essas novas características e funções assumidas pela arte após a segunda metade do século XX, mencionamos tendências que, se não se tornaram predominantes, ao menos são hoje tão marcantes em relação à realidade na qual surgiram os regimes dos direitos autorais e da propriedade industrial (como veremos adiante), que nos levam a questionar se esses institutos estão adequados para tratar do cenário hoje observado.

2.6 Os novos papéis da arte

No tópico anterior, analisamos que os artistas dos movimentos surgidos após a década de 1950, como o Popismo, passaram não apenas a se utilizar de processos mecânicos em seu ofício, mas também a assumir o comércio como finalidade principal de suas obras, adaptando-as às demandas do público consumidor. Nesse sentido, diz Trigo

---

dado seu apoio aos outros segmentos do mundo da arte susceptíveis de entrar em concorrência com eles" (BECKER, 2010, p. 148). A esse respeito, também Danto (1997, p. 10-11)., quem nos explica que a classificação da Arte Contemporânea como uma categoria própria surgiu entre os anos 1970 e 1980.

115 Em sentido semelhante, diz Gombrich (2000, p. 420): "Vimos, inclusive no capítulo anterior, que os três movimentos do expressionismo, cubismo e primitivismo não se seguiram nitidamente numa seqüência temporal, mas apresentaram três possibilidades que interatuaram e se cruzaram com freqüência na mente do artista. Talvez seja em parte uma ilusão óptica, causada pela maior distância, o que nos faz crer que os séculos anteriores conheceram uma sucessão mais ordenada de estilos. No fim de contas, vimos, no decorrer deste livro, que até mesmo o gótico e a Renascença não se seguiram um após outro como soldados numa parada. Deve ter havido momentos em que ninguém sabia qual dos dois estilos estava na frente". É importante frisar esse ponto, pois, conforme já adiantamos na nota 21, Rahmatian (2011) aponta a falta de uma unidade histórica na evolução da ideia de autoria (no que inclui a separação entre artista e artesão, de que falamos acima) como prova de que tal conceito não teve impacto na formulação dos regimes de direitos autorais. No entanto, Rahmatian não refuta expressamente a existência de visões preponderantes em determinados períodos (ou ao menos não apresenta argumentos que as desmintam), tais como apontamos aqui. De forma semelhante, Lavik (2014, p. 52) traz citações de diversos autores, incluindo Goethe (a quem nos referimos aqui nas notas 21 e 28), que apontariam uma visão de originalidade próxima daquela que identificamos aqui na contemporaneidade. Novamente, porém, tais apontamentos não provam a ausência nem de uma evolução, em idas e voltas, nem de uma visão predominante em cada período, identificada na literatura que mencionamos. No próximo capítulo, retomaremos essa questão, ao identificarmos tendências históricas, desta vez na doutrina jurídica sobre os direitos autorais.

(2009, p. 76): "[H]oje a arte é fundamentalmente business: todo o resto – incluindo o próprio artista – é acessório. Não se trata mais de obras de arte, mas da negociação e circulação incessante de signos portadores de valor financeiro".

Inserida dentro de uma lógica comercial, a arte assumiu funções distintas daqueles identificados anteriormente. De um lado, passa a ser considerada atividade de entretenimento, sendo regida pela livre escolha dos consumidores, de acordo com seus gostos pessoais, bem como pelas leis gerais de mercado (EVRARD; COLBERT, 2000, p. 6).

Em segundo plano, chegou-se a uma nova etapa do financiamento artístico: o patrocínio. Diferentemente do que ocorre com o mecenato, nesse novo contexto as empresas viabilizam a atividade artística como forma de publicidade.

Por fim, a arte passou a constituir um mercado altamente rentável e especulativo. É bem verdade que se pode identificar as origens do mercado de pintura entre a segunda metade do século XIX e o início do século XX (PINHO, 1989, p. 42). Contudo, uma expansão significativa desse mercado, aproximando a arte cada vez mais das leis econômicas, somente se observará no decorrer do século XX.

Veremos neste tópico cada uma dessas três novas funções assumidas pela arte no decorrer do século XX, para, então, analisarmos como se deu o surgimento das chamadas Indústrias Culturais e Economia Criativa.

2.6.1 Arte como entretenimento

Como vimos no tópico 2.3, o desenvolvimento dos meios de reprodução expandiu consideravelmente a oferta de bens culturais de massa, seja na literatura, na música ou no cinema – o que levaria a uma oposição por parte do Modernismo –, os quais são voltados especialmente ao entretenimento. Quando a Arte Contemporânea se propõe a aproximar a dita alta cultura da cultura de massa, nos moldes explicados no tópico 2.5, ela acaba, de certa forma, incorporando esse papel lúdico. Nos dizeres de Greffe (2003, p. 179): "[A] arte torna-se prisioneira do lazer e das emoções que se espera dela".[116]

[116] "A esfera da cultura reduz-se ao lazer e entretenimento comercializável, perdendo sua função crítica e espiritual" (TRIGO, 2009, p. 76).

Um exemplo bem claro é percebido nas novas configurações dos museus, que se afastam paulatinamente de uma proposta mais acadêmica, simplificando sua linguagem e fornecendo ambientes cada vez mais interativos, em exposições que se assemelham aos *blockbusters* cinematográficos (TRIGO, 2009, p. 91).[117-118] Belting (apud VEIGA, 2010, p. 113) diz que "[o]s museus transformam-se em centros de convivência e de lazer, espaço lúdico para visitantes e turistas de todas as idades e de todos os naipes [...], 'em palcos para espetáculos artísticos inusitados'".[119]

Gompertz (2013, p. 385) sintetiza bem a questão:

> [E]sses ambientes interativos têm algo de fliperama, algo de instalação e algo de arte. Curadores em museus e galerias os veem como um produto ideal de "artetenimento", útil para cortejar e conservar a base recém-adquirida de fãs. Uma mistura psicoativa de cappuccinos caros e programas educacionais de valor está sempre facilmente disponível caso algum cliente queira intensificar sua experiência de museus de arte. Essas obras de arte amigáveis refletem também o grau em que, durante a última ou as duas últimas décadas, foi borrada a linha entre arte moderna – outrora uma atividade de lazer destinada ao nicho dos intelectualmente

---

[117] "Dessa maneira, a economia dos museus parece representativa da economia de todos os setores da arte; divididos entre objetivos contraditórios, submetidos mais do que se acredita aos imprevistos das conjunturas econômicas e políticas, administrando os 'eventos' à maneira das companhias de espetáculo ao vivo, lançando-se à conquista dos mercados industriais dos produtos derivados e, por último, obrigados a submeter-se às novas tecnologias de divulgação de seus tesouros os museus consolidam progressivamente a dimensão econômica da decisão, ao mesmo tempo que tentam preservar sua imagem" (BENHAMOU, 2007, p. 98).

[118] TRIGO (2009, p. 90-91) associa essas transformações ao fato de os museus terem se endividado, a exemplo do Masp (Museu de Arte de São Paulo), que, em 2006, contabilizava um débito de 4 milhões de reais perante o INSS.

[119] Outro exemplo da arte como entretenimento se dá na indústria musical da última década. Em 2013, Lady Gaga lançou o álbum *Artpop*, propondo-se a inserir a arte dentro da cultura pop, em movimento inverso ao Popismo, de que falamos acima. Assim, a capa do disco foi criada por Jeff Koons – que participou também do lançamento do projeto ao lado de Marina Abramović, talvez o nome hoje mais conhecido da Arte Performática –, ao passo que os videoclipes contêm referências a obras de diferentes períodos e escolas, desde a Renascença, com *O nascimento da Vênus* (Sandro Botticelli, 1484-1486, Florença, *Galeria degli Uffizi*), até a Arte Contemporânea, a exemplo de "Marylin Diptych" (Andy Warhol, 1962, Melbourne, *National Gallery of Victoria*) e *Yellow* (Nathan Sawaya, 2006, Miami, *Avant Gallery*) – esta última, curiosamente, feita apenas de peças de *Lego*. Em 2018, Beyoncé e Jay-z (sob a assinatura de *The Carters*) gravaram o videoclipe de *Apeshit* dentro do Museu do Louvre, cujas cenas se constroem em torno de algumas de suas obras mais célebres, incluindo a *Mona Lisa* (Leonardo da Vinci, 1503). No mesmo ano, Ariana Grande exibiu no videoclipe de *God is a woman* uma releitura de *A criação de Adão* (Michelangelo, 1511, Vaticano, Capela Sistina), em referência à interpretação feita por Harmonia Rosales em *A criação de Deus* (2017), na qual todos os personagens (incluindo Deus) foram substituídos por mulheres negras. O mesmo fenômeno se observa no Brasil: o videoclipe de *Não perco meu tempo* (2018), de Anitta – provavelmente a cantora nacional de maior êxito no ano em questão –, consiste numa espécie de releitura da performance *The Artist is Present* (Marina Abramović, 2010, Nova York, MoMA).

> sofisticados – e o lazer mais baseado em atividades convencionais de entretenimento como cinema, teatro e atrações para o visitante.[120]

É dizer, como consequência da expansão do aproveitamento mercadológico, também as ditas artes elevadas passam a assumir o papel de entretenimento, antes relegado aos bens culturais massificados.

2.6.2 Arte como publicidade

Conforme analisamos nos tópicos anteriores, a atividade artística teve como primeiro financiador o Estado, depois a nobreza, a Igreja, os Monarcas, para, por fim, ser assumida pela burguesia. No cenário contemporâneo, porém, é uma nova entidade quem assumirá o papel de custear as obras e os artistas: as empresas, que descobrem nas artes (sejam plásticas, dramáticas ou literárias) um importante aliado na promoção de suas marcas e produtos.[121] Nesse sentido, Adorno e Horkheimer (1985, p. 77) dizem: "Tanto técnica quanto economicamente, a publicidade e a indústria cultural se confundem",[122] ao passo que, para Trigo (2009, p. 79), "[...] a linguagem da publicidade se aproximou da linguagem artística". Já de acordo com Veiga (2010, p. 114-115):

> Nesse mundo globalizado, no qual grandes corporações assumem um peso cada dia maior no patrocínio da arte contemporânea – com a consequente discussão sobre as relações entre o público e o privado no campo da cultura –, a indústria de luxo alavanca suas vendas ao celebrar a exclusividade, a inventividade e o requinte das marcas com uma atuação

---

[120] Adorno e Horkheimer (1985, p. 63-64) fazem crítica severa a essa nova função da arte: "O entretenimento e os elementos da indústria cultural já existiam muito tempo antes dela. Agora, são tirados do alto e nivelados à altura dos tempos atuais. A indústria cultural pode se ufanar de ter levado a cabo com energia e de ter erigido em princípio a transferência muitas vezes desajeitada da arte para a esfera do consumo, de ter despido a diversão das suas ingenuidades oportunas e de ter aperfeiçoado o feitio das mercadorias. [...] A diversão é o prolongamento do trabalho sob o capitalismo tardio. Ela é procurada por quem quer escapar ao processo de trabalho mecanizado, para se pôr de novo em condições de enfrentá-lo. [...] Ao processo de trabalho na fábrica e no escritório só se pode escapar adaptando-se a ele durante o ócio. Eis aí a doença incurável de toda diversão. O prazer acaba por se congelar no aborrecimento, porquanto, para continuar a ser um prazer, não deve mais exigir esforço e, por isso, tem de se mover rigorosamente nos trilhos gastos das associações habituais".

[121] Em sentido contrário, Moulin (1986, p. 379, tradução nossa) defende que, após 1960, houve uma expansão considerável do investimento público à criação e difusão da arte, em oposição ao período de 100 anos anteriores, em que o mercado de arte foi "a principal estrutura a acolher a arte moderna".

[122] "Tanto lá como cá, a mesma coisa aparece em inúmeros lugares, e a repetição mecânica do mesmo produto cultural já é a repetição do mesmo slogan propagandístico. Lá como cá, sob o imperativo da eficácia, a técnica converte-se em psicotécnica, em procedimento de manipulação das pessoas. Lá como cá, reinam as normas do surpreendente e no entanto familiar, do fácil e no entanto marcante, do sofisticado e no entanto simples. O que importa é subjugar o cliente que se imagina como distraído ou relutante" (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 77).

> plural cada dia mais espetacularmente visível no mundo da arte contemporânea. [...] As encomendas são para obras que evidenciam esse encontro da criatividade da marca com a dos artistas. O glamour da arte contemporânea reforça a desejabilidade da marca.

O financiamento por meio da publicidade, contudo, não se confunde com o mecenato, na forma como analisamos acima, nem mesmo com o simples marketing. As empresas são agentes de políticas culturais (GREFFE, 2013, p. 237), as quais, em alguns casos, começam a substituir aquelas promovidas pelo Estado (Ibidem, p. 243).

As artes passam a ser uma forma de os grupos econômicos estabelecerem "[...] uma relação entre suas imagens e seus produtos que contribua para definir as relações sociais e cotidianas", de forma a disseminar seus valores no nível global, em oposição à escala local em que se dá a troca de produtos (Ibidem, p. 244). Além disso, "[a]o adquirir um poder de direção sobre uma instância social crítica, a empresa se introduz, pelo viés de sua política cultural, no espaço público das ideias e no diálogo social [...] conseguindo assim uma legitimação social que frequentemente lhe é contestada pelos adversários da economia de mercado" (Ibidem, p. 246). É dizer: o financiamento das artes serve de instrumento para que as empresas influenciem a visão que a sociedade tem delas. Conforme Veiga (2010, p. 106): "A racionalidade da reprodução do poder e dos valores corporativos na apropriação das artes plásticas para os conglomerados produz efeitos de reforço e ganhos específicos no mundo empresarial".

Dessa forma, os grupos econômicos passam a contar não apenas com o poder de mercado, mas também com instrumentos culturais para interferir nas relações e estruturas sociais (GREFFE, 2013, p. 247). Assim, eles utilizam seu capital monetário para adquirir capital cultural, o qual poderá ser convertido em mais capital monetário (GREFFE, 2013, p. 246). Mais ainda: elas fazem do consumidor um pequeno mecenas, que financia as artes por meio da compra de produtos e serviços (Ibidem, p. 247).[123]

No âmbito das artes plásticas, o financiamento empresarial se dá em diferentes níveis: nas coleções mantidas pelos grupos econômicos,[124] nas doações dadas a museus, na realização de concursos e concessão de prêmios a artistas, na contratação de projetos arquitetônicos inovadores para suas sedes, e na publicidade em sentido estrito. Inúmeros

---

[123] "A influência da psicologia de vendas e das regras de marketing é o grande componente da redução da arte a bem de consumo [...]" (PINHO, 1989, p. 44).

[124] "Boa parte da produção contemporânea brasileira está hoje sob a guarda de instituições financeiras privadas, como o Itaú Cultural" (TRIGO, 2009, p. 90).

são os exemplos dessas formas de financiamento, como o slogan adotado pelo Chase Manhattan Bank – "você conhece um banco que seja, ao mesmo tempo, uma galeria de arte ou uma galeria de arte que seja, ao mesmo tempo, um banco?" (Ibidem, p. 249) –, a campanha elaborada por Andy Warhol para a marca de vodca *Absolut* nos anos 1980 (Ibidem, p. 252) ou, mais recentemente, a iniciativa da Louis Vuitton, seja ao contratar em 2010 Takashi Murakami (de quem falaremos no tópico 2.7) para reformular o monograma característico da marca (THORTON, 2010, p. 178), seja na inauguração da sede de sua fundação em Paris, em 2014, conhecida pelo prédio monumental projetado por Frank Gehry.

Em outros segmentos artísticos, a associação com a publicidade se mostra ainda mais óbvia. Nesse sentido, é emblemática a função exercida por dois dos principais veículos de comunicação criados no século passado – a TV e o rádio –, financiando por meio de anúncios a difusão de produtos culturais. Mais ainda: tornou-se comum a inserção de marcas e produtos nas obras, sejam filmes, telenovelas, músicas e videoclipes.

2.6.3 Arte como investimento

A promoção de valores e associação de marcas, como vimos no tópico anterior, não é a única forma pela qual os grupos econômicos passaram a aproveitar economicamente a arte. A própria aquisição e venda de obras artísticas tornou-se uma atividade altamente lucrativa não só para marchands, galeristas e colecionadores aficionados. Segundo Pinho (1989, p. 43):

> O mercado de arte é, consequentemente, impulsionado e começa, de fato, a apresentar as aventuras de uma Bolsa: quem comprar a preços baixos um "incompreendido", poderá adquirir uma fortuna com sua ulterior valorização; mas quem adquirir obras de artistas "consagrados" a preços altos, correrá o risco de perder com sua desvalorização. As pinturas têm cotação, são investimento de capital e passam a constituir objeto de especulação sistemática.

Nesse sentido, Buelens e Ginsburgh (apud BENHAMOU, 2007, p. 84) identificam uma taxa equivalente de rendimento entre os mercados de ações e de arte. Também Trigo (2009, p. 80) diz:

> Os movimentos especulativos que sempre afetaram o mercado financeiro passaram a determinar mudanças espasmódicas na arte: a obra de arte, como o dinheiro, se torna puro valor de troca. Transformada em puro

> capital especulativo, a arte se aproxima da condição da mais abstrata das mercadorias: o próprio dinheiro.[125-126]

Moulin (apud BECKER, 2010) analisa como a queda brutal do mercado bolsista americano em 1962 foi acompanhada de uma queda ainda mais significativa das cotações dos pintores contemporâneos, tanto em Nova York como em Paris. Thorton (2010, p. 32), em sentido contrário, indica que o mercado de arte se fortaleceu justamente por haver poucas alternativas tão rentáveis, de modo que, se o mercado de capitais tivesse dois ou três semestres consecutivos de crescimento, o mercado de arte teria problemas.

Nesse cenário, ganham destaque as casas de leilão, espaços em que as obras são referidas como "propriedades', "bens" e "lotes", a crítica dá lugar a avaliações (Ibidem, p. 23), e o mérito artístico dá lugar a parâmetros comerciais, identificando-se características de obras mais vendáveis, como as cores, os motivos e os gêneros adotados pelo artista (Ibidem, p. 39).

As obras atingem cotações milionárias, quebrando recordes sucessivos,[127] ao passo que as casas de leilões superam anualmente seus lucros.[128] Nesse sentido, Thorton (2010, p. 14, tradução nossa):

> Em 2007, Christie's vendeu 793 obras de arte por mais de um milhão de dólares cada uma. Em um mundo digital de bens culturais clonáveis, os objetos de arte únicos se comparam a propriedade imobiliárias. São posses sólidas que não vão se desvanecer de um dia para o outro. [...] A visível promessa de revenda gerou a ideia, relativamente nova, de que a arte contemporânea é um bom investimento, e outorgou "maior liquidez" ao mercado.

Moulin (1986, p. 385), por sua vez, sugere que os altos preços talvez sejam justificados por uma grande assimetria de informação existente nos mercados de arte.[129]

---

[125] Segundo Thorton (2010, p. 49), colecionar arte começou a parecer-se com comprar roupa, com obras e artistas que entram e saem de moda.

[126] A título de exemplo, Mamarbach, Day e Favato (2008, p. 64) nos informam que, na primeira década do século XXI, a indústria artística no Reino Unido passou a ter um volume anual de negócios equivalente a cerca de 30 bilhões de dólares.

[127] *Lullaby Spring* (2002), de Damien Hirst, foi vendida em 2007 por 19,1 milhões de dólares, tendo sido a obra mais cara de um artista vivo até novembro daquele ano, quando foi superada por um coração de Jeff Koons, leiloado na *Sotheby's* por 21,6 milhões de dólares. Uma escultura em cerâmica do cantor Michael Jackson e seu macaco Bubbles (*Michael Jackson and Bubbles*, 1988) foi vendida por 5,6 milhões de dólares, ao passo que a obra *Diamond (Blue)* (1994) foi avaliada em 20 milhões de dólares pela casa de leilões *Christie's* (TRIGO, 2009, p. 81-84).

[128] "Como esquecer que, em 48 horas, em novembro de 2006, somando suas vendas da noite e do dia, a Sotheby's obteve 296,6 milhões de dólares e a Christie's realizou 550,4 milhões de dólares em leilões de arte impressionista e moderna, ou seja, um total de 847 milhões de dólares, pulverizando os históricos recordes de 1990?" (VEIGA, 2010, p. 105).

Nesse sentido, não faltam suspeitas, em feiras, de galeristas que preterem colecionadores desde o início de carreira do artista para favorecer especuladores de plantão ou colecionadores dotados de maior poder de fogo (VEIGA, 2010, p. 109). Conforme Thorton (2010, p. 94, tradução nossa): "Com o tremendo crescimento do mercado de arte, tornou-se mais difícil diferenciar os colecionadores genuínos dos especuladores (sejam mercenários – conhecedores, mais que nada, dos preços – ou marchands do mercado secundário que se passam por colecionadores)", de modo que, "[n]o mercado de arte, as expectativas de ganho cresceram de tal maneira que se desencadeou uma espiral especulativa, seguida de vendas maciças e desordenadas" (BENHAMOU, 2007, p. 83).

2.7 O artista-empresário e a empresa-artística

Com a assunção desses três novos papéis (entretenimento, publicidade e investimento), a figura do artista também se modificou, num fenômeno influenciado pelos questionamentos propostos pelas Vanguardas e pelo Popismo, como vimos no tópico 2.5. Nesse sentido, diz Pinho (1989, p. 52):

> [N]a época atual, o artista é encarado, sobretudo, como um produtor e não um criador singular de uma obra. Este último caso envolve noções místicas, idealizadas e irreais, inaceitáveis, porque simplificam o sujeito/artista como uma entidade coerente, racional, uma unidade artificial, sem levar em conta que na produção artística estão envolvidos vários processos sociais e econômico e também numerosos outros atores sócio-econômicos.[130]

Baumol e Bowen (1965, p. 495) chamam a atenção para o fato de que, na contemporaneidade, nos livramos da ideia criada pelo Romantismo – da qual já falamos –

---

[129] "No que tange à arte contemporânea, as desigualdades de preço, que para alguns beiram o despropósito, e a inconsistência do juízo de valor emitido e de sua confirmação futura – a curto termo, o que conta não é o que as coisas serão, mas o que os atores econômicos pensam que elas serão (Moulin, 1997) –, somadas ao papel dos especuladores e às práticas abusivas, levantam as questões de praxe sobre embuste e manipulações acintosos. O resultado é a dúvida no lugar da confiança. A margem de tempo para produção, circulação e apropriação das peças é muito curta, não há um recuo para existir uma avaliação consolidada, sobretudo de uma arte que não é necessariamente feita para durar. Há inclusive críticos que preferem falar de 'adequação' da obra ao momento de sua produção e circulação para não se comprometer e preservar sua 'autoridade' (e, bem entendido, carreira) de futuras inquirições sobre os critérios classificatórios que fundamentam sua apreciação estética..." (Ibidem, p. 108).

[130] "Outra questão que se coloca é a perda da aura das pinturas por serem multiplicadas em série, divulgadas, vulgarizadas e banalizadas para satisfazer às necessidades da 'cultura de massa'" (PINHO, 1989, p. 55).

de que haveria uma associação inevitável entre arte e pobreza, o arquétipo do artista faminto, bem como a noção de que a miséria e a esqualidez seriam inspiradoras.[131]

Trigo (2009, p. 78-80), por sua vez, relata: "O artista passa a atender a demandas orientadas para a maximização do lucro [...] Como estrelas da cultura de massa, os artistas que conseguem se inserir no circuito internacional passam a se preocupar com estratégias de marketing que os mantenham em evidência".[132] Mais ainda: "Há pintores que trabalham quase de modo industrial para a venda de quadros a grandes lojas ou *shopping centers* e aqueles que reproduzem centenas de vezes os mesmos temas" (PINHO, 1989, p. 61).[133]

Os artistas veem-se cada vez mais ligados a um sistema complexo composto por marchands, galerias, críticos e casas de leilão, feiras internacionais, bienais, colecionadores e museus.[134-135] Fora do âmbito das artes plásticas, encontramos modelo equivalente no sistema agente-produtor (BECKER, 2010, p. 111), bem como na relação entre autores e editores, no mercado literário.

Moulin (1986, p. 388) ressalta não apenas a analogia feita hoje entre *artbiz* e showbiz, bem como o desenvolvimento em torno dos produtos artísticos mais recentes de um marketing agressivo e de uma publicidade hiperbólica. Nesse contexto, a autoria dissocia-se da ideia de criação, aproximando-se da figura da marca.[136] Isso porque, conforme explicamos anteriormente, o artista assume um papel de produtor, à semelhança do organizador de uma atividade econômica ou, na acepção de Coase (1937, p. 391), de um feixe de contratos. Os artistas, portanto, tornam-se "[...] verdadeiros empresários e

---

131 No próximo capítulo, veremos tanto como essa visão romantizada do artista pautou o surgimento do regime de direitos autorais, como os momentos em que foi criticada pela doutrina.

132 "Não foi à toa que, quando esteve no Brasil em 2004, artista americano Frank Stella declarou: 'Para os artistas que estão começando hoje, é mais importante ter um bom agente do que talento'" (TRIGO, 2009, p. 92).

133 Como vimos nas notas 9 e 105, a subcontratação de profissionais para executar as obras não é uma exclusividade do século XX. No entanto, a forma de organização dos ateliês, como descrevemos nesse tópico, nos moldes de uma verdadeira empresa (contando, inclusive, com um braço voltado para o marketing e as relações públicas), pertence ao cenário da Arte Contemporânea. Exceções a esse modelo aparecem, por exemplo, em Rembrandt (KRUEGER PELA, 2015), como abordaremos na nota 138.

134 "A penetração do artista na economia de mercado se faz de diversas maneiras. A mais freqüente é a assinatura de contrato com marchands ou galerias. Sua consagração depende, em grande parte, do conceito do vendedor a respeito de suas obras, já que muitos amadores, por não confiarem em seu próprio julgamento artístico, solicitam a opinião de marchands e leiloeiros" (PINHO, 1989, p. 61).

135 Para uma melhor compreensão das nuances desse sistema, vide Becker (2010, p. 111-117), Cauquelin (2008, p. 37-52) e Thorton (2010).

136 "Quando a distribuição da arte implica uma transação no mercado, o nível de reputação pode ser convertido em valor financeiro; isto implica que a decisão de retirar a autoria de uma obra a um artista famoso e admirado faz com que ela perca automaticamente o seu valor" (MOULIN, 1986, p. 45).

produtores de suas obras [e] algumas vezes estão cercados por uma equipe de dez pessoas, de técnicos, de atores, de operadores para criar e instalar suas obras" (GREFFE, 2013, p. 183).

Três exemplos de artistas contemporâneos ilustram bem essa nova figura do artista-empresário.[137] Provavelmente o mais conhecido deles, Jeff Koons "[...] fundou uma fábrica à maneira de Warhol, onde legiões de assistentes produzem esculturas e pinturas segundo suas especificações, enquanto ele supervisiona as operações como o diretor de criação de uma agência de publicidade" (GOMPERTZ, 2013, p. 405). Mais ainda: "Ele é o arquétipo do artista empresarial. Não é que Koons tenha borrado as linhas entre arte e vida, o que ele fez foi removê-las por completo. É o artista que retomou no ponto em que Warhol parou" (Ibidem).

Nosso segundo objeto de análise, Damien Hirst (Ibidem, p. 394)

> [...] pertencia a um grupo de artistas britânicos que compartilhavam uma visão de mundo empresarial, uma turma de artistas sagazes que compreendiam que, para vencer em seus próprios termos, precisavam construir uma marca baseada tanto em suas personas individuais quanto em seu trabalho.

Conforme Trigo (2009, p. 89):

> [Hirst] administra uma equipe de mais de cem assistentes, entre operários, artesãos, químicos, taxidermistas, biólogos e engenheiros. Ele raramente coloca as mãos na massa, apenas supervisiona tudo, à distância. Sobre as telas que assina, Hirst já declarou que são pintadas por assistentes. [...] "A diferença entre uma tela por ela [Rachel, sua assistente] e uma pintada por mim é o preço" [...] Ou seja, do artista não se espera mais que crie, apenas que assine. A criação, que exige talento e prática, é hoje menos importante que a adequação a uma demanda que ratifique a legitimidade do sistema, que em contrapartida legitimará o artista e sua obra – designando-os como artista e obra, justamente.

Como a maioria dos artistas contemporâneos, Hirst (Ibidem)

> [...] cercou-se com uma hábil máquina de relações públicas: imagem e marca são tão importanes [*sic*] para artistas hoje quanto para qualquer outra empresa multinacional. Ele é incontrito e determinado em sua busca de transformar sua obra numa mercadoria: fazê-lo é parte de sua arte.[138]

---

[137] A estes, poderíamos acrescentar os brasileiros Romero Britto, cuja estampa característica é reproduzida de quadros a capas de caderno, e Adriana Varejão, que subcontrata trabalhadores na China para pintar retratos sobre os quais a artista cria sua obra (VAREJÃO, 2014).

[138] Krueger Pela (2015, p. 323-324) menciona que a forma de produção do ateliê de Rembrandt, ainda no século XVII, já preconizava essa tendência, na medida em que (conforme mencionamos nas notas 9, 14,

Assim como Warhol, Hirst desenvolveu estratégias de produção que lhe asseguram, em todo momento, material suficiente para satisfazer a demanda dos colecionadores (Ibidem, p. 52).

Por fim, temos Takashi Murakami, "[...] o artista empreendedor consumado, abraçando oportunidades comerciais e gerenciando seu império global como um bem sucedido portador de um diploma de uma faculdade de administração" (GOMPERTZ, 2013, p. 403). Muramaki dirige uma empresa chamada *Kaikai Kiki Co. Ltd.*,[139] com 90 empregados[140] em Tóquio e Nova York, que se dedica a uma vasta gama de atividades:[141] faz arte, desenha mercadoria, age como representante, agente e produtora de outros sete artistas japoneses, organiza uma feira de arte e realiza trabalhos *freelance* por milhões de dólares para a indústria da moda, da televisão e da música (THORTON, 2010, p. 177). Suas exposições contam com uma sala especial para merchandising, onde se vendem camisetas, pôsteres, almofadas, bonecos de plástico e pelúcia, copos, *mousepads*, chaveiros, latas decorativas e lápis (Ibidem, p. 185).

Também no âmbito da dramaturgia e da música, presenciamos o surgimento de outras organizações conduzidas por artistas, de modo a aumentar a eficiência na gestão e no controle de suas relações econômicas. Exemplos claros são os sindicatos americanos de atores e roteiristas (notadamente, o *Screen Actors Guild*, fundado em 1933, o *Writers Guild of America, East* e o *Writers Guild of America, West*). Tais órgãos auxiliam seus associados na garantia dos direitos de propriedade intelectual (em especial direitos conexos) referentes a suas criações e suas performances. No Brasil, entidade análoga é o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), criado pela Lei 5.988, de 14 de dezembro de 1973, responsável pela arrecadação e distribuição dos direitos relativos à

105 e 133) seus discípulos não colaboravam consigo na criação de usas obras, mas sim realizavam as suas próprias, seguindo o mesmo estilo e identidade daquele, quem os supervisionava. Assim, faz coro ao entendimento de Alpers de que o "estilo Rembrandt" se tratava de uma espécie de marca, por ser capaz de indicar seus quadros pela origem. Novamente, contudo, Rembrandt parece ser uma exceção para sua época.

139 Inicialmente chamada de "Hiropon Factory", em homenagem a Warhol e seu modelo de produção artística, foi rebatizada em 2002 – quando Murakami reformulou por completo sua operação em termos de uma empresa de marketing e comunicação – em referência aos mascotes desenvolvidos pelo artista – assim como a *Sega* tem a *Sonic* e a *Nintendo* tem a *Super Mario* (THORTON, 2010, p. 183).

140 Murakami é tão dependente de sua equipe que teve de desistir de expor uma obra monumental na Bienal de Veneza, porque alguns de seus funcionários mais importantes haviam se demitido (THORTON, 2010, p. 181).

141 Thorton (2010, p. 188) nos relata que o próprio Murakami lhe disse trabalhar em cerca de 30 ou 40 projetos distintos ao mesmo tempo.

execução pública de obras musicais.[142] No mesmo sentido, visando a um maior controle sobre a exploração dos direitos referentes às suas obras, um grupo de cantores americanos adquiriu, em 2014, a empresa sueca *Aspiro*, detentora da plataforma de *streaming* de música on-line *Tidal* (FLANAGAN; HAMPP, 2016).

Não é apenas o artista contemporâneo (seja pintor, escultor, ator, escritor ou músico), contudo, que se aproxima da figura empresarial. Também os grupos econômicos buscam nas artes um apoio para expandir suas atividades e, consequentemente, seus lucros. Isso se dá tanto nos novos papéis assumidos pela arte (entretenimento, publicidade e investimento, analisados no tópico 2.6), como no desenvolvimento de novos mercados cujos principais ativos são obras artísticas: desde pinturas (e sua aplicação a artigos industriais, mencionados ao longo deste capítulo), a livros, filmes, fotografia, música,[143] entre outros. Como vimos, a massificação dos bens culturais tem suas origens ainda no século XIX. Contudo, sua disseminação e completa inserção na sociedade de consumo ocorreriam apenas nos anos 1900, em especial após a década de 1950, dando origem àquilo que hoje chamamos de Indústria Cultural ou Economia Criativa, como analisaremos no tópico seguinte.

2.8 Indústria Cultural e Economia Criativa

Conforme já explanado, no decorrer do século XX, o reconhecimento na arte de uma lógica de mercado se deu, por um lado, com a incorporação de modelos empresariais à produção artística e, de outro, com a exploração da arte como setor econômico altamente lucrativo para grandes corporações. É nesse sentido que surgiu aquilo que hoje chamamos Economia Criativa.

Conforme nos ensina Miguez (2008, p. 9), apesar de esse termo ter aparecido apenas na década de 1990, suas origens remontam a 1947, quando a expressão "Indústrias Culturais" foi utilizada pela primeira vez pela Escola de Frankfurt[144] para designar um novo setor econômico em ascensão, que envolvia "[...] o entretenimento comercialmente

---

142 Conforme art. 99 da Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, a Lei de Direitos Autorais.

143 Bettig (apud TOWSE, 2010, p. 119) constata que a indústria musical está concentrada nas mãos de cinco gravadoras multinacionais, que, por sua vez, são controladas por *holdings*.

144 "[A] *Dialética do Iluminismo* (Adorno; Horkheimer, 1947) representa o ponto máximo de sua contribuição à teoria da comunicação em geral, fundadora do conceito de indústria cultural [...]" (BOLAÑO, 2010, p. 35).

produzido – as indústrias cinematográfica, musical e de editoração –, em oposição às artes subsidiadas – artes performáticas, museus e galerias" (GALLOWAY; DUNLOP, 2007, p. 18, tradução nossa).[145] A definição de Indústrias Culturais tem suma importância na formulação e aplicação de políticas públicas, incluindo aquelas referentes a subvenção (CUNNINGHAM, 2002, p. 1), razão pela qual, entre as décadas de 1970 e 1980, houve pressões e lobby para que o termo abrangesse as artes criativas (GALLOWAY; DUNLOP, 2007, p. 18) e também enquadrasse como "culturais" indústrias tipicamente comerciais, a exemplo da televisão e do cinema (CUNNINGHAM, 2002, p. 5).[146-147]

Essa expressão, porém, passou a ser questionada por enfatizar o aspecto cultural,[148] deixando de lado uma série de setores econômicos ascendentes, baseados principalmente na criatividade, desde o design, o software e a publicidade até aqueles fundados em inovações científicas e desenvolvimento de patentes (Ibidem, p. 1). Assim,

---

145 Apesar de o termo Indústrias Culturais ter surgido apenas no século XX, conforme já falamos, suas bases já podiam ser identificadas muito antes, desde a segunda metade do século XIX, como identificado por Sutherland (apud BECKER, 2010, p. 122): "Os editores da época vitoriana desenvolveram um sistema de distribuição baseado nos preços elevados e numa oferta reduzida, absorvendo as enormes livrarias itinerantes uma grande fatia do volume de venda para todos os romances. Em geral, os romances eram publicados em três volumes. O preço de venda, fixado em um guinéu e meio, era bastante alto para permitir aos editores escoarem um mínimo de exemplares nas livrarias que lhes permitissem recolher receitas consideráveis mesmo fazendo grandes descontos. [...] 'Muitos dos romances dessa época, que parecem puro produto do gênio criativo, eram frequentemente (...) fruto de uma colaboração, de um compromisso ou de uma encomenda'". Em sentido semelhante, Huyssen (1987, p. 30) nos diz que Adorno já identificava as sementes da Indústria Cultural em Wagner, no *Jugendstil* e no movimento da arte pela arte, como explicamos no tópico 2.4.

146 "A indústria cultural é uma área da produção social no capitalismo avançado que deve cumprir uma dupla condição de funcionalidade, a serviço do capital individual monopolista em concorrência (função publicidade) e do capital em geral, ou do Estado (função propaganda), servindo como elemento-chave na construção da hegemonia. Para isso, deve responder também a uma terceira condição de funcionalidade (função programa), ligada à reprodução simbólica de um mundo da vida empobrecido de suas condições de autonomia (que não precisam ser aquelas de Habermas, de comunicação isenta de coação, mas se apresentam mais realisticamente nos termos da microfísica do poder, de Foucault). O importante é que, em cada momento e lugar determinado, essa indústria cultural assumirá uma feição particular, que pode ser compreendida, em nível analítico, conforme a definição de um modelo de regulação (no sentido da escola francesa da regulação) setorial. Em cada caso, cada indústria cultural particular adotará uma feição, de modo que, no conjunto, as condições gerais de funcionalidade sejam cumpridas. Essa mediação, realizada pela indústria cultural em cada país e também em nível internacional, não se dá na forma de um sistema armado segundo a lógica estruturalista dos modelos de base e superestrutura, mas pela dinâmica concorrencial que se constitui no seio de cada indústria cultural, em especial, ao menos durante a maior parte do século XX, a radiodifusão. Mas o modelo é válido também para as indústrias de edição" (BOLAÑO, 2010, p. 45).

147 Towse (2000, p. 108-109) nos fala da preocupação levantada por Augustin Girard, um dos pioneiros da análise da Indústria Cultural na França, quanto a se incluir na categoria de "cultura" os jornais, revistas e a publicidade.

148 Nesse sentido, também Adorno e Horkheimer (1985, p. 62): "Falar em cultura foi sempre contrário à cultura. O denominador comum 'cultura' já contém virtualmente o levantamento estatístico, a catalogação, a classificação que introduz a cultura no domínio da administração".

durante a década de 1990, foi cunhado o termo "Economia Criativa".[149] Surgido com base nas políticas públicas adotadas pelos Governos Australiano e Britânico, cujo foco era justamente o incentivo desses novos setores econômicos, baseados na inovação, a expressão foi ganhando espaço dentro de uma lógica da Economia do Conhecimento, tendo se consolidado em nível internacional em 2008, ao ser adotada em relatório da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD, 2008).

Conforme define o British Council (2005, p. 5, tradução nossa), a Economia Criativa é formada por setores:

> [...] que têm sua origem na criatividade, habilidade e talento individuais e que têm um potencial para a criação de riqueza e de emprego por meio de uma geração e exploração de propriedade intelectual. Isso inclui a publicidade, arquitetura, o mercado de arte e antiguidades, artesanato, design, design de moda, filme e vídeo, software interativo de lazer, música, as artes performáticas, editoração, software e programas de computador, TV e rádio.

Observa-se hoje que três termos (Indústrias Culturais, Indústrias Criativas e Economia Criativa) são utilizados praticamente como sinônimos, apesar das diferenças indicadas acima, provavelmente pela dificuldade de se conceituar cultura e criatividade (GALLOWAY; DUNLOP, 2007, p. 17-18).

Tepper (2002, p. 160, tradução nossa), citando Howkins e Robinson, nos apresenta a relevância da Economia Criativa no começo de nosso século:

> O crescimento anual da economia criativa nos países da OECD [Organização para Cooperação e Crescimento Econômico] foi o dobro do da indústria de serviços e quatro vezes aquele da manufatura. De acordo com a Associação de Propriedade Intelectual, nos Estados Unidos os setores de propriedade intelectual têm "valor estimado em $360 bilhões por ano, tornando-os mais valiosos do que [os setores] automobilístico, agrícola e aeroespacial".

Também Miguez (2008, p. 5) diz que a Economia Criativa "[...] já contribui com aproximadamente 7% do PIB mundial e deverá crescer, nos próximos anos, a uma taxa média de 10%".

---

[149] Para uma análise mais detalhada da taxonomia relativa ao assunto, vide Bolaño (2010, p. 33-48), Galloway e Dunlop (2007, p. 17-31) e Cunningham (2002, p. 54-65).

A despeito das críticas já levantadas aqui por Adorno e Horkheimer, Trigo e Pinho[150] à Indústria Criativa e ao caráter comercial da Arte Contemporânea, Tepper (2002, p. 160), citando Venturelli e Smith, ressalta a importância econômica das empresas criativas para geração de emprego e riqueza, bem como o papel de uma força de trabalho criativa composta por artistas, escritores, designers, roteiristas, pintores, músicos, produtores, diretores, atores, dançarinos, coreógrafos, sem mencionar engenheiros, cientistas, pesquisadores e intelectuais para o desenvolvimento das nações na era da Economia da Informação. Em sentido semelhante, Piketty (2014, p. 75) relata que "[...] estudos disponíveis mostram, também, que a maior parte dos ganhos provenientes da abertura do comércio internacional advém da difusão do conhecimento [...]", sendo este "[...] o principal mecanismo que permite a convergência entre os países [...] tanto no âmbito internacional quanto no doméstico".

Como vimos ao longo deste capítulo, as artes passaram por grandes transformações quanto aos seus papéis e às suas formas de produção, desde a Antiguidade até os dias atuais. Migramos de um financiamento estatal e da nobreza para um mercado, tendo o mecenato sido substituído pela figura do patrocínio ou da publicidade. Da mesma forma, vimos um movimento de separação entre arte e artesanato, conquistado por meio da noção burguesa de autonomia, afastando-o da práxis da vida cotidiana – movimento esse que seria invertido a partir do século XX.[151] Nesse sentido, a arte se aproximou da cultura de massa e da sociedade industrial, assumindo expressamente uma função mercadológica. Assim, tanto passou a ter novos papéis (entretenimento, publicidade e investimento), como os artistas assemelharam-se à figura de empresários, ao passo que surgiu todo um setor econômico voltado para os bens artísticos. No próximo capítulo, tentaremos traçar um panorama histórico acerca dos regimes da propriedade intelectual, a fim de constatarmos em que medida essas mudanças no cenário artístico influenciaram o âmbito jurídico.

---

[150] A estas somamos aquelas feitas por Wallerstein (apud QUEMIN, 2013, p. 165-166, tradução nossa), para quem "[...] as trocas culturais transnacionais apenas refletem as contradições e desequilíbrios na economia global, com algumas poucas economias ocidentais dominando o resto do mundo", o que pode ser observado no fato de que "[o]s artistas mais reconhecidos no cenário da arte contemporânea internacional e cujas obras vendem aos mais altos preços nos leilões vêm de um número muito reduzido de países ocidentais, constatação que exemplifica os mecanismos específicos da hegemonia cultural nesse campo".

[151] Danto (1971, p. 16-17, tradução nossa) aponta uma consequência interessante desse fenômeno: "Os limites entre arte e realidade, de fato, foram internalizados pela própria arte [...], fazendo que cada vez mais quando as categorias que pertencem à arte subitamente se refiram ao que sempre acreditamos contrastar essencialmente com a arte. A política se torna uma forma de teatro, vestindo uma espécie de traje, as relações humanas um tipo de papel, a vida um jogo. Nós nos interpretamos e nossos gestos como nós interpretamos obras de arte".

3 A EVOLUÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL: DOUTRINA AUTORALISTA

Como analisamos no capítulo anterior, a arte assumiu diferentes funções ao longo da História, tendo se separado do artesanato, a partir do Renascimento, e, posteriormente, adquirido uma autonomia em relação à práxis da vida, isolando o artista do comércio de suas obras. Neste capítulo e no seguinte, traçaremos um breve panorama da origem e evolução dos regimes jurídicos que tutelaram as criações artísticas, literárias e científicas. Nosso objetivo é identificar o contexto, os interesses e as teses por trás dos mecanismos de proteção dessas obras, para verificarmos se há um paralelo entre a evolução da tutela legal e as mudanças no cenário da produção artística e literária que detalhamos no capítulo anterior. Dessa forma, testaremos a hipótese de que os direitos autorais, da maneira como os conhecemos, surgiram pautados por uma visão social e econômica de arte e literatura datada do período compreendido entre o final do século XVIII e a metade do século XIX.[152] Na época de sua origem, predominava uma clara divisão entre arte e indústria, como já explicamos, o que, conforme tentaremos provar neste capítulo, justifica uma bifurcação no tratamento legal de cada um desses setores e explica, também, as discrepâncias em relação ao regime da propriedade industrial – das quais cuidaremos em capítulo posterior.

Para testar nossa hipótese, faremos alguns recortes. Primeiramente, nosso estudo se centrará nas criações artísticas, científicas e literárias, de modo que recorreremos aos artigos industriais apenas nos pontos em que se interseccionem com aquelas. Essa delimitação se faz necessária para dar objetividade à nossa análise, dado o grande volume de trabalhos já dedicados a ambas as matérias. Também, como veremos, até o século XVIII o tratamento das obras artísticas e literárias pelo regime de privilégios aproximava-as das invenções e, portanto, foi o regime autoral que se fragmentou do industrial, e não o contrário. Ademais, em nossa pesquisa, constatamos que poucos autores voltados à propriedade industrial trataram da interação com os direitos autorais, sendo muito mais

[152] A hipótese principal deste capítulo pode parecer um tanto óbvia à primeira vista, uma vez que é natural pensarmos que um regime jurídico sempre acompanhará a visão social que se tem sobre o fenômeno que visa a regular. No entanto, não necessariamente esse paralelo ocorre. Lembremos, por exemplo, que a hipótese central deste trabalho é de que justamente os direitos autorais, de uma forma geral, não acompanharam as evoluções ocorridas no campo artístico e da Economia Criativa a partir da segunda metade do século XX (explicadas no capítulo anterior). Em igual sentido, conforme mencionamos nas notas 21 e 243, autores como Saunders (1992), Rahmatian (2011) e Lavik (2014) contestam a existência de uma equivalência entre conceitos jurídicos e seus semelhantes em outros campos, como a estética.

comum a abordagem contrária. Nada impede, contudo, que trabalhos posteriores percorram o caminho oposto.

O segundo recorte é quanto à base de dados considerada. Partiremos de duas fontes principais: (i) neste capítulo, cuidaremos da doutrina, desde os primeiros autores que trataram dos privilégios sobre obras literárias e artísticas, passando por aqueles que defenderam a existência de um direito de propriedade sobre essas criações – como veremos, a base do regime autoral; e (ii) no capítulo seguinte, nos voltaremos para os debates parlamentares que precederam a edição de diplomas legislativos. Recorreremos à jurisprudência apenas na medida em que tenha sido citada pela doutrina, uma vez que já foram realizados excelentes trabalhos de compilação dos julgados (alguns dos quais serão citados neste capítulo).

Nossa terceira delimitação é geográfica. O foco do nosso estudo será a evolução dos regimes jurídicos no Brasil. Contudo, conforme constataremos adiante, a proteção das obras intelectuais (tanto as autorais quanto as industriais) surge tardiamente em nosso país, o que reflete na nossa escassa produção doutrinária até metade do século XX. Posto que nossas fontes derivam justamente da formação do regime francês, recorreremos à doutrina desse país (e, por sua vez, ao surgimento do copyright inglês,[153] na medida em que ambos estejam ligados – ao menos quanto à sua contemporaneidade).[154] O estudo dos debates legislativos, contudo, se concentrará no caso brasileiro.

Neste capítulo e no seguinte, tentaremos verificar (i) quais as figuras de autor, artista e editor consideradas pela doutrina e pelos legisladores e se coincidem com o cenário atual de Economia Criativa que descrevemos no capítulo anterior; (ii) em que medida olhou-se para questões econômicas subjacentes às produções artística e literária;

---

[153] Note-se que, de forma geral, neste trabalho chamamos de copyright o direito de exclusividade sobre a obra atribuído ao autor. No entanto, como veremos ao longo deste capítulo, o termo vinha sendo usado já desde antes como sinônimo do monopólio garantido aos editores e livreiros (independentemente de sua base se fundar em algum reconhecimento de direito natural ou estatutário do autor).

[154] Como já dissemos na nota 21 (e voltaremos na nota 235), concordamos com a opinião de autores como Saunders (1992, p. 5) quanto a cada jurisdição ter sua própria história de regulação de bens intelectuais (bem como dos papéis desempenhados pela arte, analisados no capítulo anterior), refletindo suas características socioeconômicas e geopolíticas particulares. Ocorre que, diferentemente dele (e também de LAVIK, 2014, conforme mencionado na nota 152), acreditamos que os paralelos entre a evolução de conceitos e funções jurídicos e artísticos sugerem, sim, uma relação de influência diferentes países (assim como entre os mundos do Direito e da arte). Isso se mostra claro no caso brasileiro, em que, como veremos neste capítulo e no seguinte, tanto a doutrina quanto o legislador constantemente olharam para o direito estrangeiro.

(iii) se a aproximação entre arte e indústria, da forma como tratamos, constituiu em algum momento preocupação.

Iniciaremos este capítulo trançando um histórico das formas de tutela das criações autorais, debruçando-nos brevemente sobre as transformações ocorridas na Inglaterra e na França, em especial durante os séculos XVII e XVIII.

A partir daí, estudaremos a produção doutrinária que justificou e moldou o regime autoralista, analisando (i) as discussões acerca da natureza jurídica que despontaram, desde antes da primeira lei que criou o instituto dos direitos autorais, na França, (ii) o caminho traçado para separar a proteção dos bens artísticos, científicos e literários em relação aos artigos industriais, (iii) o problema que tal divisão trouxe à arte aplicada, (iv) a figura individual e romantizada do autor refletida nesses trabalhos, (v) as considerações de ordem econômica trazidas, e (vi) o conflito de interesses que ensejaram no âmbito internacional.

3.1 Breve histórico do regime autoral

Não é objetivo desta pesquisa relatar com detalhes a história dos direitos autorais.[155] Dessa forma, analisaremos a evolução desse regime apenas para constatar qual panorama econômico a pautou, ao longo do tempo, e se tal coincide com o cenário da que temos hoje, como descrito no capítulo anterior.

3.1.1 Antiguidade e Idade Média

Para nosso estudo, pouco interessa se de fato, na Antiguidade, se atribuía ao autor algum direito sobre sua obra ou não. Encontramos autores que identificam nas sociedades antigas: (i) a inexistência de tais direitos (PICARD, 1881, p. 580; MARTINS, 1957, p. 443-444; HESSE, 2002);[156] (ii) o reconhecimento de um direito de propriedade sobre a obra, seja atribuído ao proprietário do suporte físico (FRESQUET apud

[155] Existem inúmeras pesquisas a esse respeito, cobrindo diferentes jurisdições: Patterson (1968); Woodmansee (1984); Rose (1988 e 1994); Ginsburg (1990); Hesse (1990 e 2002); Jaszi (1991, 1994 e 2011); Saunders (1992); Feather (1994a e 1994b); Jaszi e Woodmansee (1994); Carboni (2010); Sganga (2018).

[156] Hesse (2002, p. 27-28) traz exemplos de como a regulação dos bens intelectuais (ou sua ausência) se deu em outras civilizações, como a China Imperial e o Mundo Islâmico.

MARTINS, 1906, p. 7;[157] ASCARELLI, 1970, p. 336; HESSE, 2002),[158] seja de forma insuficiente a proteger o autor (DELASALLE, 1852, p. 13-19; MARTINS, 1947, p. 444; SGANGA, 2018, p. 52);[159] e (iii) mecanismos de repressão ao plágio e à contrafação (LADAS, 1938, p. 577; PINHEIRO, 2008, p. 9-15; BITTAR, 2013, p. 30-31).[160]

Existisse ou não tal proteção, os elementos que tais autores apresentam nos levam à conclusão de que ela em muito pouco ou em nada tinha que ver com o regime autoral que conhecemos hoje.[161] Por mais que houvesse um importante mercado livreiro em Roma (DELASALLE, 1852, p. 17),[162] as técnicas de reprodução das obras tiveram alcance muito limitado, até que fosse inventada a imprensa.[163-164]

---

157 Segundo Fresquet (apud MARTINS, 1906, p. 7), tal propriedade se aplicava aos pergaminhos, mas não às telas, o que Martins (1906) atribui à diferença da reprodução entre escrito e pintura ou escultura.

158 Para Ascarelli (1970, p. 336), na tradição romana, a obra pertencia ao pintor ou ao poeta por ter adquirido a propriedade sobre o suporte fático por meio de acessão, ao acrescentar a ele material novo.

159 Delasalle (1852, p. 14) aponta a ausência de clareza quanto à proteção autoral na Roma Antiga, na medida em que a legislação era omissa e as informações que chegaram até nós vieram por meio da interpretação de autores.

160 Ladas (1938, p. 13 e 577) defende a inexistência de uma espécie de direitos dos autores sobre suas obras, mas reconhece que, tanto na Roma quanto na Grécia antigas, o plágio era moralmente condenável, havendo indícios de atos legais que impunham o respeito à integridade da obra, em vista do interesse público envolvido. Morillot (1878, p. 126), por sua vez, fala que, desde que existe literatura, existe reprovação moral ao plágio.

161 Pinheiro (2008) chega a identificar no Direito Romano elementos embrionários do nosso regime autoral, tanto no aspecto patrimonial como no moral. Esse autor não apenas nos dá exemplos de condenação moral do plágio entre os povos antigos (Ibidem, p. 9), como de sanção jurídica. Para ele, no direito justinianeu, a Lei *Fabia de Plagiariis* previa a punição do delito denominado pelos romanos de *plagium* (Ibidem, p. 10). Mais ainda, a partir do Renascimento, alguns teóricos teriam levantado a hipótese de que essa lei protegeria os autores da cópia ou da reprodução de suas ideias por terceiros que não citassem a respectiva fonte, o que se enquadra no conceito moderno de plágio (NODIER apud PINHEIRO, 2008, p. 10-11). Nesse sentido (Ibidem, p. 15): "Os autores romanos já tinham consciência de que a publicação e a exploração de suas obras colocava [*sic*] em jogo seus interesses espirituais e morais. Os direitos morais, senão expressamente reconhecidos por dispositivos legais, eram rigidamente sancionadas e expressos através da consciência coletiva". Já sobre um aspecto material: "O fato de o verbo *vendere* ter sido utilizado [por Cícero, em uma de suas cartas a Atticus, em que fica clara sua satisfação com a venda de seu discurso] leva-nos a crer, em princípio, que havia algum interesse de ordem patrimonial envolvido, ainda que fosse paralelo a um provável interesse de ordem moral" (Ibidem, p. 14). Em igual sentido, nos conta que, sobre determinada obra, atribuiu-se a qualidade de proprietário tanto a Dora como a Cícero: àquele, por ser adquirente de determinados direitos; e a este, pela atividade criativa que levou à gênese da obra (Ibidem, p. 14-15).

162 Delasalle (1852, p 18), Martins (1957, p. 444) e Pinheiro (2008, p. 14) chegam a insinuar um conflito de interesses entre os autores e os livreiros, uma vez que somente estes lucrariam com a comercialização das obras.

163 Por esse motivo, ainda que tenhamos falado em mercado nesta parte, ele em nada se compara ao que veio a ser o comércio literário do século XVIII.

164 Segundo Pinheiro (2008, p. 71), a invenção da imprensa foi essencial para o desenvolvimento dos direitos de autor por dois motivos: (i) por desvincular os artistas do sistema de mecenato, ao deixar patente o valor econômico da obra (em sentido semelhante, FEATHER apud SAUNDERS, 1992, p. 45) – ainda que esse movimento tardaria séculos para se consolidar, conforme vimos no capítulo anterior; e (ii) porque, "[...] apesar de não ser o objetivo primeiro do sistema de privilégios salvaguardar o autor ou sua obra, seu desenvolvimento possibilitou uma reação ao monopólio dos direitos de reprodução das obras,

Pelo mesmo sentido, a doutrina indica que, na Idade Média, o reconhecimento da criação intelectual e os direitos dela resultantes, sejam morais ou pecuniários, eram quase inexistentes (PINHEIRO, 2008, p. 14-15).[165]

A situação, portanto, começa a mudar com a disseminação da prensa mecânica (SGANGA, 2018, p. 53).[166] É, sobretudo, a partir do século XVI (KATZ, 2009b, p. 259) que vão começar a surgir as primeiras formas de regulação das obras literárias (e, em menor medida, das artísticas).[167] Assim, dentro de um cenário concorrencial mais ativo (MARTINS, 1957, p. 445),[168] os Estados passam a outorgar privilégios principalmente aos editores (e não aos autores),[169] tendo basicamente dois objetivos centrais: (i) controlar o conteúdo das obras (HESSE, 2002, p. 29; KATZ, 2009a, p. 216; SGANGA, 2018, p.

---

primeiramente nos autores, e, em um segundo momento, em fins do século XVII na Inglaterra e a partir do início do século XVIII na França, na opinião pública influenciada pelo ideário iluminista, pela individualização do sujeito e pela subjetivização do direito".

165 "A tradição judaico-cristã elabora uma visão similar do conhecimento. Moisés recebeu a lei do Senhor e transmitiu-a livremente às pessoas escolhidas para ouvi-la. E o Novo Testamento sancionou a ideia de conhecimento como um presente de Deus na passagem do Livro de Mateus, no qual Jesus exorta seus discípulos: 'De graça recebestes, de graça dai' (10:8). Teólogos medievais interpolaram essa passagem na doutrina do direito canônico 'Scientia Donum Dei Est, Unde Vendi Non Potest' (conhecimento é um dom de Deus, consequentemente não pode ser vendido)" (HESSE, 2002, p. 28, tradução nossa). Em sentido semelhante: Sganga (2018, p. 52-53).

166 Ainda que acredite ter havido formas de repressão ao plágio e a contrafação na Roma Antiga, como já explicado, Pinheiro conclui não ser possível dizer com certeza que havia reconhecimento legislativo dos direitos de autor na Antiguidade, sendo esse reconhecido e sancionado apenas moralmente (2008, p. 69). Contudo, a imprensa fez que o aproveitamento das obras pudesse resultar em lucros jamais imaginados antes, levando à necessidade de uma regulamentação precisa (Ibidem). Entre os séculos XVI e XVIII, a necessidade econômica levou ao surgimento do sistema de privilégios – ao lado da necessidade de controle das informações (Ibidem, p. 70).

167 Ginsburg (2015, p. 10), ao estudar o sistema de privilégios concedidos pelo Vaticano durante o século XVI, encontrou documentos que tratavam não apenas de obras literárias e científicas, mas também de imagens, mapas e projetos arquitetônicos.

168 Também Pluquet (1778, p. 22), ao falar da história dos privilégios na França.

169 Em sentido contrário, Ginsburg (2015, p. 3) conclui que os privilégios papais eram muito mais centrados nos autores (e, consequentemente, menos nos editores) do que se costuma pensar. Segundo ela, 52% dos privilégios identificados foram concedidos aos autores, ao passo que, dentre uma centena de petições pesquisadas, pouco mais da metade haviam sido apresentadas pelos próprios autores ou seus herdeiros (Ibidem, p. 5). Ainda assim, ela ressalta que: (i) o direito de exclusivo não decorria do ato de criação; (ii) o autor não era necessariamente o principal beneficiário do monopólio; e (iii) mesmo a preocupação com uma espécie de "direito de integridade" se devia mais a um controle de censura como parte da contrarreforma religiosa e menos em respeito à personalidade do autor (Ibidem, p. 4). No mesmo sentido, Ginsburg ressalta que, no único privilégio que encontrou que faz menção à atribuição de autoria, não seria cabível se falar em direito de atribuição, na medida em que não há nele nada que revele uma preocupação com a individualidade criativa do seu autor, mas sim uma garantia de autoridade do texto (Ibidem, p. 28). Ginsburg também conclui que a maior parte dos privilégios era concedida como reconhecimento pelo trabalho e pelos custos incorridos na produção da obra e o medo de que a ausência de direitos de exclusividade levasse a um aproveitamento parasitário da obra (2015, p. 22) – o que, consequentemente, desestimularia outros autores e editores (Ibidem, p. 25). Kostylo (2010) aponta constatações semelhantes sobre o sistema de privilégios de Veneza, conforme mencionamos na nota 42, enquanto Feather (1994b, p. 206-207) traça conclusões parecidas sobre a crescente importância dos privilégios dados aos escritores na Inglaterra absolutista.

54);[170] e (ii) resguardar os interesses comerciais dos editores (LADAS, 1938, p. 15; MARTINS, 1957, p. 445; PINHEIRO, 2008, p. 17-18).[171-172-173]

Como vimos no capítulo anterior, é nesse período que começa o declínio do mecenato, e sua paulatina substituição pelas Academias e o mercado burguês.[174] Assim, o capitalismo mercantil criava uma nova necessidade: dar suporte jurídico para um novo sistema de comércio que se viabilizava (SAUNDERS, 1992; KOSTYLO, 2010).[175] Para tanto, fazia-se necessária uma base ideológica que justificasse esse novo regime. Conforme veremos adiante, tal panorama teórico encontraria respaldo na lógica absolutista de que todo poder emana do soberano. Dessa forma, os direitos sobre as obras adviriam de uma concessão do monarca, na forma de licenças, voltadas, de um lado, a regular esse mercado nos moldes dos monopólios vigentes e, de outro, a garantir a integridade do Estado (e do poder real), por meio da censura.

---

[170] Por exemplo, o privilégio inglês de 11 de novembro de 1559, garantido a John Day, faz menção à necessidade de a obra não ser "repugnante à Escritura Sagrada" (PINHEIRO, 2008, p. 94). Por sua vez, o *Star Chamber Decree* inglês de 3 de junho de 1637 fala de livros que tinham sido publicados sem licença, perturbando a paz da Igreja e do Estado, além de proibir a impressão de livros que fossem ofensivos à Igreja ou ao Governo (Ibidem, p. 102). Já o *Licensing Act* inglês, de 10 de julho de 1662, veda impressão de livros e panfletos que ofendessem a fé cristã ou o governo (Ibidem, p. 114). Ainda assim, Pinheiro (2008, p. 34) questiona a importância da censura e necessidade de controle da imprensa pelo governo para o desenvolvimento do copyright inglês, dado que a *Stationers' Company* (corporação de ofício que unia editores e livreiros, conforme explicaremos adiante) contava com a mesma autoridade no controle de sua atividade comercial que as demais companhias inglesas. Citando Patterson (1968, p. 31-32), Pinheiro (2008, p. 34) acredita que "o copyright baseado no controle da atividade de imprensa teria se desenvolvido independentemente do interesse dos monarcas ingleses no controle da imprensa, sendo resultado no [*sic*] monopólio naturalmente concedido às demais *companies* dentro do regime mercantilista. No entanto é fato que o grande interesse do governo em controlar a impressão e a publicação de livros contribuiu para alargar os poderes da *Stationers' Company*, facilitando o desenvolvimento do copyright". Na França, por sua vez, a preocupação com a censura política e religiosa se faz presente no Edito do Rei Henrique II, de 19 de dezembro de 1547 (disponível em <http://goo.gl/1zLKrp>. Último acesso em: 8 jul. 2016). Hesse (2002, p. 30), por sua vez, relaciona a outorga de privilégios reais ao contexto das reformas religiosas do século XVI.

[171] Nesse sentido, Franceschelli (apud PINHEIRO, 2008, p. 23) aponta como pioneiro o privilégio concedido pela República de Veneza a Marco Antonio Sabellico, em 1º de setembro de 1486, marcante por ser o primeiro fundamentado na grande estima pelo conteúdo criativo da obra e não no incentivo a uma atividade industrial. Por sua vez, o privilégio concedido em Milão por Galezzo Maria Sforza a Donato Bossi, em 26 de fevereiro de 1492, teria antecipado algumas questões de direito moral de autor que viriam a ser previstas em legislação somente a partir do final do século XVIII, como reserva de direitos de tradução e uma espécie embrionária de direito de atribuição (Ibidem, p. 27-28).

[172] Nessa linha, Thomas (1894, p. 29) chama o sistema de privilégios de negação formal do regime de direitos autorais.

[173] Em menor escala, se reconheciam outros interesses, como a promoção da atividade tipográfica e a disseminação das obras, em prol da cultura e do conhecimento (PIOLA CASELLI apud PINHEIRO, 2008, p. 17-18).

[174] Ainda que, para alguns autores, o sistema de privilégios não deixasse de ser uma forma de mecenato, como veremos a seguir.

[175] Séguier (apud MARTINS, 1906, p. 3) diz que, até o século XVII, não se afirmava nem se contestava a propriedade dos autores, uma vez que a questão simplesmente não era discutida.

Assim sendo, nota-se que o primeiro instituto jurídico de proteção das obras artísticas, científicas e literárias tinha um respaldo ético completamente distinto daquele que conhecemos hoje. Como investigaremos, o regime dos privilégios não se fundava, portanto, nem em direito de propriedade (ROSE, 1988, p. 213), nem na atividade criativa, e tampouco se preocupava em tutelar uma relação moral entre o autor e sua criação. Ressalte-se, também, que o sistema de privilégios era o mesmo atribuído às invenções.

Podemos fazer algumas constatações interessantes desses fatos quanto ao que já apresentamos no capítulo anterior sobre a separação entre arte e indústria, a partir do Renascimento, que, por consequência, afastou as atividades artísticas de um aproveitamento comercial. Sob o regime de privilégios, a criação não é vista (ao menos do ponto de vista jurídico) como fruto da personalidade do autor (KOSTYLO, 2010), o que se torna conveniente num modelo em que este era financiado pelo Estado, prescindindo de um aproveitamento econômico da obra pelo próprio criador[176] – o qual, como explicamos no capítulo precedente, era mesmo socialmente pouco aceito. Por sua vez, a preocupação com alguma espécie de tutela jurídica surge para regular uma nova realidade econômica, advinda de uma nova tecnologia.

[176] Segundo Rose (1988, p. 214-215), durante o sistema de privilégios, o autor tinha o controle sobre seu texto até a publicação. Isso, por sua vez, estava ligado não à ideia de propriedade, mas sim a noções de respeito e reputação, e à própria tradição do mecenato. Ainda assim, segundo ele, tal controle dava algumas consequências econômicas para o autor. A esse respeito, Hesse (2002, p. 31, tradução nossa): "Um autor pode vender um manuscrito para uma editora licenciada por uma remuneração única, mas as recompensas materiais reais para a composição de um livro provêm do esperado mecenato real ou aristocrático que pode recair, indiretamente, no escritor de sua publicação. Os autores não podiam publicar seus próprios livros e, a menos que obtivessem um privilégio em seu próprio nome, lhes eram negados quaisquer proventos da venda de seus livros. Estes foram para os editores sozinhos". Feather (1994b, p. 206-207), por sua vez, argumenta que, de certa maneira, os privilégios dados ao autor na Inglaterra paulatinamente difundiram um reconhecimento (limitado, frise-se) de que algum direito caberia ao escritor. Por exemplo, se autores costumavam receber algum valor por venderem seus manuscritos, "[i]sso não provaria, mas ao menos sugeriria, que, ao adquirirem a cópia, os livreiros adquiriam também algo que já tinha obtido o status de propriedade" (Ibidem, tradução nossa). Feather, no entanto, ressalta que as conclusões e os exemplos a esse respeito devem ser interpretados com cuidado. Hesse (2002, p. 28, tradução nossa) acrescenta: "O autor pode reivindicar o manuscrito que ele criou, e o impressor [pode reivindicar] o livro que ele imprimiu, mas nenhum deles pode reivindicar possuir o conteúdo que está dentro dele. O Renascimento elevou o poeta, o inventor e o artista a alturas sociais sem precedentes, mas seu 'gênio' ainda era entendido como sendo divinamente inspirado, em vez de um mero produto de suas habilidades mentais ou trabalhos mundanos". Também, tanto Woodmansee (1984, p. 438) como Rose (1988, p. 55) – conforme mencionamos na nota 42 – apontam para o caráter casuístico dos privilégios, dados pelo monarca a seu critério, não sendo, portanto, uma espécie de lei.

Até o século XVIII, dois países se destacam no tocante ao debate quanto ao reconhecimento de direitos sobre as obras artísticas e literárias: a Inglaterra e a França.[177]

3.1.2 Inglaterra

Pinheiro (2008, p. 29-41) nos relata brevemente a história da regulação da imprensa na Inglaterra,[178] ressaltando o papel da *Stationers' Company*, uma corporação de ofícios que unia escritores, copistas, editores a livreiros, à qual: (i) se atribuíram os papéis de auxiliar a Coroa inglesa no controle da imprensa, evitando a publicação de obras que não tivessem licença real (FEATHER, 1994b, p. 208; PINHEIRO, 2008, p. 35-36);[179] e, (ii) ao menos a partir de 1566,[180] deveriam estar filiados todos aqueles que desejassem licença para imprimir determinada obra, constituindo um verdadeiro monopólio (Ibidem, p. 39).

Pinheiro (Ibidem, p. 29) ressalta que, desde sua introdução na Inglaterra, em 1476, a imprensa representou para a monarquia, "[...] em princípio, uma nova atividade comercial a ser encorajada e, em um segundo momento, um poderoso instrumento que deveria ser controlado". Nesse sentido, as diversas normas que regularam a impressão de obras literárias naquele país, desde o Decreto de Henrique VIII de 1533,[181] reforçam a ideia de que o novo sistema visava, primordialmente, a garantir o controle sobre o

---

[177] O que não significa que outros países também não tenham tido seus próprios regimes. Como mencionamos nas notas 42, 169 e 171, as diversas repúblicas italianas, por exemplo (em especial Veneza), foram pioneiras na concessão desses monopólios.

[178] Para trabalhos mais completos sobre a história do copyright britânico, consultar: Patterson (1968); Rose (1988 e 1994); Saunders (1992); Feather (1994a e 1994b); e Sganga (2018).

[179] Incialmente, à *Stationers' Company* cabia apenas fiscalizar a publicação de obras sem licença (papel atribuído por meio da carta-patente da Rainha Maria, a Católica, de 1557, confirmada em 1559 pela Rainha Elizabete). Já em 1566, a *Court of Star Chamber* emitiu decreto que estabeleceu as sanções das quais a *Sationers' Company* poderia fazer uso na fiscalização das obras. Greg (apud PINHEIRO, 2008, p. 38) nos conta que, apesar de formalmente nunca ter tido poderes para tanto, a *Stationers' Company* parece ter agido durante muitos anos como os principais licenciadores de obras da Inglaterra. Sganga (2018, p. 55, tradução nossa), por sua vez, explica como "[a] presença territorial difundida, regulação eterna efetiva e dominação do mercado [pela *Stationers' Company*] fizeram dela a escolha perfeita da monarquia (que na época enfrentava dificuldades financeiras e uma ausência de sistema burocrático efetivo) na busca de uma forma barata de controlar a imprensa".

[180] Imposição criada por decreto da *Star Chamber*.

[181] "Disposições como esta parecem indicar que o governo inglês, apesar de inicialmente ter dado as boas vindas à atividade tipográfica e adotado posturas liberalizantes visando seu fomento, logo percebeu sua importância estratégica sob a ótica mercantilista do comércio" (PINHEIRO, 2008, p. 30).

conteúdo das obras (HESSE, 2002, p. 30)[182] e a regular a economia literária nos moldes do mercantilismo (Ibidem, p. 30; FEATHER, 1994a, p. 5).

Ocorre que, em 1694, a Câmara dos Comuns rejeitou a proposta[183] da Câmara dos Lordes para a renovação do *Licensing Act* então vigente, datado de 1662 (KATZ, 2009b, p. 216).[184] Tratava-se do final da era mercantilista/absolutista, em que o monopólio e a censura da *Stationers' Company* enfrentavam fortes dificuldades de se justificar perante a opinião pública inglesa (PIOLA-CASELLI apud PINHEIRO, 2008, p. 48).[185] Dessa forma:

---

[182] Pinheiro (2008, p. 30-33) transcreve, por exemplo, trechos de normas que deixam claro o interesse de regular o conteúdo de obras religiosas, como os atos de Henrique VIII de 1538, 1544, 1545 e 1546, da Rainha Maria, a Católica, de 1553, 1555 e 1557, e da *Star Chamber*, como as *Ordinances Decreed for Reformation of Diuers Disorders in Printing and Vttering of Bookes*, de 1566, e decretos de 1586 e 1637 (Ibidem, p. 30-41), além dos já mencionados acima, cujos conteúdos foram disponibilizados por Pinheiro em sua integralidade. Também Hesse (2002, p. 30, tradução nossa): "Em 1559, como parte de sua tentativa de resolver as controvérsias religiosas que abalaram o reino, Elizabeth I emitiu uma liminar contra a publicação de qualquer texto, a menos que tivesse sido autorizada pelos censores nomeados pela coroa" – conforme mencionamos na nota 170.

[183] Disponível em: <http://goo.gl/Udc9Kh>. Último acesso em: 10 jul. 2016.

[184] Entre as razões apontadas pela Câmara dos Comuns para rejeitar a renovação do *Licensing Act* estão: o fato de a proposta emitida pela Câmara dos Lordes: (i) prever "[...] penas por atos que não diziam respeito nem à Igreja, nem ao Estado"; (ii) dar poderes excessivos à *Stationers' Company* e aos editores de Londres sobre os livros a serem publicados ou importador na Inglaterra, podendo prejudicar a impressão de livros "[...] úteis e inofensivos [...]", ou registrá-los em nome de amigos, em detrimento de seus verdadeiros autores; e (iii) ao confirmar a proteção das cartas-patentes, impedir que doutrinadores (*scholars*) importassem edições de livros que, na Inglaterra, eram publicados a preços exorbitantes e de forma imprecisa (REASONS..., 1695, tradução nossa). Sganga (2018, p. 57) detalha melhor a perda de poderes da *Stationers' Company*, contextualizando-a à diminuição da censura após a restauração da monarquia inglesa no século XVII. Por sua vez, Locke (1830[1694]) apresenta sua análise do *Licensing Act*, sobretudo por achar que o monopólio dos editores resulta em obras caras, mas de péssima qualidade, que prejudicam o acesso ao conhecimento. Nesse sentido, defende a liberdade para imprimir obras clássicas, e um direito de exclusividade apenas sobre criações de autores recentes, limitadas por um prazo temporal, conforme falaremos adiante – sem, no entanto, entrar no mérito quanto à natureza jurídica desse direito.

[185] A "[...] não renovação do *Printing Act* de 1662 não apenas acabou com o controle de publicação e a censura das obras impressas, como também eliminou a única base legal para a proteção do copyright [...]" (SAUNDERS, 1992, p. 50, tradução nossa). "Por mais incompreensível que possa parecer para nós hoje, o peso da opinião foi por muito tempo favorável aos piratas dos livros. Pois o público leigo como um todo se considerava bem servido por uma prática que não apenas disponibilizava reimpressões baratas, como também poderia ser creditado com credibilidade por manter o preço dos livros em geral através da competição que criou" (WOODMANSEE, 1984, p. 442, tradução nossa).

Da mesma forma, uma série de panfletos do século XVII questionava as normas inglesas estabelecendo a censura sobre a imprensa, como *Eikonoklastes*, de Milton (1649) – segundo Rose (1988, p. 55), a primeira referência ao autor como proprietário da obra, que sobre ela teria mesmo um direito humano (trataremos posteriormente da relação entre direitos autorais e direitos humanos) –, e *An Essay on the Regulation of the Press*, de Defoe (1704). Ainda assim, Rose (1988, p. 55-56) ressalta a motivação religiosa de Milton, defendendo que, para a ideia do autor-proprietário se consolidar, era necessário ainda um maior desenvolvimento: (i) do mercado literário, o que só viria a ocorrer no século seguinte; (ii) do conceito de autor como não apenas um mero reprodutor; e (iii) da própria teoria sobre a propriedade – evolução essa que só viria a ocorrer no século seguinte, conforme vimos no capítulo anterior e a que voltaremos a seguir.

> A argumentação da Stationers' Company deixou de se pautar naquela que era anteriormente a maior preocupação da monarquia inglesa – o controle da difusão de idéias através da imprensa – passando a adotar um discurso mais voltado para a asseguração dos direitos de propriedade sobre livros adquiridos de autores a título legítimo sob o ius commune inglês (PATTERSON apud PINHEIRO, 2008, p. 48).[186]

É nesse sentido que, em 1710,[187] a Câmara dos Lordes aprovou o Estatuto da Rainha Ana (no original, *Statute of Anne*)[188] – o qual é considerado por muitos a primeira lei a prever os direitos de autor[189] por tratar de um direito atribuído ao autor da obra.

Por sua vez, Sganga (2018, p. 56) sugere um sentimento consolidado de direito absoluto e perpétuo detido pela *Stationers' Company*. Para tanto, ela faz referência a Patterson (1968, p. 106-113), para quem, ao longo dos anos, o aprimoramento das regras da *Stationers' Company* permitiu a criação de títulos mobiliários (*stocks*) sobre os lucros derivados da comercialização de categorias específicas de obras. Sganga (2018, p. 56, tradução nossa) usa essa observação para defender que a presença de dessas regras padronizadas "[...] contribuíram para a percepção dos privilégios da Stationers' como direitos absolutos perpétuos, que foram reforçados quando tais privilégios foram eximidos das limitações na duração e no escopo que a Lei dos Monopólios de 1624 impôs às cartas-patentes". Para ela (Ibidem, tradução nossa): "[e]ssa decisão, de fato, marcou a separação histórica entre os dois arquétipos de patentes e direito de autor (copyright), permitindo a consideração deste último como um título à parte da vontade caprichosa da Coroa e baseada, em vez disso, na cadeia de títulos privados protegidos por medidas judiciais aplicáveis à propriedade". Aí estaria, portanto, o início da separação do tratamento jurídico entre obras autorais e artigos utilitários/inventos no Direito Inglês. Na nota 288, explicaremos que Bently e Sherman (2003) têm outra opinião sobre o momento dessa divisão. Veremos também como essa separação se operou na tradição francesa do *droit d'auteur* (adotada no Brasil).

186 Essa argumentação parecia amplamente inspirada nas ideias de Locke acerca do direito natural de propriedade (reforçando a relação que já apontamos entre a difusão das ideias iluministas e o surgimento da propriedade intelectual). Sendo a obra fruto do trabalho do autor, a ele seria devido um direito sobre ela (ponto que explicaremos com mais detalhes adiante). No entanto, essa nova abordagem dos editores, pedindo nova regulamentação, desta vez não apenas sobre as obras como seu conteúdo e usando para tanto da ideia de propriedade do autor como justificativa, foi uma resposta da *Stationers' Company* às novas forças competitivas vindas de fora e de dentro da própria organização, representando uma ameaça sem precedentes ao comércio dos seus membros filiados (JASZI; WOODMANSEE, 1994, p. 6; SAUNDERS, 1992, p. 40). A exemplo das tensões dentro da *Stationers' Company*, Feather (1994b, p. 199) menciona a disputa entre editores e livreiros, alegando que estes últimos tomaram, após certo tempo, o controle da organização, fazendo daqueles seus agentes pagos (em sentido semelhante, SAUNDERS, 1992, p. 40). Para todos os efeitos, porém, usamos neste trabalho editores e livreiros como praticamente sinônimos.

187 É comum atribuir o diploma ao ano de 1709, uma vez que, antes de o Reino Unido adotar o calendário gregoriano, em 1752, os anos se iniciavam em 25 de março. Feather (apud SAUNDERS, 1992, p. 51) oferece outra explicação para a confusão, baseada no fato de que o ano legal de 1709 terminou em 25 de março de 1710 (sem fazer referência à questão do calendário gregoriano).

188 Disponível em: <http://goo.gl/DMXoPU>. Último acesso em: 10 jul. 2016.

189 Nesse sentido, Ascensão (1997, p. 4), Lahorgue Nunes (2011, p. 4) e Bittar (2013, p. 31). Curioso que a doutrina anglo-saxã parece considerar que esse diploma, ao tentar regular o comércio livreiro, apenas contribuiu para o desenvolvimento do regime autoral ao questionar a natureza dos direitos sobre as obras, mas em nenhum momento se propôs a proteger os autores – pelo contrário: seu foco era justamente os editores (ponto ao qual voltaremos ainda neste tópico), os quais vinham sendo sujeitos da tutela até então, como já vimos neste tópico e no anterior (PATTERSON, 1968, p. 143; ROSE, 1988; JASZI, 1994, p. 32; PINHEIRO, 2008, p. 49-50). Por outro lado, Ladas (1938, p. 17), que traçou sua carreira acadêmica nos Estados Unidos, chama o Estatuto também de primeira lei em qualquer país feita para proteger os direitos dos autores. Ginsburg (1990, p. 998) resume a questão de modo interessante, dizendo que, por meio do Estatuto, a Inglaterra foi o primeiro país a substituir o regime de favores reais (isto é, os privilégios), por

O Estatuto estabelecia duas formas de direito de exclusividade sobre a impressão, reimpressão, importação e venda das obras (o chamado copyright):[190] (i) uma aos autores de obras ainda não publicadas; e (ii) outra aos autores (ou terceiros a quem eles tenham transferido seus direitos) sobre obras que já tivessem sido postas em circulação.[191]

---

um direito de autor previsto em legislação. De qualquer forma, segundo Sganga (2018, p. 59, tradução nossa), o Estatuto causou pouco efeito prático logo após sua promulgação: "Em casos de controvérsia, os livreiros preferiram recorrer à equidade do que aos recursos previstos pela lei nos casos de controvérsia, enquanto o Judiciário demonstrou deferência muito restrita em relação ao texto legislativo. Liminares e outros recursos de equidade eram normalmente dados mediante a mera evidência de um contrato entre autor e editor, como teria sido no caso de demandas tradicionais de propriedade, reforçando a crença de que a nova legislação apenas acrescentou nova camada de proteção (estatutária) sobre o aparato preexistente dos recursos de propriedade do *common law*" (em sentido semelhante, SAUNDERS, 1992, p. 57).

[190] Ou seja, o direito de exclusividade surge a princípio sobre cópias literais, e não adaptações, traduções e demais usos secundários. Veremos o mesmo grau de proteção restrito na origem do *droit d'auteur* na França, no tópico seguinte. Já no Capítulo 5, mencionaremos brevemente como copyright e direito de autor continental evoluíram para cobrir outras condutas.

[191] A respeito do uso do termo autoria no desenvolvimento do *copyright* inglês, Jaszi (1991, p. 471, tradução nossa): "A ideia de 'autoria', embora ainda incompleta quando introduzida na lei inglesa em 1710, era um receptáculo carregado, preparado para coletar conteúdo no próximo século. Embora o conceito de 'autoria' tenha sido introduzido na lei inglesa com o propósito funcional de proteger os interesses dos livreiros (e continuou a fazê-lo ao longo do século XVIII e além), o termo adquiriu vida própria como noções individualistas de criatividade, originalidade e inspiração foram derramadas nele. A 'autoria' tornou-se uma ideologia. No início do século XIX, seu conjunto de conotações e associações era essencialmente completo, e os interesses dos editores haviam desaparecido do discurso público da lei de copyright" (veremos neste capítulo e nos seguintes em que extensão a ideia romântica de autoria se faz presente na formação do direito de autor na França e no Brasil, servido de argumento essencial até hoje – e ocupando no discurso o local da defesa dos interesses dos titulares dos direitos).

De forma semelhante, Rose (1988, p. 58, tradução nossa): "A batalha inglesa pelo copyright, enfrentada por meio de panfletos polêmicos e disputas judiciais, gerou um corpo de textos em que questões estéticas e legais são muitas vezes indistinguíveis". Adiante, ela prossegue: "Para resumir a lógica do debate da propriedade literária, poderíamos dizer que havia três trocas principais entre as partes. Primeiro, os proponentes do copyright perpétuo afirmaram o direito natural do autor a uma propriedade em sua criação. Em segundo lugar, os opositores do copyright perpétuo responderam que as ideias não poderiam ser tratadas como propriedade e que o copyright só poderia ser considerado como um direito pessoal limitado da mesma ordem que uma patente. Terceiro, os proponentes responderam que a propriedade alegada não era nem o livro físico nem as ideias comunicadas por ele, mas algo completamente diferente, algo que consiste em estilo e sentimento combinados. O que aqui observamos, eu sugeriria, é um nascimento de gêmeos, o surgimento simultâneo no discurso da lei do autor proprietário e da obra literária. Os dois conceitos estão ligados um ao outro. Afirmar um é implicar o outro e, juntos, como os sóis gêmeos de uma estrela binária presa em órbita uns sobre os outros, eles definem o centro do sistema literário moderno" (Ibidem, p. 65, tradução nossa).

Saunders (1992, p. 13, tradução nossa) parece concordar que o conceito de autor foi introduzido de forma incompleta: "[...] o sistema jurídico não poderia ser chamado a distinguir a escrita literária como expressiva da pessoa moral ou estética do seu criador, sem que antes os escritores tivessem adquirido uma interioridade expressiva e a escrita literária tivesse se tornado uma atividade ética de especialista, o que só ocorreria no Romantismo". No entanto, ele discorda de que tenha havido uma equivalência entre conceitos jurídicos e estéticos: "Como uma norma de regulação do comércio, o Estatuto de 1710 nem assumiu nem dependeu de qualquer equivalência entre a pessoa do titular do copyright e a personalidade moral ou estética do escritor; em vez disso, ele apenas delineou e atribuiu a capacidade legal de ser titular do copyright de uma forma designada para a regulação de uma atividade econômica específica – a fabricação e comercialização de uma *commodity* impressa" (Ibidem, p. 10, tradução nossa). Para ele, isso se arrastaria pelo resto do desenvolvimento do copyright, sendo um problema "[...] assumir que todas as

Em ambos os casos, o diploma previa um limite temporal para o direito de exclusivo. Por outro lado, o Estatuto mantinha o controle da *Stationers' Company* sobre as obras, na medida em que exigia o seu depósito perante a corporação para que fossem válidos os direitos nele mencionados.

Parte da doutrina defende que a principal motivação desse diploma foi a preservação do mercado editorial inglês, que vinha declinando nos anos anteriores (PATTERSON, 1968, p. 143; JASZI, 1994, p. 32; KATZ, 2009b, p. 216). O próprio Estatuto, por sua vez, diz ter por finalidades evitar contrafações e estimular que autores produzam obras (na medida em que editores vinham-nas publicando sem remunerar os seus autores).[192-193] Não parece, consequentemente, haver elementos para se constatar que, na edição da norma, teria havido qualquer preocupação em se reconhecer um direito natural de propriedade[194] do autor sobre suas obras.

Com o fim do prazo previsto no Estatuto para o direito de exclusivo das obras já publicadas, surgiu um conflito entre os editores londrinos – herdeiros dos direitos da *Stationers' Company* – e editores de outras partes do Reino Unido. Naturalmente, os primeiros queriam manter seus direitos exclusivos sobre as obras, o que ia de encontro com

formas de personalidade legal ou demais atribuídas a indivíduos em sua passagem através de instituições sociais têm uma base ou essência comum" (Ibidem, p. 17, tradução nossa).

192 "Considerando-se que impressores, livreiros e outras pessoas vêm ultimamente com frequência tomando a liberdade de imprimir, reimprimir e publicar ou fazer ser impressos, reimpressos ou publicados livros e outros escritos sem o consentimento dos autores ou proprietários de tais livros e escritos, em grande detrimento daqueles e frequentemente para a ruína daqueles e de suas famílias; para prevenir, portanto, tais práticas, para o futuro e para encorajar homens instruídos a comporem e escreverem livros úteis [...]" (Disponível em: <http://goo.gl/DMXoPU>. Último acesso em: 10 jul. 2016. Tradução nossa).

193 "Pode-se dizer que os livreiros de Londres inventaram o autor proprietário moderno, construindo-o como uma arma em sua luta contra os livreiros das províncias. Mas, na verdade, foi o Parlamento que primeiro introduziu o autor na luta pelo copyright. A regra da *Stationers' Company* era de que apenas membros da organização podiam deter copyright. Assim, o rascunho original do projeto de lei que eventualmente se tornou o Estatuto da Rainha Ana não fez nenhuma menção aos autores. Em reunião da comissão, no entanto, o projeto de lei dos livreiros foi alterado para permitir aos autores, bem como aos editores, a proteção do copyright. Além disso, o título do ato também foi modificado para enfatizar tanto esta como a segunda grande mudança das práticas de guildas tradicionais, a saber, a limitação do prazo de proteção" (ROSE, 1988, p. 57). No entanto, segundo Patterson (1968, p. 147), o autor foi usado também pelo legislador inglês na edição do Estatuto como uma justificativa instrumental para outros fins econômicos, qual seja, combater o monopólio dos editores. Já Saunders (1992, p. 51-56) narra o lobby dos editores e livreiros por trás da edição da norma, bem como os projetos de lei que a antecederam.

194 Ainda que o excerto mencionado duas notas acima fale em "proprietários" (*propietors*), não se pode inferir daí que houvesse algum reconhecimento de direito natural de propriedade.

os interesses econômicos dos segundos. Nesse sentido, estabeleceu-se, a partir de 1743,[195] uma série de disputas judiciais que ficaram conhecidas como a Batalha dos Livreiros.

Em geral, esses litígios versavam sobre três questões principais: (i) se se reconhecia ao autor de uma obra direito de propriedade não baseado no direito estatutário, mas sim no direito de propriedade previsto pelo direito comum (*common law* ou *ius commune*); (ii) se tal direito, caso existente, sobreviveria após a publicação da obra; e (iii) se o Estatuto da Rainha Ana teria revogado tal direito.[196] Em síntese, questionava-se judicialmente se haveria um direito natural de propriedade garantido pelo direito comum inglês e se uma norma estatutária teria o condão de extingui-lo.

É de se notar que essas disputas eram promovidas por editores/livreiros, de modo que a evolução do direito de autor/copyright na Inglaterra parece não ter se dado pelos interesses dos próprios criadores das obras (SAUNDERS, 1992, p. 57; PINHEIRO, 2008, p. 53-54).[197]

Também é interessante observar as discussões que foram levantadas na Câmara dos Lordes em sede daquela que se tornou a mais conhecida das disputas na Batalha dos Livreiros, *Donaldson v Beckett* (1774).[198] O caso, que gerou grande comoção na época,[199]

---

[195] Com o caso *Millar v Kincaid* (PINHEIRO, 2008, p. 53). Sganga (2018, p. 60) relata que essa primeira batalha foi bem-sucedida para os livreiros escoceses, em detrimento dos londrinos (o que seria revertido em alguns anos, conforme veremos a seguir). Saunders (1992, p. 51-74) traz uma análise mais completa das disputas, transcrevendo uma série de passagens ilustrativas dos argumentos levantados (algumas das quais descreveremos adiante).

[196] Em casos particulares, como *Donald v Beckett* (1774) – mencionado a seguir –, tais questões foram desmembradas em mais pontos, que, para fins didáticos, não exporemos aqui.

[197] Rose (1994, p. 216) explica que o fato de as disputas envolvendo o Estatuto terem se dado entre editores/livreiros e não autores se justifica pelo fato de estes ainda estarem, na época, sujeitos ao mecenato e à repulsa social à aproximação entre escritor e comércio de suas obras (em sentido semelhante: SGANGA, 2018, p. 55, conforme mencionamos na nota 27). Nessa linha, ele menciona um processo movido por um autor, Alexander Pope (*Pope v Curll*, 1741, cujos autos podem ser encontrados no original em: <http://bit.ly/popecurll>. Último acesso em: 20 nov. 2018). Não obstante, Rose defende que Pope ingressou com a ação por fins econômicos: uma jogada para fazer parecer que não teria autorizado a publicação de correspondências suas, permissão que poderia soar indigna na época (1994, p. 216-217). Assim, ele alega que a ideia do autor como proprietário precedeu na Inglaterra a do autor profissional, na medida em que escritores continuavam sujeitos ao mecenato (tal como mencionado) – o que, por sua vez, ilustra a complexa relação entre o conceito de autoria e os regimes jurídicos sobre as obras literárias (conforme já discutimos anteriormente). Já Saunders (1992, p. 62) ilustra o nível de organização dos livreiros de Londres como grupo de interesse, os quais criaram um fundo para custear as ações contra terceiros vendendo livros cobertos pelo copyright e também ofereceram aos livreiros das províncias adquirir todas as edições pirateadas do estoque daqueles que se juntassem a tal fundo.

[198] Pinheiro (2008, p. 124-164) transcreve as atas das sessões da Câmara dos Lordes em que se julgou o caso em questão.

[199] Rose (1988, p. 51-52) fala que o caso despertou tamanho interesse na sociedade inglesa, que, no primeiro dia do julgamento, várias pessoas tiveram que ser mandadas embora por falta de espaço, ao passo que Saunders (1992, p. 66) diz que houve ampla cobertura da imprensa tanto londrina como escocesa.

consolidou o caráter temporário do copyright,[200] revertendo, portanto, entendimento jurisprudencial anterior (notadamente, *Millar v Taylor*, 1769), favorável a um direito natural de propriedade sobre os escritos e, consequentemente, perpétuo.[201]

A disputa envolveu um debate acerca da existência de um direito de propriedade sobre as obras, havendo, de um lado, quem apontasse a dificuldade de se aceitar a apropriação de ideias, como outros bens, devido à sua imaterialidade (*Mr Baron* Eyre, em sessão de 15 de fevereiro); e, de outro, quem reconhecesse a existência de diferentes noções de propriedade para diferentes povos (*Solicitor General* Wedderburn, em sessão de 8 de fevereiro). Além disso, vemos falar-se num direito natural do autor sobre a obra

---

200 Segundo Rose (1988, p. 67), fontes contemporâneas defendem ter havido uma contagem errada dos votos neste caso, de modo que, na verdade, teria havido um veredito final favorável ao copyright perpétuo. Também, de acordo com ele (Ibidem, p. 68, tradução nossa): "A questão, como foi finalmente colocada aos Lordes, no entanto, era limitada e prática: deveria o decreto [...] impedindo Donaldson de publicar os poemas de Thomson ser revertido? Não havia, portanto, oportunidade para os Lordes se expressarem como um colegiado em questões teóricas como se uma composição literária consistia em ideias ou se havia uma diferença essencial entre a invenção literária e a mecânica. Nem há qualquer razão para acreditar que os Lordes, como um colegiado, estivessem particularmente interessados em se expressar em tais assuntos. O que os Lordes parecem ter se preocupado foi simplesmente com a perspectiva de um monopólio perpétuo". Apesar disso, as transcrições do julgamento nos trazem alguns pontos interessantes, como analisaremos a seguir.

201 O caso *Millar v Taylor* (primeiro a dar vitória à *Sationers' Company*, de acordo com SGANGA, 2018, p. 62) é discorrido em mais detalhes por Rose (1988, p. 66-67) e por Saunders (1992, p. 63-65), transcrevendo algumas das opiniões dos julgadores. Rose (1998) chama a atenção para o fato de que as duas disputas (tanto *Millar v Taylor* como *Donaldson v Beckett*) versaram – coincidentemente ou não – sobre a mesma obra ("The Seasons", de Thomson) – material perfeito para a discussão sobre a existência de direitos do autor com base no *common law*, uma vez que foi um dos poemas mais reimpressos naquele século e que Thomson, celebrado por sua originalidade, tinha um processo de criação descrito de forma muito semelhante à teoria de Locke (que abordarmos na nota 186): "[...] o indivíduo remove os materiais do estado de natureza e mistura seu trabalho com eles, juntando-os a algo que era dele e produzindo um item de propriedade" (Ibidem, p. 70-71, tradução nossa). Mais ainda, Rose sugere que passagem do voto de *Justice* Aston em *Millar v Taylor* reflete a ideia de que a base da propriedade literária seria mais do que o fato de ser fruto do trabalho, mas sim o aspecto da personalidade que o autor coloca em sua obra (Ibidem, p. 71) – visão essa que reflete a noção romântica de autoria de que falamos no capítulo anterior, que, conforme veremos, está presente também no surgimento do *droit d'auteur* francês e na sua importação e evolução no Brasil. Por fim (Ibidem, p. 77), Rose transcreve manifestação de Joseph Yates, julgando esse caso (e também um panfleto anterior sobre as batalhas jurídicas que ocorriam sobre esse tema), antecipando que o reconhecimento de propriedade sobre composições literárias traria disputas também entre os autores acerca dos conceitos de obra e originalidade, uma vez que definiriam se um se apropriou do trabalho do outro (no próximo capítulo, veremos que o legislador brasileiro em uma série de momentos reconheceu conflitos de interesses entre diferentes categorias de autores). A respeito de *Millar v Taylor*, Sganga (2018, p. 61) dá destaque à fala de *Lord* Mansfield, que usou a oportunidade para desenvolver sua teoria da propriedade literária, diferente das demais formas de propriedade devido ao seu caráter personalíssimo. Sganga (2018, tradução nossa), contudo, aponta que a teoria de Mansfield, por mais que sofisticada, apresentou "[...] as falhas típicas de argumentos em que dogmas são usados retoricamente para alcançar fins econômicos escondidos".

(*Justice* Aston, em sessão de 17 de fevereiro), bem como na natureza quimérica do termo "propriedade literária" (*Attorney General* Thurlow, em sessão de 4 de fevereiro).[202]

Mais ainda, em vários momentos, o ofício dos autores é equiparado ao dos inventores (*Solicitor* General Wedderburn, em sessão de 8 de fevereiro; *Mr. Baron* Eyre,[203] em sessão de 15 de fevereiro; *Lord Chief Justice* De Grey e *Lord* Camden, em sessão de 17 de fevereiro). Tal observação é digna de nota, uma vez que, por um lado, inventos, obras artísticas e literárias ainda eram tratados legalmente de formas muito semelhantes (por meio das patentes concedidas pelo Estado); já por outro lado, não se refletia na análise jurídica a divisão entre arte e indústria de que tratamos no capítulo anterior.

Ainda assim, presenciamos a noção extracomercial das atividades artísticas e literárias (da qual falamos no capítulo precedente), quando *Lord* Camden, em sessão de 17 de fevereiro, compara o trabalho nobre do escritor, que o faz de graça, com o ofício do editor, que o faz por razões monetárias. No mesmo sentido, o *Attorney General* Thurlow, em sessão de 4 de fevereiro, acusa o monopólio dos editores e livreiros de se aproveitar do trabalho, do fruto das invenções e da ingenuidade dos autores.[204] A manifestação de Thurlow, contudo, representa uma preocupação econômica que se faz presente em uma série de outros momentos no debate.[205]

---

[202] Rose (1994, p. 225-227) explica que os debates sobre esse conceito vinham sendo travados desde a outorga do Estatuto. Nesse sentido, diz que a primeira conceituação da propriedade literária como propriedade intangível se deu com Warburton (1811[1747]). A obra de Warburton é interessante por traçar uma distinção em relação às patentes (uma vez que as invenções misturariam tanto um caráter imaterial como físico) que justificaria a perpetuidade da propriedade literária (ponto central das Batalhas dos Livreiros, como vemos aqui). Esse argumento reforça nossa hipótese de que os direitos autorais (aqui compreendendo o copyright) surgiram de uma espécie de desmembramento dos privilégios industriais. Voltaremos no tópico 3.2.2 à questão da diferença entre ambos os regimes. Rose (1994, p. 227) também menciona a influência que Warburton teve em Blackstone, quem, no caso *Tonson v Collins* (1762, autos disponíveis no original em: <http://bit.ly/tonsoncollins>. Último acesso em: 20 nov. 2018) – também entre editores/livreiros –, desenvolveu o conceito do copyright relacionando sua natureza imaterial ao estilo e sentimento do autor, como constitutivos da sua identidade, de modo que a essência da propriedade literária seria a fusão de ideia e língua usada para expressá-la (BLACKSTONE, 1762). Temos, portanto, mais um exemplo da visão romântica de autoria ser usada para defender os interesses dos titulares dos direitos sobre a obra (no caso, os editores e livreiros).

[203] Este chega a alegar ser injusto que o inventor só possa ser protegido por meio de licença dada pelo Estado, enquanto ao autor se queria atribuir direito pelo *common law*, mesmo que a invenção muitas vezes demandasse muito mais tempo e trabalho.

[204] Segundo Bently (2008, p. 24, tradução nossa), "[...] Thurlow referiu-se ao interesse dos livreiros por autores como refletindo o fato de que eles acharam 'necessário dar uma face colorida ao seu monopólio'".

[205] Na medida em que defende que o reconhecimento da propriedade sob *common law* elevaria o preço dos livros. Já John Dalrymple (sessão de 4 de fevereiro) acredita que o não reconhecimento da propriedade beneficiaria a produção de novas obras e, consequentemente, o comércio, enquanto *Lord* Camden (sessão de 17 de fevereiro) considera no debate acerca do regime legal sobre as obras a importância de se

Em suma, por mais que uma argumentação naturalista tenha estado por trás das demandas da *Stationers' Company* pelo reconhecimento de um direito de propriedade dos autores (tanto nas Batalhas dos Livreiros como na promulgação de uma nova regulação da imprensa), o posicionamento final do Legislativo e do Judiciário ingleses foi no sentido de abraçar as limitações impostas pelo Estatuto da Rainha Ana – aparentemente mais pautados por questões econômicas, como a restrição dos poderes da *Stationers' Company*[206] (e, alegadamente, incentivar a produção de novas obras).

Dessa forma, fica nítido que, para além da roupagem filosófica, ora religiosa, ora jusnaturalista, as normas e decisões judiciais que regularam a propriedade e a distribuição dos livros na Inglaterra, desde a introdução da imprensa, tiveram forte influência comercial e política.[207] Como veremos, porém, o mesmo fenômeno se observa na França, considerada o berço do regime autoralista que conhecemos hoje.[208]

3.1.3 França

Também na França do século XVIII houve disputa judicial entre os livreiros da capital e aqueles do interior acerca dos direitos sobre a publicação de obras literárias

---

partilhar o conhecimento – questão essa, como veremos, muito atual nas discussões sobre direito de autor. Por fim, *Lord Chief Justice* De Grey (sessão de 17 de fevereiro) alega que a defesa da propriedade sob *common law* surgiu apenas após a negação de um novo estatuto que aumentasse a proteção dos detentores de licenças. Esse argumento é curioso, uma vez que reforça a ideia de que, muito além da existência de um direito natural advindo da relação entre autor e criação, o reconhecimento de determinado regime legal sobre as obras artísticas e literárias é uma ferramenta utilizada para atender a interesses econômicos de determinados setores.

206 Lembremo-nos aqui do que Rose (1968, p. 68) fala a respeito do escopo reduzido do julgamento dos Lordes em *Donaldson v Beckett* (1774), conforme relatamos anteriormente.

207 Especificamente em *Donaldson v Beckett* (1774), Rose (1988, p. 67) narra que, ao acrescentar ao caso mais duas perguntas aparentemente redundantes, *Lord* Camden, oponente do copyright perpétuo, queria chamar a atenção para o fato de que a questão não dizia respeito aos direitos dos autores, mas sim dos livreiros. Comentário semelhante é feito por Sganga (2018, p. 61) sobre a manifestação de *Lord* Mansfield em *Millar v Taylor* (1769), conforme relatamos anteriormente.

208 Supostamente, a principal diferença entre o *droit d'auteur* e o copyright inglês e estadunidense estaria no fato de aquele ter se baseado sobretudo em um direito natural de propriedade; ao passo que o regime anglo-saxão partiria de uma fundamentação basicamente utilitarista. Ginsburg (1990) questiona essa divisão, dizendo que em ambos os casos os dois argumentos se fizeram presentes, com a prevalência da questão utilitarista (conforme explicaremos na nota 234). A diferença teria se dado ao longo da doutrina e da jurisprudência francesas do século XIX, que teria desenvolvido uma teoria mais personalista dos direitos de autor. Trataremos dessa questão no tópico seguinte. De qualquer forma, de fato, a partir de algum momento, houve uma divergência entre os dois sistemas (francês e inglês). A questão é que, na tradição do *droit d'auteur* (adotada pelo Brasil), independentemente de isto ter se dado em sua origem ou ao longo do século XIX, o modelo do autor romantizado ocupou um espaço central, permanecendo até hoje no seu cerne, tal como analisaremos neste capítulo e no seguinte.

(HESSE, 2002, p. 38).[209] Assim como na Inglaterra,[210] até o período em questão, a monarquia concedia a livreiros e editores privilégios análogos aos garantidos aos inventores, fossem temporários ou perpétuos,[211] sendo que apenas os livreiros e impressores estavam autorizados a vender obras literárias (WILSON, 1957, p. 446).[212]

Ao longo dos dois séculos anteriores (isto é, XVI e XVII), mudanças na legislação francesa sobre os privilégios provocaram controvérsias (Ibidem, p. 450-451).[213]

Já no século XVIII, no campo das artes plásticas, uma série de decretos reforçou a dependência para com a Academia, a separação em relação aos ofícios mecânicos e a imposição de o artista manter-se afastado da comercialização de seu trabalho, tal como

---

[209] Pluquet (1778, p. 23) relata uma disputa já no século XVII. Mais ainda, ele diz que, desde o século XIV, a literatura começa a prosperar, e se passa a sentir uma necessidade de manter a propriedade dos autores por meio dos privilégios.

[210] Saunders (1992, p. 80-81), no entanto, relata divergências entre o histórico dos privilégios franceses em relação aos ingleses anteriores ao século XVII. Segundo eles, na França, o fundamento principal desse regime foi econômico, não havendo seu uso para censura durante esse período (o que se modificaria posteriomente). Sganga (2018, p. 63-65), por sua vez, fala das diferenças entre regulação da impressão na França e na Inglaterra entre os séculos XVI e XVIII, como, por exemplo, os fatos de: os parlamentos locais naquele país serem responsáveis pela censura; de privilégios sobre uma mesma obra serem dados a mais de um editor; e de não haver registro central para ser usado como prova formal em conflitos sobre a quem o monopólio pertenceria. Para ela, tais diferenças se dariam pelo "[...] ambiente político, traços institucionais substancialmente divergentes e relacionamento entre mercadores e livros e a Coroa, e consequentemente, uma administração diferente dos privilégios de impressão" (Ibidem, p. 63, tradução nossa). Dessa forma, os livreiros franceses não seriam organizados o suficiente como a *Stationers' Company* para ter um papel importante (Ibidem, p. 64). Assim sendo, "[d]iferentemente dos livreiros ingleses, os impressores parisienses não sentiram necessidade de urgir no lobby por seus direitos e seu reconhecimento independentemente do privilégio real, uma vez que estavam protegidos pela monarquia. Os autores foram similarmente passivos [...]. Assim como na Inglaterra, eles abandonaram lentamente o mecenato [...]. Ainda assim, seu poder de mercado permaneceu efêmero" (Ibidem, p. 65, tradução nossa). Hesse (2002, p. 38), contudo, aparenta ter uma ideia diferente da importância da Guilda de Livreiros de Paris.

[211] Wilson (1957, p. 448) nos explica que, na França, os privilégios surgem associados à Reforma Religiosa (a exemplo do disposto no Edito de Nantes, que restringia a publicação de livros protestantes), sendo usados como uma forma de censura prévia, tal qual na Inglaterra. Em sentido semelhante: Hesse (2002, p. 30) – conforme mencionamos nas notas 170 e 182.

[212] "Alguns privilégios eram igualmente concedidos para as letras tipográficas e formatos de livros, o que serve ainda para demonstrar o seu caráter industrial" (Ibidem, p. 446).

[213] Exemplo é o Decreto do Conselho de Estado de 16 de maio de 1660 (disponível em: <http://goo.gl/xfR8p9>. Último acesso em: 8 jul. 2016), o qual concedeu aos praticantes de gravuras em cobre a liberdade de não se filiarem a corporações de ofício. Nesse decreto, reconhece-se uma separação entre arte e indústria, dependendo da "imaginação de seus autores", nos moldes explicados no capítulo anterior. No que concerne à propriedade literária, há o Estatuto e Regulamento para os Impressores e Livreiros de Paris, registrado no Parlamento em 21 de agosto de 1686 (disponível em: <http://goo.gl/TrNUAJ>. Último acesso em: 8 jul. 2016), que reforçou os privilégios dos impressores e livreiros da capital. No âmbito da propriedade artística, temos o Decreto do Conselho de Estado de 21 de junho de 1676 (disponível em: <http://goo.gl/guwkC2>. Último acesso em: 8 jul. 2016), o qual, no entanto, vincula a proteção contra contrafações somente aos escultores ligados à Academia Real.

explicamos no capítulo anterior.[214] No âmbito da literatura, o Judiciário proferiu decisões que privilegiavam o autor (até então não tutelado),[215] não renovando o privilégio de editores, salvo com o consentimento dos herdeiros daquele (WILSON, 1957, p. 452-453), sendo o caso mais famoso aquele movido pelas netas de La Fontaine, em 1761.[216]

Assim, sob o regime dos privilégios, observava-se uma tensão entre diferentes interesses econômicos associados à impressão de obras literárias. As restrições impostas pela censura colocavam "[...] os livreiros parisienses em situação de desvantagem concorrencial frente a autores e tipógrafos estrangeiros – sobretudo holandeses [...]", de modo que "[...] o primeiro quartel do século XVIII representou um período de grandes dificuldades aos livreiros parisienses" (PINHEIRO, 2008, p. 57). Por outro lado, aos livreiros da província, por terem acesso mais difícil à capital, eram concedidos menos privilégios que aos de Paris, restando-lhes os direitos de edição de obras de menor circulação (Ibidem, p. 58).[217]

Nesse cenário, os livreiros da capital lutavam pela extensão de seu monopólio, ao passo que os do interior a combatiam. Em 23 de fevereiro de 1723, aprovou-se o *Réglement Général de Librairie* (Estatuto dos Livreiros), que proibia em seu art. 109 a contrafação de obras sobre as quais houvesse privilégio de publicação. Mediante reclamação dos livreiros do interior, por demanda de Luís XV, o Conselho Real revogou

---

[214] Exemplo é o Decreto do Conselho de Estado de 28 de junho de 1714 (disponível em: <http://goo.gl/04gi6k>. Último acesso em: 8 jul. 2016), proibindo os impressores, editores e livreiros de imprimirem e comercializarem obras que contivessem pinturas e gravuras produzidas por membros da Academia Real, salvo com a autorização desta. Tal decreto foi complementado pela Declaração de Luís XVI, de 15 de março de 1777 (disponível em: <http://goo.gl/f2Gd84>. Último acesso em: 8 jul. 2016), que garantiu a liberdade de exercício à pintura e à escultura, equiparando-as às artes liberais (como a arquitetura, a literatura e as ciências), e reconhecendo sua importância para as artes industriais e para o comércio; ressalvando, no entanto, sua distinção em relação às artes mecânicas, e sujeitando a proteção aos artistas filiados à Academia Real. Ademais, ressalta a separação entre arte e comércio, de que falamos no capítulo anterior, ao estabelecer que: "Será apenas reconhecido como praticante de forma liberal das Artes da Pintura e Escultura que aqueles que se envolverem, sem qualquer mistura de comércio, com algum dos gêneros que exigem, para o êxito, um profundo conhecimento de desenho e um estudo cuidadoso da natureza, como Pintura e Escultura de temas históricos, do retrato, da paisagem, das flores, de miniatura e os outros gêneros de Artes que são suscetíveis de um grau capaz de talento para merecer, para quem o tem, a admissão à Academia Real de Pintura e Escultura" (tradução nossa).

[215] Salvo pelos privilégios excepcionalmente concedidos aos autores, dos quais já falamos.

[216] O Decreto do Conselho de Estado de 14 de setembro de 1761, que deu ganho de causa às herdeiras de La Fontaine, pode ser encontrado em: <http://goo.gl/onV0yL>. Último acesso em: 8 jul. 2016.

[217] A tais interesses podem-se acrescentar também os interesses dos autores, que seriam explorados pelos editores e livreiros de Paris, conforme atesta memorando atribuído a Blondel (1725 ou 1726). Esse conflito levaria a um processo judicial movido pelo Sindicato de Livreiros e Impressores de Paris contra Luneau de Boisjermain, autor que, por meio da venda direta de suas obras, tentou exercer ele mesmo os direitos de propriedade sobre sua criação. A decisão do Conselho de Estado quanto a este caso, de 31 de agosto de 1768, dando ganho de causa ao autor francês, pode ser encontrada em: <http://goo.gl/ucQkPA>. Último acesso em: 8 jul. 2016.

referido dispositivo em 10 de abril de 1725, "[...] instituindo o recenseamento de todos os privilégios prorrogados a partir de 1718 de forma a identificar e revogar as prorrogações abusivas" (PINHEIRO, 2008, p. 59).

Os livreiros parisienses, então, contrataram o advogado Louis D'Héricourt (1726, p. 2-3), que preparou uma defesa baseada na existência de um direito de propriedade, equiparável a qualquer outro tipo, por parte dos editores sobre as obras, ao adquiri-lo dos autores.[218] Seria, portanto, a aquisição da mão dos autores, e não o privilégio concedido pelo rei, que concederia a exclusividade de publicação aos editores.[219]

A briga entre livreiros de Paris e da província levou o Conselho do Rei a editar seis decretos em 30 de agosto de 1777, que visavam a regulamentar completamente a atividade de editores e livreiros na França.[220] O preâmbulo do Decreto 5 deixa clara a intenção de se remunerarem o autor e o editor por seus respectivos trabalhos/investimentos, mas também a rejeição em se conceder direito de propriedade perpétuo, dado o prejuízo que traria aos demais livreiros.[221] Esse texto reconhece também o valor da atividade intelectual, indicando uma mudança de perspectiva sobre a concessão de privilégios, não mais numa benesse do monarca segundo seus desígnios e interesses particulares, mas sim numa graça fundada em justiça.[222]

---

[218] Comumente identificado como a primeira conceituação científica da propriedade literária, segundo Sganga (2018, p. 66). Já Edelman (apud PINHEIRO, 2008, p. 59) vê na argumentação de D'Héricourt a existência de dois direitos: um de cunho comercial, ligado à propriedade regulada pelo direito comum; e o segundo de natureza teológica, em que a propriedade de uma obra deve circular entre os homens para melhor atingir os desígnios divinos. Note-se também que, a pedido das livrarias de Paris, Diderot (1763) submete mais um parecer, mantendo a mesma linha de argumentação.

[219] Interessante que parecer concedido por outro advogado, indicado apenas como Gaultier (1776), vai em sentido contrário ao proferido por D'Héricourt, negando uma proteção das obras por meio do regime de propriedade, as quais, portanto, estariam sujeitas apenas ao regime dos privilégios, que seriam equiparáveis aos privilégios concedidos aos inventores.

[220] Disponíveis em: <http://goo.gl/iriZ2L>. Último acesso em: 10 jul. 2016.

[221] "Sua Majestade reconheceu que o privilégio de impressão é uma graça fundada na justiça e que, se concedida ao autor, é para recompensar a sua obra; se obtido por um livreiro, [é] para assegurar-lhe o reembolso de adiantamentos e de indenizar seus custos" (Disponível em: <http://goo.gl/iriZ2L>. Último acesso em: 10 jul. 2016. Tradução nossa).

[222] Saunders (1992, p. 82-90) relata as controvérsias por trás da edição dos decretos, concluindo que estes resultaram do vai e vem de iniciativas tanto conservadoras como reformistas do Estado Francês. Hesse (1990, p. 114, tradução nossa), por sua vez, defende que se tratou de "[...] uma iniciativa política da administração real, em vez de ser o fruto de protestos comerciais, e teve por fim explícito consolidar o controle monárquico sobre a forma, conteúdo e os meios de disseminar conhecimento, ao remover o editor como intermediário entre estado e autor", tornando este diretamente responsável pelo conteúdo de seus escritos. Da mesma forma (Ibidem, p. 113-114), defende que o autor foi criado na lei francesa à imagem do Rei: suas obras "[...] somente retornavam ao domínio real caso voluntariamente alienadas (tal como qualquer posse feudal)".

Esse mesmo decreto atribui maior direito do autor sobre o editor, devendo o privilégio daquele ser perpétuo, salvo se transferido para um livreiro.[223] Isto é: dá-se ao autor o direito de vender sua obra (e apenas ela), salvo se negociá-lo a um livreiro, cessão essa que durará até a morte daquele (WILSON, 1957, p. 453). Por outro lado, o decreto diz que ampliar o prazo do privilégio seria convertê-lo em direito de propriedade, e concedê-lo pela perpetuidade seria transformá-lo em monopólio.

Por mais que tenham uma fundamentação utilitária (SGANGA, 2018, p. 68), os Decretos invocam, para reconhecerem o direito do autor, a ideia de direito natural sobre o trabalho (DARRAS apud THOMAS, 1894, p. 29; HESSE, 2002, p. 38).[224] Vemos, portanto, que – assim como na Inglaterra –, até o final do século XVIII, começam a ganhar força teorias que defendem o regime de propriedade do autor sobre suas obras – a chamada "propriedade literária" (WILSON, 1957, p. 453-485) –, ao passo que os monopólios vão perdendo aceitação.[225] Esse período coincide com a difusão pela Europa dos ideários iluministas, segundo os quais o direito de propriedade é um direito natural, resultante da condição do homem como cidadão – tema ao qual voltaremos mais adiante.

Esse cenário vai culminar na Revolução Francesa de 1789, proclamando a igualdade entre os homens, sem distinção do exercício de direitos (THOMAS, 1894, p.

---

223 "V. Qualquer autor que obtiver em seu nome o privilégio ao seu próprio trabalho terá o direito de vender esse trabalho em sua própria casa, mas não poderá sob qualquer pretexto vender ou negociar a venda de qualquer outro livro; ele deve reter o privilégio para si e seus herdeiros em perpetuidade, desde que ele não o transfira para um livreiro; Nesse caso, a duração do privilégio será reduzida, como uma consequência dessa transferência, pela vida do autor" (Disponível em: <http://goo.gl/iriZ2L>. Último acesso em: 25 nov. 2018. Tradução nossa). Hesse (2002, p. 38) diz que, pela primeira vez, se concedeu aos autores a sua própria categoria de privilégios.

224 Por causa disso, os decretos, por vezes, são chamados de primeira legislação autoral francesa. A esse respeito, Hesse (1990, p. 113) e Saunders (1992, p. 89) chamam a atenção para o fato de que o reconhecimento legal do autor como titular de direito não baseado na graça real, ironicamente, foi uma medida da monarquia absolutista, e não da Revolução. Ainda assim, lembremos que os decretos ainda se referem ao termo "privilégio", razão pela qual neste trabalho trataremos as leis revolucionárias (mencionadas a seguir) como as primeiras normas autoralistas francesas. A esse respeito, Thomas (1894, p. 29) critica os decretos por, apesar de abraçarem teorias mais modernas do direito de autor, fazerem uma confusão quanto à real natureza desses direitos, insistindo em chamá-los de privilégios.

225 Nesse sentido, Diderot (1763, p. 22) fala da existência de dois tipos de privilégios: um autêntico, atribuído às obras de autores antigos, já caídas em domínio público, e outro que seria impropriamente chamado de tal, consistindo, na verdade, num direito de propriedade adquirido pelos editores quando lhes é alienado um manuscrito pelo autor – sendo apenas o primeiro desses privilégios condenável. Esse entendimento é seguido por Hell (1791, p. 7-8), por um memorando de 1690 acerca da Batalha dos Livreiros, de que tratamos anteriormente (MÉMOIRE..., 1690), e também por um memorial apresentado em 1790 à Assembleia Nacional Francesa, em nome dos portadores de privilégios de diversas liturgias (MÉMOIRE..., 1790). Le Chapelier (1791, p. 9), por sua vez, faz críticas ao sistema de privilégios, o qual restringiria a concorrência e o direito de cada indivíduo exercer seu ofício. Quase um século depois, Thomas (1894, p. 15) também apresenta suas críticas ao sistema de privilégios.

30),[226] e elevando a propriedade a um patamar sagrado, por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Em consequência disso, a Assembleia Constituinte suprime todos os privilégios vistos como símbolos do poder real e do Antigo Regime, em 4 de agosto daquele ano (HESSE, 1990, p. 117; PINHEIRO, 2008, p. 67).

A súbita revogação das normas a respeito das obras autorais leva seus mercados (em especial o literário) ao colapso, comprometendo a difusão dos ideais revolucionários (HESSE, 1990, p. 117-118; GINSBURG, 1990, p. 1.013). Dessa forma, surgem pressões de diferentes grupos, refletindo: (a) interesses econômicos sobre os mercados artísticos (em especial o livreiro); (b) a valorização da propriedade como direito sacramental; (c) a arte como uma manifestação personalíssima; (d) a garantia da liberdade de expressão; (e) a necessidade de difundir o ideário do Iluminsmo e promover o novo sistema (e dos grupos que brigavam pelo poder); (f) a promoção do acesso ao conhecimento; e, paradoxalmente, (g) o controle sobre o conteúdo das obras disseminadas, sob receio de iniciativas contrarrevolucionárias.

Todas essas questões (que ilustram o papel da arte como promoção das novas classes dominantes e das mensagens iluministas, conforme explicamos no capítulo anterior) refletiram-se num grande número de projetos de lei apresentados num curto período (SGANGA, 2018, p. 68).[227] Os posicionamentos, portanto, podem ser classificados, de forma geral, em três categorias: (i) os contrários a qualquer forma de apropriação das criações;[228] (ii) os que defendem a ideia de uma propriedade, mas sob uma justificativa utilitarista, dando prioridade à difusão do conhecimento e dos ideais iluministas (como o projeto de lei apresentado por Condorcet e Sièyes, 1834[1790]);[229] e (iii) os que defendem o caráter sacramental da propriedade literária (HELL, 1791, que também apresenta um projeto de lei nesse ano).[230]

---

[226] Thomas (1894, p. 30) ressalva que, apesar da igualdade jurídica instituída, o regime autoralista que se segue à Revolução Francesa exclui a proteção dos estrangeiros, como veremos com mais detalhes no tópico 3.2.6. Isso ressalta o fato de que o discurso ético iluminista limitou-se, historicamente, por interesses econômicos.

[227] Hesse (1990) e Saunders (1992) narram em maiores detalhes o histórico desses projetos.

[228] Inspirados no posicionamento anterior de Condorcet (1804[1776]).

[229] O projeto versa principalmente sobre liberdade de imprensa, meios de conter abusos de tal prerrogativa e, apenas de forma incidental, sobre a propriedade literária. Não à toa, o artigo que se refere a ela começa da seguinte forma (SIÈYES, 1834[1790], tradução nossa): "O progresso das luzes e consequentemente a utilidade pública se reúnem nas ideias de justiça distributiva, para exigir que a propriedade de uma obra seja assegurada ao autor pela lei".

[230] Inspirado em Diderot (1763).

Como resultado disso, em 13 e 19 de janeiro de 1791 é promulgado um decreto-lei estabelecendo a propriedade do dramaturgo sobre obras teatrais durante toda a sua vida e por cinco anos após sua morte. Já em 19 e 24 de julho de 1793, é editado outro decreto-lei,[231] estendendo a propriedade sobre todas as demais obras artísticas pelo prazo de 10 anos após seu falecimento.[232]

Diferentemente do que a doutrina costuma apontar,[233] a corrente que saiu vitoriosa no Legislativo foi a intermediária – isto é, propondo um direito de propriedade com limitações, tendo-se em vista uma maior preocupação com a produção e o acesso às obras do que com a tutela do autor – (GINSBURG, 1991;[234] SAUNDERS, 1992).[235] Isso

---

[231] A estes se some o Decreto-lei de 16 de julho-6 de agosto de 1791 – que, juntamente com os demais mencionados aqui, encontra-se disponível no texto original em: <http://bit.ly/decrets-loisfr>. Último acesso em: 22 nov. 2018. Preferimos considerar o Decreto-lei de 1793 como a primeira Lei Autoral Francesa por versar sobre todos os tipos de obras artísticas. Para uma versão em inglês dos Decretos-leis de 13-19 de janeiro de 1791 e 19-24 de julho de 1793, consultar, respectivamente: <https://goo.gl/8GVGTb> (último acesso em: 10 jul. 2016) e <http://goo.gl/bMDfRm> (último acesso em: 10 jul. 2016). Note-se que, assim como o Estatuto da Rainha Ana, na Inglaterra (mencionado no tópico anterior), as normas francesas davam exclusividade sobre o direito de cópia das obras, não tratando ainda de usos secundários.

[232] Interessante notar que, apesar da grande projeção do Decreto-lei Francês de 1793, outras legislações já haviam adotado diplomas voltados à proteção do autor, e não do editor ou impressor, como Dinamarca (1741), Connecticut e Massachusetts (1783), seguidos de outros estados americanos, até a promulgação da Constituição Americana, em 1789, seguida da Lei Americana de Copyright, de 1790 (LADAS, 1938, p. 18-19).

[233] Percebemos isso ao lermos a doutrina nacional contemporânea, que relaciona a história do direito autoral ao contexto iluminista, dando ênfase à valorização sacramental da propriedade e da expressão individual, mas sem mencionar a importância de outros ideais da época, como a promoção do domínio público. Isso se dá, por exemplo, ao citarem Le Chapelier de forma parcial, como mencionaremos na nota subsequente. Também Foucault (2001), ao analisar as funções do autor ao longo da história, credita a legislação autoral francesa exclusivamente ao reconhecimento do autor expressivo.

[234] Ginsburg (1990) reconhece que houve uma forte corrente a favor da proteção de um direito natural dos autores, mas defende que a principal fundamentação das normas da França revolucionária foi utilitarista (aproximando-as da origem do copyright estadunidense). Prova disso seria, por exemplo, o fato de a competência sobre a matéria ter passado da Comissão de Constituição, Agricultura e Comércio para a Comissão de Instrução Pública (Ibidem, p. 1.009). Também, para ela (Ibidem, p. 1.006-1.010), as declarações de Le Chapelier (1791) e Lakanal (1838[1793]) em seus relatórios sobre as leis (que mencionaremos na nota 236) foram tiradas de contexto pela doutrina do século XIX, omitindo uma maior inclinação à tutela do domínio público (no caso de Le Chapelier) ou um ambiguidade no discurso (Lakanal) – de que falaremos adiante. Doutrinadores do século XIX (estes, sim, centrados na ideia de um direito natural), como Pouillet (que também mencionaremos a seguir), teriam se baseado nas obras de doutrinadores do período que, por sua vez, teriam citado Le Chapelier apenas parcialmente (Ibidem, p. 1.006, nota 63) – ponto ao qual voltaremos na nta supramencionada. De resto, Gisnburg (1991, p. 1.014-1.022) dedica uma parte da sua pesquisa à análise jurisprudencial de 37 controvérsias históricas acerca de direitos autorais, a partir das quais conclui que: (i) os argumentos das partes sugerem que o regime então estabelecido era inadequado para garantir – e talvez não muito receptivo a – o monopólio do autor; (ii) o que talvez seja a maioria das decisões expressa ou se baseia em outras justificativas, que não o direito natural, para proteger as obras. De fato, não podemos nem contestar nem confirmar as conclusões de Ginsburg sobre a orientação das cortes francesas da época, uma vez que nossa análise jurisprudencial (exposta na próxima seção) foi limitada, restringindo-se ao relato de casos pela doutrina. Ainda assim, chama atenção o fato de Ginsburg não citar números ao estabelecer a orientação do que diz ser provavelmente a maioria dos casos. Voltaremos a esse tema adiante.

não significa, porém, que o legislador revolucionário não tenha incorporado nas normas, ao lado do seu caráter instrumental, aspectos de uma fundamentação jusnaturalista (HESSE, 1990), reconhecendo o caráter sacramental da propriedade e a criação artística como expressão individual.[236]

---

[235] Saunders (1992, p. 89), por meio de sua extensa pesquisa legislativa, doutrinária e jurisprudencial, conclui que as normas da França revolucionária não foram organizadas por princípios de personalidade, mas sim consistiram em uma benesse da sociedade, atribuindo direitos ao autor como retribuição pelo seu trabalho e estímulo para novas criações. Dois dos argumentos dele para chegar a tal constatação são os fatos de: (i) na época ainda não ter surgido o conceito romântico de autoria; (ii) não haver provas da consideração de ideais estéticos por parte dos juristas – em especial, o legislador –, de modo que a acepção de autoria nem é universal (variando de acordo com circunstâncias socioeconômicas e geopolíticas), nem equivale nos campos jurídico e filosófico. Já explicamos no capítulo anterior nosso posicionamento quanto a esses pontos. De resto, assim como Ginsburg (1990) e Strohölm (1966, p. 34), Saunders (1992) critica a leitura da doutrina do final do século XIX em diante, pautada pelo Romantismo e por uma visão centrada no autor, sobre o período Revolucionário, tentando aplicar a essa época a perspectiva dominante da sua própria.

[236] Hesse (1990, p. 126) explica que a proposta final aprovada como o Decreto-lei de 1791 foi uma adaptação de Le Chapelier ao projeto apresentado por Condorcet e Sièyes, em 1790, contendo, porém, um preâmbulo que focou mais nos direitos do público, em vez do autor; enquanto a do Decreto-lei de 1793, também uma adaptação do projeto de Condorcet e Sièyes, só foi aprovada quando os jacobinos tomaram o poder – uma ironia, já que Condorcet e Sièyes, sendo girondinos, foram perseguidos (Ibidem, p. 127-128). A legislação, ela explica, atribuiu ao autor uma propriedade, mas não um direito absoluto, assim refletindo não apenas uma, mas duas correntes do Iluminismo – a jusnaturalista de Diderot (tratando da santidade da criação individual como um direito inviolável) e a utilitarista de Condorcet (segundo a qual o progresso dependia de acesso livre e igual ao conhecimento), sem, no entanto, resolver o conflito epistemológico entre elas (Ibidem, p. 127-130).

Nesse sentido, Le Chapelier (1791, p. 16, tradução nossa), ao apresentar o projeto do Decreto-lei de 13-19 de janeiro de 1791, cunha a famosa frase: "A mais sagrada, a mais pessoal de todas as propriedades é a obra fruto do pensamento de um escritor". No entanto, logo no parágrafo seguinte, ele continua: "Quando um autor divulgou sua obra ao público, quando essa obra está nas mãos de todos, que todos os homens instruídos a conhecem, que aproveitaram das belezas que ela contém, quando confiaram à sua memória os traços mais alegres, parece que, a partir desse momento, o escritor associou o público à sua propriedade, ou antes lha transmitiu inteiramente" (Ibidem, tradução nossa). Também, em passagem anterior: "[...] e ao solicitarem pelos autores e seus herdeiros ou cessionários a propriedade mais integral de suas Obras durante sua vida e cinco anos após sua morte, eles reconhecem, até mesmo invocam, os direitos do público, e não hesitam em jurar que após um período de cinco anos as Obras dos Autores são propriedade pública" (Ibidem, p. 4, tradução nossa).

Em suma, Le Chapelier equilibra tanto a concepção jusnaturalista da propriedade mais sagrada, quanto sua relativização temporal, em prol do acesso ao conhecimento – não obstante, a doutrina costuma se referir apenas à primeira frase, que se refere ao caráter sacramental (crítica apontada por GINSBURG, 1990, como vimos na nota 234). Essa síntese exemplificada por Le Chapelier, para Hesse (1990, p. 130), instável por não resolver o conflito epistemológico (como dissemos) faria o regime sobre as obras artísticas ser contestado e renegociado repetidamente ao longo do período revolucionário.

Já a respeito do Decreto-lei de 1793, a sua apresentação por Lakanal (1838[1793], p. 9, tradução nossa) chama as criações autorais de "[...] a propriedade menos suscetível de contestação, cujo aumento não pode nem ferir a igualdade republicana, nem causar sombra à liberdade [...]". Isso significa que o aumento tem que ser limitado pela igualdade republicana e pela liberdade, ou que seu aumento obrigatoriamente não fere tais princípios? Já em outra passagem diz que: "A impressão pode cada vez menos fazer das produções do escritor uma propriedade pública, no sentido dos corsários literários, porque o exercício útil de sua propriedade, não podendo se fazer de outra forma, resultaria que ele não poderia usá-la, sem perdê-la no mesmo instante" (Ibidem, p. 10, tradução nossa). Ou seja, não dá para inferir se ele prioriza a preocupação pública com o acesso às obras ou a proteção dessa "propriedade menos incontestável" (refletindo, portanto, a ambiguidade argumentada por GINSBURG, 1990, p. 1.006-1.010).

De qualquer forma, a teoria do direito de propriedade continua a ser predominante na jurisprudência[237] e na doutrina francesa durante quase todo o século XIX (LADAS, 1938, p. 5), conforme analisaremos no tópico seguinte. Também no resto da Europa, essa visão vai substituindo na legislação o regime de privilégios, como nos Estados Italianos e Alemães,[238] e na Espanha (KATZ, 2009b, p. 259-260). Nesse contexto, Desbois (1950, p. 263) diz que as leis da época só cuidavam de interesses patrimoniais.

A Revolução Francesa também resulta na abolição dos privilégios de invenção. Até o momento considerado, ambos os regimes vão sendo tratados de maneira semelhante, o que vai se diferenciando ao longo do século XIX, como veremos adiante.[239] Nesse sentido, diz Ladas (1938, p. 8, tradução nossa): "A teoria da 'propriedade' foi muito útil nos séculos XVIII e XIX para a obtenção do reconhecimento universal do direito de autor por causa do 'alto valor' da 'propriedade'".

No final do século XIX, ganham destaque as críticas ao regime de propriedade para tutelar bens autorais, na doutrina e na jurisprudência.[240] As cortes, progressivamente

---

[237] Ladas (1938, p. 6) cita decisão do Tribunal de Cassação Francês, de 1881, que expressamente fala na igualdade entre propriedade literária e artística, e propriedade comum, salvo pela questão temporal.

[238] Katz (2009b, p. 259-260) chama a atenção para o fato de que a teoria da propriedade dos bens imateriais enfrentou fortes resistências nos Estados Alemães, dada a influência do direito romano, segundo o qual o regime de propriedade somente se aplicaria a bens materiais. Ainda assim, segundo o próprio Katz (2009b, p. 259-260) e de acordo com Kohler (apud LADAS, 1938, p. 5, nota 19), essa teoria primeiro se originou na Alemanha, nos séculos XVI e XVIII. Fato é que, na Alemanha, a dinâmica entre a teoria da propriedade e o aspecto personalíssimo dos direitos autorais se desenvolveu de forma diferente do que na França: naquele país, predominou uma visão unificada dos dois, ao passo que neste permitiu-se uma visão dualista (voltaremos a esse ponto no Capítulo 5). Para fins da nossa pesquisa, contudo, tal diferenciação não traz grande importância. Para uma melhor compreensão do surgimento e evolução dos direitos autorais nos Estados Alemães e Italianos: Sganga (2018).

[239] Refutando Ginsburg (cuja opinião relatamos anteriormente), Sganga (2018) chega à conclusão de que, na França revolucionária, a teoria da propriedade serve de ponto de contato entre inspirações jusnaturalistas e utilitaristas (de forma semelhante ao que HESSE, 1990, propõe, como explicamos no tópico 3.1.3); ao passo que, na Inglaterra, "[...] o Estatuto da Rainha Ana não toma posição sobre a natureza dos direitos de autor, e a batalha judicial quanto à existência de um copyright no *common law* conecta a proprietização a argumentos jusnaturalistas e apenas em segundo plano a considerações utilitaristas" (SGANGA, 2018, p. 71, tradução nossa). Segundo ela (Ibidem, p. 72), o que diferenciou a evolução do regime na França em relação ao Reino Unido foram fatores políticos externos, e não teorias filosóficas: os eventos da Revolução Francesa teriam mantido inspirações jusnaturalista e utilitaristas mais próximas; enquanto, na Inglaterra, seu cenário político e a Batalha dos Livreiros (que narramos acima) teriam favorecido a separação dos argumentos. Não obstante, Sganga não explica como o material levantado por ela leva a tais conclusões. Frisamos que sua análise quanto ao copyright se opõe diametralmente ao que analisamos na seção anterior.

[240] Ladas (1938, p. 6) diz que a jurisprudência francesa, nesse sentido, foi muito mais rica que a doutrina (diferentemente do que ocorreu na Alemanha ou na Itália) e cita duas decisões do Judiciário francês, uma de 1887 e outra de 1902, que contestam a natureza de propriedade, admitindo um caráter peculiar aos bens autorais. Sganga (2018, p. 72) argumenta que no Legislativo houve oposições posteriores a essa teoria (além das que já mencionamos), como por Napoleão, ao justificar a limitação temporal dos direitos prevista no Decreto-lei de 5 de fevereiro de 1810 (como resposta a debates acalorados no Conselho de

atribuindo um direito moral[241] quanto a tais criações (GAVIN, 1960, p. 15; SAUNDERS, 1992, p. 103; BITTAR 2013, p. 31),[242] enfrentavam sérias dificuldades para adaptá-lo à teoria da propriedade (LADAS, 1938, p. 6).

Nesse sentido, Ladas (1938, p. 6) ainda comenta que, por volta do ano de publicação de seu trabalho, uma decisão recente do Tribunal do Sena pela primeira vez havia cindido com a teoria da propriedade, seguindo o desenvolvimento na França de uma teoria de duplo direito de autor, composto de um aspecto moral e outro pecuniário, segundo a qual o direito sobre a obra é uma faculdade inerente ao autor. Além disso, menciona uma codificação da legislação autoral na França, proposta por volta de 1936, a qual tratava o direito de autor como um regime *sui generis* (Ibidem).

No tópico seguinte, faremos uma análise de como essas teorias se apresentaram na doutrina e, incidentalmente, na jurisprudência tanto na França como no Brasil, que adotou a tradição do *droit d'auteur*.

3.2 Análise doutrinária

Em nossa pesquisa na Biblioteca Nacional, no Rio de Janeiro; na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo São Francisco); na Biblioteca Nacional Francesa; na plataforma *Primary Sources on Copyright* (<http://www.copyrighthistory.org/>); no *IP Archive* da *Queen Mary University of London* (Reino Unido); e na biblioteca do Instituto de Ciências Políticas de Paris – *Sciences Po* (França), estudamos 61 obras, datadas do período de 1690 a 1950,[243] que versavam ou sobre a história dos direitos autorais, sua natureza jurídica, ou sobre sua aplicabilidade a determinada indústria.[244] Destas, a maioria absoluta – 46 – é francesa,[245] ao passo que

Estado sobre a perpetuidade dos direitos. Disponível no original em: <http://bit.ly/5fevnapoleon>. Último acesso em: 22 nov. 2018), e na tentativa de criação de um Código da Propriedade Literária, rejeitado pelo Conselho de Estado.

241 Mais ligado à lógica jusnaturalista do que à utilitarista que predominara no Legislativo.

242 Para Sganga (2018, p. 72, tradução nossa), o fato de os direitos autorais não terem sido inseridos no Código Civil francês deu ao Judiciário a liberdade para desenvolver a ideia de um direito de personalidade sobre tais obras, na medida em que "[...] os desobrigou de respeitar os dogmas e classificações sistemáticas ditados pela Escola de Exegese, permitindo interpretações criativas fora dos limites das regras moldadas num modelo puramente de propriedade tangível".

243 O recorte de datas se justifica pelo período que consideramos como aquele em que se desenvolveram as teorias modernas da natureza dos direitos autorais.

244 Três das obras analisadas (BOUFFLERS, 1791[1790]; HUARD, 1906; BAILLY, 1915) versam, majoritariamente, sobre a propriedade industrial. Ainda assim, as consideramos em nossos estudos, por analisarem sua relação com os direitos autorais. Da mesma forma, excluímos de nossa pesquisa tratados

apenas cinco foram produzidas no Brasil.[246] Analisaremos aqui esse material, tentando identificar não apenas qual natureza jurídica atribui ao regime autoralista, mas também as questões sociais e econômicas por trás das teorias defendidas.

3.2.1 Natureza jurídica

O primeiro dos materiais que encontramos é um Decreto do Conselho de Estado Francês de 21 de março de 1749,[247] reconhecendo que obras literárias não podem ser apreendidas pelos credores, por serem criações da mente humana. Posteriormente, identificamos 50 trabalhos ou autores que de alguma forma equiparam os direitos de um autor sobre sua obra às demais propriedades (ou a consideram superior às outras), justificando-a, principalmente, como fruto de seu trabalho.[248] Da mesma forma,

---

de direito civil que apenas incidentalmente versassem sobre direitos autorais, dado não ser o escopo central desses trabalhos.

245 Ainda que uma delas (BAILLY, 1915) tenha sido escrita por um brasileiro e se refira especificamente sobre a legislação brasileira, foi publicada na França, no idioma daquele país.

246 Encontramos, também, três obras publicadas na Bélgica, duas na Alemanha, duas na Argentina, duas no Reino Unido, uma nos Estados Unidos e uma em Portugal. Uma vez que tais países estão fora do recorte geográfico adotado nesta pesquisa, não buscamos outros trabalhos publicados nesses países no período considerado, de modo que não é possível tirar conclusões da produção acadêmica referente a direitos autorais em qualquer um deles. Por outro lado, Mouchet e Radaelli (1948, p. 61-62), ao analisarem a produção acadêmica sobre direitos autorais na Argentina, lamentam a escassez de trabalhos no país, dizendo que, desde 1870, a maioria das obras escritas sobre o tema consiste em teses universitárias, enquanto, até 1910 (quando se sanciona a Lei Argentina nº 7.902), apenas 27 trabalhos relevantes sobre o tema haviam sido publicados. Um dos poucos autores brasileiros a escrever sobre o tema no período considerado, Martins (1906, p. 17) acusa uma demora de se aceitar a doutrina autoralista em nosso país, que era vista inicialmente como "[...] utopico producto dos imaginosos juristas alemães". Note-se que consideramos a nacionalidade de acordo com o local de publicação do original e a nacionalidade do autor, ignorando o local de publicação do material consultado, no caso de reimpressões.

247 Disponível em: <http://goo.gl/aKf9uF>. Último acesso em: 8 jul. 2016.

248 D'Héricourt (1726, p. 2), Diderot (1763, p. 22), Linguet (1777, p. 29-31), Pluquet (1778, p. 3-6), Mémoire... (1790), Boufflers (1791[1790], p. 3), Hell (1791, p. 4), Mirabeau (apud PETITION..., 1791, p. 32), Beaumarchais (1826[1791], p. 197), Balzac (1834, p. 64), Bossange (1836, p. 1), Laplagne-Barris (apud CALMELS, 1856, p. 50), Didot ([1836?], p. 3), Gastambide (1837, p. 277), Jobard (1837, p. 3), Lakanal (1838[1793], p. 9), Delasalle (1852, p. 3), De Molinari (1853, p. 473), Kant (1853[1797], p. 133), Calmels (1856, p. 45), Auger (apud Ibidem, p. 41), Cousin (apud Ibidem, p. 50), Lacan (apud Ibidem, p. 47), Lafarrière (apud Ibidem, p. 43), Lamartine (apud Ibidem, p. 35), Nion (apud Ibidem, p. 47), Laboulaye (1858, p. XII), Breulier (apud Ibidem, p. XXII), Commettant (apud Ibidem), Talfourd (apud Ibidem, p. XXIV), Villemain (apud Ibidem, p. XVII), Hetzel (1860, p. 7), Da Champagnac (apud Ibidem, p. 50), Duval (apud Ibidem, p. 17), Lemercier (apud Ibidem, p. 15), Victor Hugo (apud Ibidem, p. 58), Modeste, Passy e Paillotet (apud DUPUIT, 1861, p. 46), Bastiat (1862[1847], p. 332), Comité... (1862a, p. 6; e 1862b, p. 3), Garnier (1873, p. 699); Alloury (apud Ibidem, p. 702), Karr (apud Ibidem, p. 699); Société... (1879, p. 4), Chagas (1879, p. 25), Thomas (1894, p. 10-12), Ferreira (apud PEDROSO, 1918, p. 16), Hegel (1997[1821], p. 66-68) e Alencar (2004[1883], p. 46-56), além do Príncipe L. Napoleão, em carta a Jobard, em 1844 (apud THOMAS, 1894, p. 19, nota 2). Boufflers (1791[1790], p. 3), na verdade, escreve sobre as invenções, mas afirma uma propriedade sobre o pensamento em geral.

encontramos menção a, pelo menos, 14 decisões judiciais na França, entre 1802 e 1888, que estabelecem o paralelo entre propriedades autoral e ordinária.[249]

Por sua vez, nove trabalhos ou autores[250] e três decisões judiciais[251] mencionadas referem-se expressamente aos direitos sobre as obras como um direito natural; 18 autores[252] lhe atribuem caráter sacramental;[253] ao passo que também 18 os relacionam de alguma forma à personalidade de seu criador.[254]

---

[249] Decisões do Tribunal do 3º *arrondissement*, de 25 de maio de 1793 (apud GINSBURG, 1990, p. 1.017-1.108); do Tribunal do 1º *arrondissement*, de 19 *nivôse* do ano II, equivalente ao ano de 1794 (apud Ibidem, p 1.018-1.109); do *Bureau Criminel*, de 21 de *nivôse* do ano VII, equivalente ao ano de 1799 – cf. manifestação do promotor do caso (apud Ibidem, p. 1.016); do Tribunal de Cassação, de 12 do *prairial* do ano XI, equivalente ao ano 1802 (apud HUARD; MACK, 1891, p. 130), de 29 *prairial* do mesmo ano (apud Ibidem, p. 133), e de 16 de agosto de 1880 (apud HUARD; MACK, 1891, p. 46); do Tribunal de Paris, de 6 de maio de 1834 (apud Ibidem, p. 101), de 23 de julho de 1836 (apud Ibidem, p. 101), e de 18 de junho de 1883 (apud Ibidem, p. 138); do Tribunal do Sena, de 26 de julho de 1837 (apud Ibidem, p. 45-46) e de 9 de fevereiro de 1870 (apud Ibidem, p. 103); do Tribunal de Burgos, de 14 de junho de 1844 (apud Ibidem, p. 110); da Câmara de Consultas, de 16 de outubro de 1880 (apud DESBOIS, 1960, p. 267); e do Tribunal de Apelação de Alexandria, de 18 de agosto de 1888 (apud THOMAS, 1894, p. 15).

[250] Portalis, em sessão do Conselho de Estado francês de 25 de novembro de 1809 (apud LOCRÉ,1819, p. 88), Bossange (1836, p. 1), Jobard (1837, p. 3), Laboulaye (1858, p. XXVI), Bastiat (1862[1847], p. 332) – dizendo que ela pertence ao direito comum –, Morillot (1878, p. 126-127) – apesar de apenas atribuir esse caráter ao direito moral de autor, Devolder (apud VELHO, 1886, p. 14), e Thomas (1894, p. 15), além do memorial apresentado em 1790 à Assembleia Nacional Francesa, em nome dos portadores de privilégios de diversas liturgias (MÉMOIRE..., 1790).

Uma série de outros autores, porém, sem mencionar expressamente um direito natural, justificam a exclusividade sobre as obras por serem "fruto do trabalho", como mencionado anteriormente. Ainda antes da legislação revolucionária, Linguet (1777, p. 27) chamava o privilégio dos livreiros de reconhecimento pela autoridade pública da propriedade do autor. Em igual sentido, Mirabeau (apud PETITION..., 1791, p. 32) fala que as descobertas da indústria e da arte foram propriedade antes de assim o serem declaradas. Da mesma forma, Hell (1791, p. 4), ao propor um projeto de lei para a matéria, diz que o direito de "propriedade" do autor, por mais que não estivesse positivado (como vimos, a primeira lei francesa é de 1793), decorreria da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Interessante também é a opinião de Lamartine (apud LABOULAYE, 1858, p. XX) escrevendo em nome da Comissão Legislativa de 1841 para revisão da Lei Autoral. O poeta diz que, como filósofos, os membros da Comissão concluiriam por se tratar de um direito natural; no entanto, como legisladores, seu papel seria outro. Nesse sentido, Laboulaye (1868, p. XII) critica o descompasso existente entre o discurso e a legislação, dizendo que o legislador não se debruçou a fundo sobre a natureza do instituto (Ibidem, p. XII). Essa argumentação parece consoante com a hipótese de autores como Saunders (1992), que, conforme explicamos nas notas 21 e 235, não vê equivalência obrigatória entre conceitos nos campos filosófico e jurídico.

[251] Decisões do *Bureau Criminel*, de 21 *nivôse* do ano VII, equivalente ao ano de 1799 – cf. manifestação do promotor do caso (apud GINSBURG, 1990, p. 1.016); do Tribunal de Paris de 8 de dezembro de 1853 (apud HUARD; MACK, 1891, p. 44); e do Tribunal de Apelação de Alexandria de 18 de agosto de 1888 (apud THOMAS, 1894, p. 15).

[252] Linguet (1777, p. 31); Le Chapelier (1791, p. 16), Hell (1791, p. 4), Beaumarchais (1826[1791], p. 197), Comité... (1826b, p. 13), Balzac (1834, p. 64), Bossange (1836, p. 1), Jobard (1837, p. 3), Blanc (1838, p. 266); Delasalle (1852, p. 11), Calmels (1856, p. 36), Nion (apud Ibidem, p. 47), Victor Hugo (apud HETZEL, 1860, p. 58), Chagas (1879, p. 50-51), Bailly (1915, p XXI) – que atribui o caráter sacramental também à propriedade industrial –, e Ferreira (apud PEDROSO, 1918, p. 16). Em igual sentido, Didot ([1836?], p. 3) a chama de a mais legítima e mais individual de todas as propriedades; Bossange (1836, p. 5), de a que merece mais proteção; e Lakanal (1838[1793], p. 9), Nion (apud CALMELS, 1856, p. 47), Laboulaye (1858, p. XII) de a menos suscetível de questionamentos ou a mais incontestável – nesse

Ao menos nove trabalhos[255] publicados até 1906 consideram a existência nos direitos do autor de um aspecto moral ao lado da questão patrimonial, dentre os quais tem destaque Kant (1853[1797]).[256] Ainda no século XVIII, o filósofo alemão fala numa

sentido, este último a chama, não obstante, de a menos protegida, pela sua temporalidade (ponto criticado por parte da doutrina, como veremos adiante).

253 Costuma-se (LAHORGUE NUNES, 2011, p. 5) atribuir essa visão sacramental a Le Chapelier (1791, p. 16, tradução nossa), ao cunhar a famosa frase a que nos referimos na nota 236: "A mais sagrada, a mais pessoal de todas as propriedades é a obra fruto do pensamento de um escritor". No entanto, encontramos essa mesma expressão em Linguet (1777, p. 31) e em memorial apresentado à Assembleia Nacional Francesa, em nome dos portadores de privilégios de diversas liturgias, que já em 1790 utilizava essa expressão (MÉMOIRE..., 1790). De igual maneira, ressaltamos a observação que fizemos no tópico anterior, quanto ao fato de a frase de Le Chapelier constantemente ser tirada de contexto, dando a impressão de que, ao final, ele desse maior preponderância a argumentos jusnaturalistas do que utilitaristas.

254 Gastambide (1837, p. 47), Didot ([1836?], p. 3), Kant (1853[1797], p. 133), Calmels (1856, p. 36), Lafferière (apud Ibidem, p. 43), Lamartine (apud Ibidem, 1856, p. 35), Auger (apud LABOULAYE, 1858, p. XIV), Morillot (1872, p. 30), Rivaroza (1887, p. 21-22), Thomas (1894, p. 9), Huard (1906, p. 550), Martins (1906, p. 14), Barreto (apud Ibidem, p. 10), Bevilaqua (apud RODRIGUES, Ibidem, p. 11), Coelho (apud Ibidem), Copper (apud PEDROSO, 1918, p. 345-347), Hegel (1997[1821], p. 66-68) e Chevalier (apud GALVEZ-BEHAR, 2005, p. 10 – originalmente em 1862). Lafferière, supracitado (apud CALMELS, 1856, p. 43), fala mesmo em uma propriedade não transmissível e inalienável, antecipando essas características que seriam atribuídas aos direitos morais de autor (cf. mencionaremos a seguir); no entanto, esse argumento é convenientemente sucedido de sua defesa quanto à utilidade social das obras. Assim, portanto, o argumento da individualidade da criação parece usado para corroborar a posição de que as obras devem cair em domínio público a partir do falecimento do autor, não se transmitindo os direitos aos seus herdeiros. Em sentido oposto, Bossange (1836, p. 1) diz que a propriedade literária é não menos alienável que a comum. De resto, uma decisão do Tribunal de Paris, de 2 de agosto de 1834 (mencionada por CALMELS, 1856, p. 79), atribui a proteção autoral a modelo para aplicação em relevo, por permitir reconhecer "a origem e individualidade" da criação. Mencionaremos essa decisão no tópico 3.2.3.

255 Hell (1791, p. 6), Balzac (1834, p. 71-73), Didot ([1836?], p. 6), Delasalle (1852, p. 12), Kant (1853[1797], p. 133), Lamartine (apud CALMELS, 1856, p. 35), Comité... (1862a, p. 15), Morillot (1872, p. 31) e Martins (1906, p. 14). A opinião de Hetzel (1860, p. 7) é curiosa, ao falar em um direito moral não do autor, mas da sociedade (em contraposição ao direito material daquele), se referindo ao interesse que o público tem no acesso à obra. Também Bossange (1856, p. 23) sugere, como forma de se tutelar a integridade da obra, que se conceda ao autor um direito de exclusividade por 10 anos após publicação – tempo para que ele possa fazer alterações em seus escritos.

256 Segundo Sganga (2018, p. 23), para Kant, o mecanismo pelo qual um homem ocupa recursos externos e adquire sua propriedade não está relacionado ao trabalho (tal como propõe Locke, conforme vimos na nota 185), mas sim com a expressão externa de sua personalidade de uma forma material e perceptível. Sendo inalienável tal direito, o que o editor celebra com o autor é uma espécie de contrato de locação, e não de compra e venda da obra. Já Hegel (1997[1821], p. 44-53), também divergindo de Locke, atribui à personalidade, e não ao trabalho, a fundamentação de toda e qualquer propriedade. Isso porque, "[n]o seu processo de evolução, a vontade está em permanente luta por autorrealização, o que pode ser atingido somente se a vontade subjetiva se converte em objetiva e se torna personalidade. Para esse fim, a vontade tem que apropriar porções materiais do mundo, transformando-as em manifestações externas do *self* ao apoderar-se delas, ao formatá-las ou ao clamando propriedade sobre elas" (SGANGA, 2018 p. 23). Assim, diferentemente de Locke, para Hegel a justificativa da propriedade está na externalização da vontade como experiência da personalidade. Essa argumentação foi (e ainda é) estendida ao campo da propriedade intelectual e, especificamente quanto aos direitos autorais, usada para justificar o seu aspecto moral.

Locke, Kant e Hegel compõem a "santíssima trindade" da justificativa filosófica da propriedade intelectual. Como demonstramos ao longo deste capítulo, a fundamentação jusnaturalista não é, contudo, a única: há também, por exemplo, argumentos de ordem utilitária, econômica (como exploraremos no Capítulo 5) e de planejamento social e justiça distributiva (que serão abordados por vezes aqui, mas não

separação entre direito real sobre o suporte mecânico e direito pessoal do autor sobre a obra (Ibidem, p. 133).[257] Apesar de, em 1791, Hell já ter proposto essa dupla faceta, o reconhecimento de direitos morais vai se tornando mais presente no decorrer do século XIX, consolidando sua projeção internacional até a primeira metade do século XX (LADAS, 1938, p. 580).[258]

Na jurisprudência, encontramos menção às decisões do Tribunal Civil do Sena de 6 de abril de 1842 e 5 de janeiro de 1845, que, segundo Gavin (1960, p. 17), fazem um reconhecimento embrionário da teoria do direito moral, na medida em que expressamente dizem existir, além do interesse pecuniário sobre a obra, um interesse na reputação do autor. No mesmo sentido, na decisão da Corte de Burgos de 14 de junho de 1844 (apud HUARD; MACK, 1891, p. 110), vemos o autor ser tratado como proprietário exclusivo do direito moral e abstrato que possui sobre seu pensamento manifestado por meio da impressão da obra. Por sua vez, a inalienabilidade do direito moral vai sendo reconhecido na jurisprudência do final do século XIX, primeiramente de forma obscura em decisão do Tribunal Civil do Sena, de 11 de dezembro de 1899, e de forma mais clara, mas ainda implícita, em decisão da Corte de Cassação, de 25 de junho de 1902 (apud GAVIN, 1960, p. 254).[259]

A esse respeito, é interessante o que Strömholm (1966, p. 35)[260] – talvez o doutrinador que tenha se dedicado em mais detalhes ao tema do direito moral até hoje – explica acerca dos surgimento e evolução desse instituto. Segundo ele, o regime não apresenta uma unidade em sua origem – mas sim um longo trabalho de síntese da jurisprudência –, nem surge para proteger um interesse específico (Ibidem, p. 52). De

---

compõem o tópico central deste trabalho). Para um resumo dessas principais justificativas, vide: George (2012, p. 341-349) e Sganga (2018). Para leituras mais aprofundadas sobre os fundamentos da propriedade intelectual: Hughes (1988), Hettinger (1989), Fisher (2001), Merges (2011) e Drahos (2016).

257 Hegel (1997[1821], p. 66) também faz essa distinção, que, por consequência, se desdobra no que chama de um direito de capital de exploração sobre a obra, pertencente ao autor independentemente de o suporte mecânico ter sido alienado.

258 Interessante, porém, que, segundo Delasalle (1852, p. 12-13), a propriedade literária sempre existiu em todas as sociedades, mudando apenas a necessidade de formalidades, mas, até o século XV, protegia apenas o aspecto moral, uma vez que, até o século XIX, era a glória, e não a fortuna, a principal motivação dos autores. Em igual sentido, Ladas (1938, p. 577): "muito antes do interesse pecuniário do autor na sua obra ser reconhecido, seu interesse moral já era percebido". A esse respeito, vide comentário anterior nosso acerca do uso dos privilégios de impressão para tutelar a reputação do autor.

259 A ideia de imprescritibilidade vem mais tarde, em decisões do Tribunal de Paris, de 28 de janeiro de 1932, e do Tribunal Civil do Sena, de 6 de abril de 1949. O direito à integridade, por sua vez, já podia ser visto, ainda que de forma embrionária, em Diderot (1763, p. 24).

260 Que, apesar de estar fora do recorte temporal da nossa pesquisa, traz uma elucidação importante sobre a história dos direitos morais.

forma geral, sustenta também que a tutela dos direitos morais foi a expressão jurídica de certa concepção artística: isto é, que um traço de personalidade numa obra vale mais do que a pura técnica (Ibidem, p. 37-38). Assim, relaciona a origem desse regime ao conceito de arte predominante da época, tal como explicamos no capítulo anterior.

A atribuição de uma natureza de personalidade aos direitos sobre as obras acaba por se conectar com a discussão acerca da sua temporalidade. Isso porque, de um lado, em sendo um direito sagrado, natural seria que fosse tão ou mais protegido do que a propriedade ordinária. De outro, em sendo algo intrinsicamente ligado ao indivíduo, pode-se entender que deveria se extinguir a partir de seu falecimento. Nessa linha, não constatamos um consenso quanto à perpetuidade desse regime, prevista no Decreto 5, de 1777, já mencionada.

Contrariamente à temporalidade, citamos decisão da Corte de Cassação de 12 *prairial* do ano XI – equivalente ao ano de 1802 (apud HUARD; MACK, 1891, p. 130, tradução nossa):

> A duração limitada do direito não é um princípio fundamental em matéria de propriedade literária. A propriedade literária é, em princípio, uma propriedade de direito comum, que não foi criada, mas somente regulamentada, pela lei de 1793 e por todas aquelas relacionadas. Se as disposições se tornam inaplicáveis em determinado caso, nos voltaremos ao direito comum e a propriedade deverá ser considerada como perpétua.

O Comité de l'Association pour la Défense de la Propriété Littéraire (1862a, p. 29) diz haver quem argumente que a perpetuidade favoreceria os especuladores, em detrimento dos autores, que venderiam suas obras a um preço mínimo, mas refuta expressamente essa ideia. Diz, ainda, que os editores tinham pouco interesse na propriedade perpétua, ainda que os beneficiasse (Ibidem, p. 29), e que a proteção eterna seria uma questão de justiça e dignidade para os escritores e artistas (Ibidem, p. 32).[261]

[261] Encontramos outros 15 autores favoráveis à perpetuidade: Linguet (1777, p. 30), De Molinari (1853, p. 476-477), Laboulaye (1858, p. XIII), Auger (apud Ibidem, p. XV), Mareschal (apud Ibidem, p. XIII), De Champagnac (apud HETZEL, 1860, p. 50), Modeste, Passy e Paillotet (apud DUPUIT 1861), Bastiat (1862[1847], p. 338), Garnier (1873), Cousin (apud Ibidem, p. 701), Macaulay (apud Ibidem), Molowski (apud Ibidem) e Alencar (2018[1883], p. 46-56). Nesse sentido, De Molinari (1853, p. 476-477) diz que limitações do direito de cópia privilegiam a literatura ruim, pois esta venderia mais no curto prazo do que a boa literatura, obrigando os escritores a procurarem outras profissões. Em sentido semelhante, Bastiat (1862[1847], p. 338) argumenta que, quanto mais curto o direito de exclusividade, mais rápido os escritores e editores vão querer lançar novas obras, prejudicando a qualidade da literatura – Chagas (1879, p. 35-36), no entanto, contesta essa afirmação, dizendo que autores comerciais pouco se beneficiam do direito de reimpressão por suas obras serem efêmeras. Já dois outros autores apresentam opiniões peculiares, que não nos permitem colocá-los na relação acima. Bossange (1836, p. 5) critica a

Mais ainda, o relatório critica a adoção de um regime particular de propriedade, pois defende que só se pode aceitar ou negar a propriedade literária sob o regime comum (COMITÉ..., 1862a, p. 9-10).

De outro lado, identificamos 14 autores que apoiam a temporalidade da proteção,[262] iniciando-se por Locke (1830[1649], p. 386-387), que sugere um prazo de 50 a 70 anos após a morte do autor ou a publicação da obra. Villemain (apud LABOULAYE, 1858, p. XVIII), por sua vez, diz que a perpetuidade iria contra os interesses do autor, por restringir a circulação das obras. Na mesma linha, Pouillet acredita que a perpetuidade só beneficia os editores, não evitando que os autores morram na miséria (apud PEDROSO, 1918, p. 93). Já Locré (1819, p. 18-19), ao transcrever sessão do Conselho de Estado Francês, de 2 de setembro de 1808, relata a fala de um dos membros do órgão (não expressamente identificado), segundo o qual a perpetuidade do direito teria alguns inconvenientes, como a sua dispersão entre os herdeiros do autor, ao longo do tempo. Gastambide (1837, p. 18-20) cita outra razão prática: o fato de as criações geralmente darem mais retorno financeiro em um período curto após sua publicação. Calmels (1856, p. 39) diz que a temporalidade equilibra o interesse de todas as partes envolvidas com a obra: autor, editor e sociedade. Por fim, Morillot (1878, p. 121, tradução nossa)[263] acrescenta outro motivo de ordem pragmática:

Lei por estabelecer a temporalidade, mas concorda que a exclusividade perdure pela vida do autor, após a qual caberia uma compensação perpétua aos herdeiros. Já Blanc (1847, p. 337) se posiciona contra o reconhecimento de um direito de propriedade (como mencionaremos adiante), uma vez que acredita que o conhecimento deva ser de livre acesso. Por outro lado, diz que, se é para considerar a existência de uma propriedade literária, que ela seja perpétua.

[262] Le Chapelier (1791, p. 16), Locré (1819, p. 18-19), Morillot (1878, p. 117), Gastambide (1837, p. 47), Calmels (1856, p. 39), Barthélemy (apud Ibidem, p. 50), Nion (apud Ibidem, p. 47), Lamartine (apud LABOULAYE, 1858, p. XIX), Villemain (apud Ibidem, p. XVIII), Hetzel (1860), Victor Hugo (apud Ibidem, p. 59), Picard (1881, p. 581), Herculano (apud PEDROSO, 1918, p. 16) e Pouillet (apud PEDROSO, 1918, p. 93). Nesse sentido, Hetzel (1860) propõe um domínio público pago após a morte do autor, de forma que qualquer um possa reproduzir sua obra, desde que pague um valor a seus herdeiros. Já Victor Hugo, em carta a Hetzel (Ibidem, p. 59), concorda com essa ideia e diz preferir um domínio público gratuito a um monopólio de 50 anos após o falecimento do autor. Hetzel (Ibidem, p. 26) diz também que a Comissão de 1825 composta para discutir a reforma da Lei Autoral (incluindo entre seus membros Picard, Didot e Renouard) reconheceu o princípio da propriedade perpétua, mas não encontrou meios de aplicá-la. Como mencionamos na nota 285, Lamartine (apud LABOULAYE, 1858, p. XX), escrevendo em nome da Comissão Legislativa de 1841 para revisão da Lei Autoral, diz que, na condição de filósofos, os membros da Comissão concluiriam pela perpetuidade; mas, em exercendo ali o papel de legisladores, sua conclusão seria pela temporalidade. Da mesma forma, Galvez-Behar (2005, p. 6) diz que a Comissão de 1861 para revisão da legislação autoralista, nomeada por Napoleão III, aprovou a propriedade perpétua; a qual, no entanto, foi barrada pelo Conselho de Estado.

[263] Segundo Gavin (1960, p. 60), Morillot foi o primeiro a construir um estudo sistemático do direito de autor, ao lado de Lebret, Pierre Masse, Rault e Gheorghiu-Vieru.

> Se não há perpetuidade, pode haver diferença de prazo de proteção, de acordo com as necessidades específicas do gênero de remuneração que é possível com cada obra e com o grau de importância e dignidade; se há propriedade perpétua, tem que ser perpétua para todos os tipos de obras.

A defesa do prazo limitado da proteção parece levar ao questionamento de se os direitos dos autores sobre as obras seriam, de fato, direito de propriedade. Nesse sentido, Morillot (1872, p. 112-116) nega-lhe tal caráter, já que, uma vez publicada a obra, não há direito de exclusivo, mas um direito de gozo exclusivo parcial (Ibidem, p. 112-116). Também, a violação ao direito de exclusivo pode ocorrer em qualquer país, sendo a nacionalidade da obra meramente ficcional, dado seu caráter imaterial, diferentemente do que ocorre com a propriedade (Ibidem, p. 117). Além disso, é um direito temporal ou, mesmo que se considere sua perpetuidade, que não pode ser exercido constantemente (Ibidem). Fala também que as legislações francesa, alemã e italiana não abarcaram a teoria da propriedade (essas duas últimas, inclusive, rejeitariam esse termo); que a lei norueguesa não aceita o termo "propriedade" como técnico; e que somente lei mexicana adotou o conceito de propriedade perpétua (Ibidem, 1872, p. 119-120).

Seja pelo aspecto moral, seja pela temporalidade e pela ubiquidade do direito, vai-se percebendo uma dificuldade de se enquadrarem os direitos autorais (e também a propriedade industrial, no que diz respeito à duração da exclusividade) tanto na categoria de propriedade,[264] como nas demais classificações de direitos utilizadas até então. Nessa linha, encontramos 11 autores que criticam o enquadramento dos direitos sobre as obras como regime de propriedade.[265] Um exemplo emblemático é o trabalho de Picard (1881, p.

---

[264] Apesar de alguns autores entenderem que a perpetuidade e a ausência de limitação ao território nacional não seriam características essenciais da propriedade, como Gastambide (1837, p. 702), para quem o cerne daquele instituto consiste nos direitos de gozo e destruição – ambos presentes na chamada propriedade literária. Na mesma linha, outros autores falam em uma propriedade com limites (COUSIN apud CALMELS, 1856, p. 50; e ALLOURY apud GARNIER, 1873, p. 702), diferentes da ordinária (LAPLAGNE-BARRIS apud CALMELS, 1856, p. 50), ou com características apagadas por contrato com a sociedade Lacan (apud Ibidem, p. 48).

[265] Condorcet (1804[1776]), Calmels (1846, p. 29), Hen (1851, p. 9) – dizendo se tratar de monopólio de exploração –, Berville (apud Ibidem, p. 9-11, nota 1), Durand (apud Ibidem), Lhebert (apud Ibidem), Portalis (apud Ibidem) – este último, sugerindo a classificação como um direito *sui generis* –, Morillot (1872, p. 112-116), Picard (1881, p. 565) e Thomas (1894, p. 18-19). Dois outros autores criticam a classificação como propriedade por serem contrários a uma apropriação do conhecimento: Blanc (1847, p. 337) e Guizot (apud HEN, 1851, p. 9). Blanc (1847, p. 337), por exemplo, defende que, se a propriedade conflita com o interesse social (motivo para a sua limitação temporal e espacial), não haveria por que reconhecê-la; e, se não conflita, não haveria por que limitá-la (Ibidem, p. 337). Um dos primeiros socialistas, Blanc chega a chamar a propriedade literária de roubo, uma vez que, em sendo a sociedade quem atribui valor às obras, garantir-lhe propriedade seria furtá-la da coletividade (Ibidem, p. 334-335). Nessa linha, ele sugere um sistema público de recompensa aos autores (modelo esse ainda proposto hoje em dia como alternativa à propriedade intelectual, conforme veremos no Capítulo 6). Em sentido

565), ao criticar o termo "propriedade intelectual" para denominar esses direitos que chama de especiais. O autor belga coloca lado a lado as criações autorais e industriais, aglutinando-as sob o gênero dos direitos intelectuais, categoria essa que propõe acrescentar à divisão tripartite clássica do direito romano (Ibidem, p. 565-567). Ademais, defende uma regulamentação própria para a matéria, por considerar que os direitos do autor não acabam quando este aliena sua obra (Ibidem, p. 583). Por fim, considera que são os próprios artistas, em geral, que defendem a aplicação do regime de propriedade (Ibidem, p. 584).

Thomas (1894, p. 18-19) também relata a dificuldade de enquadramento da propriedade literária nas categorias já existentes do direito romano. Da mesma forma, critica o termo propriedade *sui generis* (Ibidem, p. 21) e menciona diferenças entre direito do autor e propriedade ordinária: a inapropriabilidade da obra e diferenças nas prerrogativas de proprietário e autor, como, por exemplo, o fato de o gozo do bem ser privativo na propriedade ordinária, ao passo que no direito de autor o gozo é comum a todos (Ibidem). Mais ainda, para Thomas (1894, p. 31), todas as garantias resultantes das leis relativas à propriedade literária e artística são compreendidas dentro da vasta categoria dos direitos humanos.[266]

Martins (1906, p. 1), por sua vez, faz distinção entre o direito autoral do começo do século XX e aquilo que se chamava de propriedade literária, na medida em que este se limitava ao domínio econômico do escritor sobre sua obra, restrita a um rol menor de bens.

Na jurisprudência, encontramos a decisão da Corte de Paris de 8 de dezembro de 1888 (apud HUARD; MACK, 1891, p. 44-45, tradução nossa), que diz:

> Os direitos de autor e o monopólio que eles conferem são designados, tanto na linguagem usual como na linguagem jurídica, sob o nome de propriedade. Longe de constituir uma propriedade como aquela que o Código civil definiu e organizou para os bens móveis e imóveis, eles concedem ao seu titular privilégio exclusivo de uma exploração temporária.

contrário, porém, Garnier (1873, p. 704) alerta que um sistema de remuneração governamental pode dar margem a arbitrariedades (tópico que abordaremos no capítulo mencionado – também veremos na nota 332 que CHAGAS, 1879, p. 35-36, apresenta os mesmos argumentos para contestar sistema semelhante proposto por Herculano, apud Ibidem).

[266] A classificação dos direitos autorais como direitos de personalidade e direitos humanos traz uma série de problemas na atualidade, como veremos no Capítulo 5.

Já decisão da Justiça de Paz de Abbeville, de 25 de maio de 1888 (apud HUARD; MACK, 1891, p. 45), defende que o direito de autor é menos um verdadeiro direito de propriedade do que um monopólio.

Nesse sentido, Velho (1886, p. 13) diz que a natureza e a extensão do direito de autor têm sido objeto de controvérsia entre juristas e legisladores. Da mesma forma, é importante o ensinamento de Martins (1906, p. 14): "De qualquer paiz que seja estudada a legislação referente ao direito autoral, nao se póde consideral-a como definitiva: todas conjunctamente ou cada uma de per si, apresentam os caracteristicos de medidas transitorias".

Em suma, o que se inicia como um reconhecimento pela doutrina como um verdadeiro direito de propriedade,[267] vai-se firmando, dadas as suas características peculiares (as quais mencionaremos no Capítulo 5), em uma classificação autônoma, que a divide entre um aspecto patrimonial e um aspecto moral. Observe-se, no entanto, que esse questionamento é levantado não somente no que se refere às obras artísticas, científicas e literárias, mas também ao regime da propriedade industrial.[268] Como mencionamos no tópico 3.1, até o século XIX, ambas as matérias eram reguladas da mesma forma, por meio dos privilégios concedidos pelo Estado Absolutista. Conforme veremos a seguir, porém, a doutrina e o legislador trataram de diferenciar as características típicas dos dois institutos.

---

[267] O que não significa que não houvesse questionamentos quanto à natureza do direito de propriedade desde sua origem, tal como relatamos na seção anterior. Encontramos tal crítica, por exemplo, em Condorcet (1804[1776]).

[268] Isso na tradição continental do *droit d'auteur*. No sistema anglo-saxão (o que inclui os Estados Unidos e países do *Commonwealth*), tanto os direitos autorais como a propriedade industrial ainda são tidos como direitos de propriedade (o que se verifica, por exemplo, na *section* 1(1) do *Copyright, Designs and Patents Act* britânico, de 1988, atualmente vigente). Há duas hipóteses principais de por que esse tratamento ainda persiste. A primeira atribui a causa a uma origem mais baseada em justificativas utilitaristas e lockeanas da propriedade intelectual tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos, em oposição ao panorama francês (SAMUELSON, 2005, p. 4). Ao longo desta seção, contudo, pudemos identificar a presença de alguns argumentos de ordem personalíssima no surgimento do copyright, bem como fundamentos de ordem instrumental do *droit d'auteur* (que mencionaremos novamente no tópico 3.2.5). A segunda hipótese se baseia na existência de um conceito mais amplo de propriedade no *common law*, sendo uma espécie de feixe de direitos (*bundle of rights*), que admite uma espécie de customização (isto é, a retirada de determinadas faculdades ou "feixes"), sem desconfigurar o instituto (DUSOLLIER, 2019). Nessa linha, Dusollier (2019, p. 24, tradução nossa) argumenta que abraçar a ideia da propriedade intelectual como propriedade pode ser uma forma de conciliá-la com a diversidade de interesses e fundamentos que envolve: "Em vez de trazer confusão e insegurança, a diversidade irredutível dos regimes de propriedade, dos quais as propriedades intelectuais são uma ilustração, poderia ajudar a fornecer um quadro normativo alternativo, mais capaz de capturar a situação específica e as necessidades de proteção dos ativos intangíveis, cujo destino é escapar a única reserva do seu proprietário para circular e ser apreciado por muitos". De forma contrária, como veremos na nota 567, Lemley (1997) e Bently (2008) apontam a ideologia da propriedade como um dos culpados pela expansão da propriedade intelectual, privilegiando os titulares dos direitos.

3.2.2 Diferenças em relação à propriedade industrial

Curiosamente, até o início do século XX vemos 15 autores igualarem as "propriedades" literária e industrial. Desses, seis usam a mesma argumentação que, conforme analisamos no tópico anterior, foi adotada para o regime autoralista: três dos quais falam de um direito natural do inventor sobre seu trabalho,[269] enquanto outros quatro chegam a reproduzir o discurso sobre uma propriedade sacramental.[270] Do restante, dois reconhecem a mesma natureza jurídica ou as mesmas faculdades para ambas;[271] quatro tratam os objetos sobre os quais recaem genericamente como "invenções"[272] ou "criações do espírito";[273] e mais dois igualam autores a inventores.[274] Dentre todos os citados acima, porém, três reconhecem que, apesar da essência ou natureza jurídica comum, a legislação impõe diferenças entre os dois institutos.[275] Por sua vez, destes, apenas dois defendem expressamente a superação dessas distinções e o tratamento igual entre os dois institutos.[276]

De outro lado, 12 autores estabelecem uma divisão entre as duas categorias.[277] Uma parte o faz ao separar arte de indústria (MAIE apud CALMELS, 1856, p. 43),

---

[269] Boufflers (1791[1790]), Lebrun (apud CALMELS, 1856, p 50) e Alloury (apud GARNIER 1873, p. 702).

[270] Turgot (apud BLANC, 1838, p. 11-12), Bethmont (apud CALMELS, 1856, p. 48), Coquelin (apud DUPUIT, 1861, p. 28-29) e Bailly (1915, p. XX). Observe-se que Bethmont, supramencionado, não chega a falar em propriedade sagrada, mas o colocamos na lista por mencionar uma ligação personalíssima entre o invento e seu autor, tal como o discurso adotado nos direitos autorais, cf. vimos na seção anterior.

[271] Morillot (1878, p. 111) e Huard (1906, p. 4).

[272] Jobard (1837, p. 2) e Laplgane-Barris (apud CALMELS, 1856, p. 51).

[273] Didot ([1836?], p. 6) e Calmels (1856, p. 33).

[274] Lesenne (apud CALMELS, 1856, p. 47-48) e Dupuit (1861, p. 30-31). Além deles, Bailly (1915, p. XXI) – que, como mencionamos na nota 252, atribui um caráter sagrado à propriedade industrial – identifica uma semelhança entre autor e inventor, no sentido de que ambos precisam comercializar suas obras e ter lucro. Dessa forma, ele vai de encontro ao princípio que verificamos no capítulo anterior, de separação entre artista e comércio de sua obra. Por sua vez, Galvez-Behar (2005, p. 6-7) traz exemplos de escritores, como Balzac, que tentariam, por meio da criação de personagens arquetípicos do inventor, colocá-los no mesmo patamar social dos autores, reforçando a ideia de solidariedade e interesse comum entre os dois grupos. Não obstante, logo em seguida Galvez-Behar (2005, p. 8) menciona passagem em que o próprio Balzac diferencia as duas categorias.

[275] Calmels (1856, p. 33), Morillot (1878, p. 111) e Bailly (1915, p. XX).

[276] Calmels (1856, p. 33) e Bailly (1915, p. XX). No Capítulo 6, analisaremos se essa alternativa poderia ser usada como solução para a problemática central deste trabalho.

[277] Alguns doutrinadores chegam a propor uma distinção entre a propriedade literária e a artística: "A propriedade artística se assemelha à literária, mas não se confundem, na medida em que dois exemplares de um livro são iguais, mas dois quadros, nunca" (RIVAROZA, 1887, p. 22, tradução nossa). No mesmo sentido: Comité... (1862b, p. 118). Kant (apud THOMAS, 1894, p. 90, tradução nossa): "Para reproduzir uma obra de arte, um trabalho intelectual é necessário, o que merece proteção; para reproduzir uma obra literária, ao contrário, um trabalho mecânico é suficiente e deve ser proibido". Em razão disso, De Molinari (1853, p. 474) diz que o artista está melhor economicamente do que o escritor. Chagas (1879, p.

elevando a primeira em relação à segunda (MONTALEMBERT, 1860, p. 191),[278] por ser dotada de um caráter de individualidade ausente na outra (MORILLOT, 1878, 121;[279] CHEVALIER apud GALVEZ-BEHAR, 2005, p. 10).[280] Segundo Linguet (1777, p. 21-24), isso faz que o direito sobre as obras autorais, diferentemente dos inventos, seja reconhecido – e não atribuído – pela autoridade.

Rivaroza (1887, p. 21-22) desenvolve essa abordagem: o caráter de personalidade da propriedade literária estaria no fato de que a mesma descoberta pode ocorrer em dois lugares distintos, por qualquer um. De forma semelhante, Balzac (apud GALVEZ-BEHAR, 2005, p. 8) diz que as obras artísticas e literárias se ocupam da forma, enquanto o invento trata do conteúdo. Para além disso, fala na prescindibilidade da invenção para a sociedade, o que facilitaria o enriquecimento do seu criador, diferentemente do que ocorreria com os autores – justificativa essa também adotada por Diderot (1763, p. 16) para a separação entre as categorias.[281]

Argumentos nessa linha também são usados por Rivaroza (1887, p. 21-22), Huard (1906, p. 1-2),[282] Dalloz (apud PEDROSO, 1918, p. 104-105) e Dias Ferreira (apud Ibidem, p. 122), alegando que reconhecer o direito sobre o invento pode originar transtornos econômicos, detendo o desenvolvimento industrial, que não ocorreria no campo autoral.[283] Também nessa seara, Proudhon (apud THOMAS, 1894, p. 13) trata da

---

56) faz uma distinção entre a obra literária e demais obras artísticas (quadros, obras arquitetônicas e, inclusive, obras de marcenaria), na medida em que o quadro original sempre terá mais valor por ser original, ao passo que, uma vez publicado um livro, as ideias ali contidas tornam-se propriedade de toda a gente. Essa visão, contudo, parece não ter sobrevivido no século XX.

278 Motivo por que esse autor critica Gay-Lussac por querer equivaler as duas propriedades.

279 Apesar de atribuir aos dois ramos a mesma natureza jurídica (vide nota 271), Morillot (1878, p. 121) relata a existência de diferenças substanciais entre elas, destacando-se o que, para ele, seria um caráter mais pessoal das obras artísticas e literárias em face dos artigos industriais. Não obstante, ele fala também na existência de um direito moral industrial (Ibidem, p. 121) – o que, de fato, existe hoje em nossa legislação de forma quase insignificante, como analisaremos no Capítulo 5.

280 Razão pela qual defende a abolição das patentes.

281 Em sentido contrário, Bailly (1915, p. XXI) diz haver mais dificuldades para se materializar a propriedade industrial do que na publicação de obra literária ou artística, pois o inventor precisaria de mais capital, e a invenção, quanto maior sua importância, maior impacto econômico teria no país, sendo maiores as dificuldades e despesas para sua realização.

282 Apesar de admitir que as faculdades inerentes à propriedade das invenções são as mesmas da propriedade literária e artística, como mencionado na nota 271.

283 Galvez-Behar (2005, p. 11) defende a hipótese de que as diferenças entre os dois regimes jurídicos (a exemplo do prazo de tutela, que mencionaremos a seguir, e outras características de que trataremos no Capítulo 5) se dão justamente pelo fato de o aproveitamento econômico das obras artísticas ser menor, de modo que o monopólio conferido prejudica menos gente – segundo ele, apenas o público (uma colocação um tanto estranha, mas compreensível se pensarmos numa capacidade menor de articulação da sociedade como grupo de interesse único, como mencionaremos em capítulo posterior) e uma parte dos editores. Esse descompasso é criticado por Dupuit (1861, p. 46), dizendo que a diferença entre os regimes coloca

distinção entre produtos da atividade humana voltados ao consumo, que formam a categoria do útil, e aqueles destinados ao nosso aperfeiçoamento intelectual ou moral, integrando a categoria do justo e do belo, sendo toda ideia de comércio antitética a estes.[284] Notamos nesse autor, portanto, uma expressão do afastamento da arte da práxis cotidiana e a condenação de seu aproveitamento econômico, as quais expusemos no capítulo anterior.

Fato é que, a despeito da falta de consenso na doutrina, a separação ente os regimes autoral e industrial predominou na legislação.[285] Como explicamos no início deste capítulo, até o final do século XVIII tanto as obras artísticas, científicas e literárias como as invenções eram disciplinadas por meio dos privilégios de invenção, outorgados pelos Estados. Ainda que, do ponto de vista legislativo, cada um desses bens fosse regulado por diplomas próprios, ambos se enquadravam em concessões reais para exploração exclusiva por determinado período, mais voltadas a tutelar os fabricantes e os editores do que os inventores e autores.

Do ponto de vista autoralista, na França, o foco da proteção migra do editor para o autor a partir da decadência do Antigo Regime, primeiramente com os decretos do Conselho do Rei de 30 de agosto de 1777 e, em seguida, com os Decretos-leis revolucionários de 1791 (relativo às obras dramáticas) e de 1793 (sobre obras artísticas, científicas e literárias), conforme explicamos anteriormente.

Sob a perspectiva industrial, o ideal iluminista, além de refletir na doutrina,[286] como analisamos, parece também ter sido positivado, na medida em que o Decreto-lei francês de 7 de janeiro de 1791 sobre as patentes de invenção também fala nas figuras de

os inventores em posição inferior aos autores. Na mesma linha, Jobard (1837, p. 5) alega que autores vivem bem financeiramente, ao passo que os inventores não enriquecem.

284 Condenação semelhante aparece também em Morillot (1878, p. 113), Herculano (apud CHAGAS, 1879, p. 36) e Chagas (Ibidem, p. 36), autores aos quais retornaremos no tópico 3.2.4.

285 No âmbito dos tratados, segundo carta do Ministro Francês de Relações Exteriores ao Ministro do Interior de 25 de junho de 1879 (SOCIÉTÉ..., 1879, p. 2, tradução nossa): "[...] se a negociação de tratados de comércio pode, em certos casos, fornecer uma ocasião útil de provocar a revisão das estipulações relativas à propriedade literária, essas estipulações sempre foram objeto de convenções distintas, separadas e independentes de toda convenção comercial".

286 Galvez-Behar (2005) traz a hipótese de que, na origem dos regimes autoralista e industrial, a doutrina francesa refletiria uma espécie de solidariedade entre os autores e inventores, pleiteando um direito natural sobre ambas com base nos mesmos argumentos. No entanto, em dado momento do século XIX, os autores teriam passado a exigir um tratamento diferenciado para suas criações. Do que observamos nesta seção, tal hipótese não é verdadeira, na medida em que, ao longo de todo o período analisado, houve tanto defensores quanto opositores a um tratamento equânime.

autor e propriedade – esta tratada como um direito essencial do homem.[287] Contudo, desde a origem da chamada propriedade literária, surgem duas distinções principais entre ambos os regimes. Primeiramente, os artigos industriais eram (e continuam a ser) protegidos por um prazo relativamente curto, ao passo que a tutela das obras artísticas, científicas, literárias e dramáticas expirava (e assim ainda é) apenas anos após a morte de seus respectivos autores (como já mencionamos no tópico anterior e no tópico 3.1.3). Por essa razão, dizemos que o regime autoralista se dissociou da propriedade industrial, e não o contrário.[288]

Em segundo lugar, ao longo do século XIX, a jurisprudência vai garantindo direitos morais aos autores, sendo replicada pela doutrina.[289] Também nesse ponto, vai se firmando a diferença no tratamento legal entre os dois regimes.[290]

Conforme analisaremos no Capítulo 5, essa diferenciação cria uma série de problemas no cenário contemporâneo, em especial nos campos em que arte e indústria se aproximaram. Contudo, como já explicamos no capítulo precedente, o início desse movimento se encontra no final do século XIX, a exemplo do *Arts & Crafts* (e seus equivalentes franceses, a Escola de Nancy e a *Art Nouveau*). Veremos a seguir como esse

---

[287] As marcas, todavia, não teriam o mesmo tratamento nem pela doutrina nem pela jurisprudência. Calmels (1856, p. 20-21) nos conta que elas foram abolidas junto com a revogação dos privilégios e das corporações de ofício, durante os primeiros anos da Revolução. Depois, passaram a ser reguladas por uma série de leis esparsas, em épocas diferentes, por vezes universais, por vezes aplicáveis a uma localidade ou indústria, sem qualquer harmonia. Em nenhum momento, porém, se usou o discurso filosófico (seja lockeano, katiano ou hegeliano) para justificá-las. No tópico 5.1.4 trataremos das diferenças de fundamentação entre as marcas e os demais institutos da propriedade intelectual.

[288] Note-se que, nesta seção, estamos tratando da história francesa (que, como veremos no próximo capítulo, afetou a forma como tais regimes surgiram – ou foram transplantados – no Brasil). A respeito do caso inglês, Bently e Sherman (2003) alegam que a diferenciação entre copyright e propriedade industrial foi posterior. Isso principalmente em decorrência de, no Reino Unido, o copyright, a princípio, ser regulado por uma série de normas diferentes, específicas para cada tipo de obra, e também pelo fato de lá ter predominado a doutrina do *sweat of the brow* (que explicaremos no Capítulo 5), a qual acabava por unir os dois domínios da propriedade intelectual naquele país. A partir apenas da segunda metade do século XIX é que uma diferenciação se faria mais marcante, especialmente devido a um período de hostilidade pública em relação às patentes, na década de 1860. Por sua vez, para Sganga (2018, p. 56), como explicamos na nota 186, a diferença no sistema inglês tem suas origens quando os privilégios da *Stationers' Company* foram eximidos das limitações na duração e no escopo que a Lei dos Monopólios de 1624 impôs às cartas-patentes.

[289] Ascarelli (1970) agrupa em sua teoria da concorrência todos os bens que chama de intelectuais, incluindo direitos sobre obras artísticas, científicas e literárias, inventos, desenhos industriais, marcas e demais signos distintivos. No entanto, no decorrer da sua obra, vai ficando claro o tratamento discrepante que dá aos bens autorais, de um lado, e industriais, de outro. Por exemplo, ao tratar da tutela moral, dá a entender que se aplicaria a todas as criações. Contudo, ao discorrer sobre a forma como está disciplinada na Lei Italiana, menciona apenas as prerrogativas (direito de inédito, integridade e atribuição) próprias do regime autoral (Ibidem, p. 268-274).

[290] Como já adiantamos, o reconhecimento de direitos morais aos inventores é praticamente insignificante. Trataremos desse assunto no Capítulo 5.

fenômeno foi tratado pela doutrina e jurisprudência do período compreendido em nossa pesquisa.

3.2.3 Arte aplicada

A questão da arte aplicada parece ser uma preocupação desde o princípio dos direitos de autor. Isso porque, já em 1806 (apenas 13 anos após o primeiro diploma de direitos autorais), Napoleão promulgou a lei de 18 de março,[291] estabelecendo o Conselho de *Prud'hommes*, responsável por conservar a propriedade dos desenhos de fabricantes – posteriormente estendido aos modelos de fábrica – (art. 14). A propriedade sobre tais desenhos seria protegida mediante depósito (art. 15), assim como as invenções,[292] pelo prazo de três ou cinco anos, ou mesmo perpetuamente, conforme solicitação do fabricante (art. 18).

A partir de então, teremos uma situação completamente caótica, tanto na doutrina como na jurisprudência francesas, quanto ao regime que se aplicaria às obras de arte aplicadas: se aquele dos desenhos e modelos de fábrica, objeto da lei de 1806, ou se o das obras artísticas em geral, sujeitas à lei de 1793.

Encontramos menção a 31 decisões que submetem objetos de arte aplicada à proteção da lei de 1793 independentemente de sua destinação comercial, utilização na indústria ou reprodutibilidade mecânica,[293] ao passo que 16 decisões vão no sentido contrário,[294] muitas vezes versando sobre o mesmo tipo de obra.[295-296]

---

[291] Disponível em: <http://larhra.ish-lyon.cnrs.fr/cdeprudhomme2/loi18mars1806.htm>. Último acesso em: 31 maio 2016.

[292] A própria lei de 18 de março de 1806 chama os desenhos de invenções, reconhecendo seu caráter comercial (art. 15).

[293] Decisões do Tribunal Correcional do Sena de 23 de março de 1822 (apud HUARD; MACK, 1891, p. 396) e de 31 de janeiro de 1879 (apud Ibidem, p. 386); decisões do Tribunal Civil do Sena de 13 de setembro de 1826 (apud CALMELS, 1856, p. 79), de 6 de março de 1834 (Ibidem, p. 80), de 2 de junho de 1838 (8ª Câmara, apud Ibidem), de 28 de dezembro de 1839 (apud Ibidem) e de 18 de outubro de 1843 (Ibidem); decisões do Tribunal de Paris de 24 de março de 1832 (apud Ibidem), de 2 de agosto de 1834 (apud Ibidem, p. 79), de 13 de agosto de 1837 (apud HUARD; MACK, 1891, p. 390), de 30 de agosto de 1837 (apud CALMELS, 1856, p. 76), de 8 de janeiro de 1838 (apud CALMELS, 1856, p. 75-76), de 28 de agosto de 1847 (apud Ibidem, p. 76), de 16 de março de 1855 (apud Ibidem, p. 77), de 5 de maio de 1858 (apud Ibidem, p. 506), de 12 de dezembro de 1858 (Ibidem, p. 397), de 7 de junho de 1859 (apud Ibidem, p. 385), de 12 de dezembro de 1861 (apud Ibidem, p. 396), de 5 de julho de 1864 (apud Ibidem, p. 507), de 18 de janeiro de 1868 (apud Ibidem, p. 471), de 25 de junho de 1870 (apud PATAILLE, 1870, p. 264), de 1883 (apud HUARD; MACK, 1891, p. 386), de 13 de fevereiro de 1884 (apud HUARD; MACK, 1891, p. 509), de 12 de junho de 1885 (apud Ibidem, p. 5) e de 25 de fevereiro de 1888 (apud Ibidem, p. 398); decisão do Tribunal de Comércio do Sena de 6 de junho de 1836,

Nessa pesquisa, vimos a Corte de Paris, em 5 de maio (apud HUARD; MACK, 1891, p. 506) e em 12 de dezembro de 1858 (apud Ibidem, p. 397), entender não ser possível fazer distinção razoável entre a arte que se aplica à indústria e a arte que se aplica a objetos de puro ornamento. Na mesma esteira, a Corte de Cassação, em 18 de julho de 1856 (apud HUARD; MACK, 1891, p. 505), sustentou que a lei de 1793 protegia todas as

---

confirmada pela Corte Imperial em 8 de janeiro de 1838 (apud CALMELS, 1856, p. 82); decisão do Tribunal de Riom de 18 de maio de 1854 (apud Ibidem, p. 81); decisão do Tribunal de Cassação de 21 de julho de 1855 (apud HUARD; MACK, 1891, p. 506), de 18 de julho de 1856 (apud Ibidem, p. 505), e de dezembro de 1884 (apud Ibidem, p. 395); e decisão do Tribunal Civil de Segré, de 26 de agosto de 1884 (apud Ibidem, p. 458).

294 Decisão do Tribunal de Caen de 3 de março de 1835 (apud HUARD; MACK, 1891, p. 391); decisão do Tribunal de Nismes de 2 de agosto de 1844 (apud CALMELS, 1856, p. 56); decisões do Tribunal de Paris de 16 de maio de 1840 (apud Ibidem, p. 82), de 3 de outubro de 1854 (apud HUARD; MACK, 1891, p. 504-505), de 13 de fevereiro de 1869 (apud PATAILLE, 1870, p. 305), de 12 de março de 1870 (apud Ibidem, p. 260), de 22 de abril de 1875 (apud HUARD; MACK, 1891, p. 458) e de 19 de maio de 1879 (apud Ibidem, p. 396-397); decisões do Tribunal Civil do Sena de 24 de junho de 1846 (apud CALMELS, 1856, p. 82), de 20 de novembro de 1877 (apud HUARD; MACK, 1891, p. 452) e de 12 de janeiro de 1888 (apud Ibidem, p. 386-387); decisão do Tribunal Imperial de Paris de 9 de maio de 1853 (apud CALMELS, 1856, p. 81); decisão do Tribunal de Lyon de 25 de julho de 1854 (apud Ibidem); decisões do Tribunal de Cassação de 31 de janeiro de 1853 (apud Ibidem), de 16 de maio de 1862 (apud HUARD; MACK, 1891, p. 392) e de 30 de dezembro de 1865 (apud Ibidem, p. 385); e decisão do Tribunal de Comércio do Sena de 13 de outubro de 1859 (apud Ibidem, p. 506-507).

295 A exemplo, de um lado, das decisões do Tribunal de Comércio do Sena de 13 de outubro de 1859 (apud HUARD; MACK, 1891, p. 506-507), do Tribunal de Cassação de 16 de maio de 1862 (apud Ibidem, p. 392), do Tribunal de Paris de 12 de maio de 1870 (apud PATAILLE, 1870, p. 260); e, de outro, do Tribunal de Paris de Cassação de 21 de julho de 1855 (apud HUARD; MACK, 1891, p. 504-505) e de 27 de dezembro de 1884 (apud Ibidem, p. 395), e do Tribunal de Paris de 13 de fevereiro de 1884 (apud Ibidem, p. 509). Enquanto os primeiros julgados mencionados dizem que reproduções (incluindo de estátuas e objetos esculpidos) obtidas unicamente com a ajuda de processos mecânicos não constituem uma criação do espírito – refletindo a divisão entre arte e indústria, que mencionamos no capítulo anterior –, não sendo, portanto, protegidas pela lei de 1793, os últimos falam que uma obra de escultura não perde seu caráter de obra de arte pelo fato de ter sido reproduzida industrialmente para fins comerciais.

No âmbito dos desenhos, encontramos oposição entre: (i) quatro decisões que reconhecem a aplicação da lei de 1793 a desenhos de objetos industriais (como peças de roupa, máquinas e móveis) contidos em catálogos para facilitar a compra de tais artigos, mesmo que estes tenham já caído em domínio público – decisões do Tribunal de Paris de 18 de janeiro de 1868 (apud HUARD; MACK, 1891, p. 471) e de 12 de junho de 1885 (apud Ibidem, p. 5), do Tribunal Correcional do Sena de 31 de janeiro de 1879 (apud Ibidem, p. 386), e do Tribunal Civil de Segré, de 26 de agosto de 1884 (apud Ibidem, p. 458) –; e (ii) duas decisões que negam a ocorrência de contrafação na reprodução de desenhos contidos em álbuns que retratem objetos de domínio público, como móveis, máquinas e ferramentas – decisões do Tribunal de Paris de 13 de fevereiro de 1869 (apud PATAILLE, 1870, p. 305) e do Tribunal Civil do Sena de 12 de janeiro de 1888 (apud HUARD; MACK, 1891, p. 386-387). Também, decisão do Tribunal do Comércio do Sena de 6 de junho de 1836 protege parafusos e roscas, ao passo que decisão do Tribunal de Paris de 16 de maio de 1840 recusa (apud CALMELS, 1856, p. 83). Da mesma forma, enquanto a decisão do Tribunal de Paris de 7 de junho de 1859 (apud HUARD; MACK, 1891, p. 385) considera serem obras de arte protegidas pela lei de 1793, e não a de 1806, vinhetas destinadas a servir de etiquetas, que um litógrafo vende a farmacêuticos, que são produtos da indústria do litógrafo, a decisão do Tribunal de Cassação de 30 de dezembro de 1865 (apud Ibidem, p. 385) fala que desenho originário que possa constituir obra de arte, quando aplicado a etiquetas, torna-se um produto industrial.

296 As decisões mencionadas nesta seção cobrem tanto desenhos como modelos para uma ampla gama de objetos, como pinças, emblemas, pêndulos de relógios, modelos para aplicação em relevo, ornamentos de escultura, porta-relógios, botões de casacos, chaleiras, ornamentos decorativos para carimbos de notários, cachimbos e seus desenhos apostos, punhais e aparelhos de iluminação a gás.

criações, sejam de arte propriamente dita, sejam de artes aplicadas à indústria, não importando a natureza usual do produto. Em 27 de dezembro de 1884 (apud Ibidem, p. 395), o mesmo tribunal determinou que uma obra de arte não perderia esse seu caráter por ter sido reproduzida industrialmente para fins comerciais, enquanto a Corte da capital francesa, em 25 de fevereiro de 1888 (apud Ibidem, p. 398), pronunciou-se no sentido de ser irrelevante, para a aplicabilidade pelo regime autoral, o fato de a obra ser destinada à ornamentação ou à reprodução em grande quantidade. Nessa mesma linha, a Corte parisiense, em 2 de agosto de 1834, conferiu proteção autoral a um modelo para aplicação em relevo por entender que este permitiria reconhece sua origem e individualidade (apud CALMELS, 1856, p. 79).[297]

Na direção contrária, porém, destacamos os julgados da Corte de Paris de 3 de outubro de 1854 (apud HUARD; MACK, 1891, p. 504-505), segundo a qual a lei de 1793 não se aplicaria a produtos puramente industriais, que tenham apenas valor comercial, sem caráter artístico, e da Corte de Caen de 3 de março de 1835 (apud Ibidem, p. 391), determinando a necessidade, para haver proteção, de as obras serem originais, criações do espírito do artista.

A estes, juntamos as decisões do Tribunal Civil do Sena de 20 de novembro de 1877 (apud Ibidem, p. 452) e da Corte de Paris de 19 de maio de 1879 (apud Ibidem, p. 396-397), a qual condiciona a proteção pela lei de 1793 a determinados objetos usuais (como tinteiros, facas e bandejas) não ao fato de serem "produtos do espírito ou da personalidade", mas sim ao seu enquadramento nas belas-artes. Em outras palavras, seria necessário que resultassem "[...] de uma inspiração dirigida tanto ao espírito como aos olhos e que, por si próprias e independentemente de qualquer associação com outros objetos, tornassem-se para o público uma fonte de prazer intelectual" (Ibidem, p. 396-397, tradução nossa). Ademais, diz que essa fonte de prazer intelectual não seria característica dos ornamentos destinados, num sentido puramente comercial, à decoração de objetos usuais, que não poderiam ser elevados à dignidade de obras de arte.

[297] Esta decisão é interessante não apenas por se basear na individualidade (isto é, na impressão da personalidade) para conferir proteção autoralista a uma obra de arte industrial, mas também por dizer que tal traço lhe confere uma capacidade de identificação da origem do produto. Conforme veremos no Capítulo 5, a indicação da procedência é função dos sinais distintivos, que, por sua vez, justifica a necessidade do regime marcário. Nessa parte do trabalho, discutiremos se obras autorais e industriais também podem ter o mesmo papel.

Em igual sentido, segundo decisão da Corte de Cassação de 16 de maio de 1862 (apud Ibidem, p. 392), reproduções obtidas unicamente com a ajuda de processos mecânicos não constituiriam uma criação do espírito, não sendo, portanto, protegidas pela lei de 1793.

Essas cinco decisões refletem a separação entre arte e comércio, que retratamos no capítulo anterior, fundamentando-se numa visão romantizada do artista, à qual voltaremos no tópico seguinte.

Na doutrina, encontramos cenário parecido de indefinição. Calmels (1856, p. 62-63) e Victor Hugo (apud Ibidem, p. 64) relatam a dificuldade em separar as obras artísticas "puras" daquelas dotadas de caráter utilitário ou produzidas industrialmente, fazendo já referência a uma influência mútua entre esses dois domínios. Nessa linha, Wolowski (apud Ibidem, p. 64) acusa uma fusão de arte e indústria – em que a primeira se rebaixaria ao se popularizar, enquanto as criações utilitárias se refinariam.

Tal contraposição se evidencia quando o Rei Luís Felipe I propõe, em 1846, um projeto para separar, de um lado, obras artísticas, e, de outro, desenhos e modelos industriais. Dessa forma, o texto legislativo dividiria as artes elevadas daquelas consideradas vulgares (FULCHIRON apud CALMELS, 1856, p. 66). O critério, para tanto, seria não o tipo de obra em si, mas sim sua aplicação industrial – o que gerou as mais variadas opiniões nos debates legislativos (Ibidem, p. 60-66).

Esse método, contudo, levantaria as críticas de Bartlhélemy (apud Ibidem, p. 67),[298] Cousin (apud Ibidem, p. 66-67) e Lamartine (apud Ibidem, p. 65). Assim, quatro autores se posicionam contra a separação entre as duas categorias de arte.[299] Nesse sentido, para Pataille (1870 p. 263, tradução nossa): "[...] nem a destinação industrial nem o modo de reprodução são suficientes para remover de certos objetos seu caráter artístico, como, por exemplo, estátuas de bronze, que continuam sendo obras de arte, ainda que destinadas a pêndulos".

Por sua vez, Thomas (1894, p. 90) repudia a visão de que as chamadas obras de reprodução serviriam apenas para facilitar uma multiplicação lucrativa da verdadeira arte,

---

[298] Este também fala na dificuldade de se dividirem as próprias indústrias em si, no que é seguido por Calmels (1856, p. 71). No Capítulo 6, analisaremos a separação da propriedade intelectual com base em setores específicos como alternativa às categorias atuais.

[299] Gastambide (1837, p. 323), Argout (apud CALMELS, 1856, p. 71), Pataille (1870 p. 263), Thomas (1894, p. 90).

não merecendo proteção especial. Isso porque mesmo as artes de reprodução exigiriam "[...] uma rara habilidade técnica, uma longa paciência, um exercício ativo e contínuo da faculdade estética" e que, mesmo para copiar, seria "[...] necessário ter um sentimento de inteligência do belo" (Ibidem, p. 91, tradução nossa).[300]

Na mesma linha, Pouillet (apud SILVEIRA, 2012, p. 134) propõe a teoria da unidade da arte (*unité de l'art*), segundo a qual tanto as obras do domínio da arte propriamente dita quanto aquelas voltadas para um emprego industrial devem ser sujeitas à tutela do direito de autor.[301]

Já Calmels (1856, p. 62-63) se coloca no meio do caminho. De um lado, mostra-se contrário a uma separação a priori entre arte e indústria, seja por deixar determinados segmentos desprotegidos, seja pela dificuldade em separar as duas categorias (conforme mencionamos no tópico anterior). Fazendo referência a diferentes conceitos de arte, ele sustenta que a separação deva se dar não pela aplicação industrial, mas sim pela intenção do autor (Ibidem, p. 84), que deve ter o poder de escolher o regime que quiser (Ibidem, p. 86).[302]

No oposto extremo, quatro autores se colocam abertamente contra um tratamento equânime entre belas-artes e artes aplicadas.[303] Assim, Copper (apud PEDROSO, 1918, p. 345-347) estabelece distinção entre artista e artesão, bem como entre obra artística e arte industrial, na medida em que aquela se basearia na originalidade e na personalidade, nos moldes da divisão de que tratamos no capítulo anterior. Em sentido semelhante, para Lessing (apud CALMELS, 1856, p. 57), o talento que depende apenas da memória, sem ocupar o espírito e o julgamento, não seria arte, mas mero ofício.[304] Huard (1906, p. 474-475, nota 2) também defende a divisão, pois:

> Quando a arte se alia à indústria, ela produz em geral obras pouco complexas; tal simplicidade é comandada pelo gosto, pelos meios de

---

[300] Ademais, critica uma distinção feita pelo valor da obra, bem como questiona quem seriam os membros de um "tribunal supremo" encarregado de traçar a linha de demarcação entre o que deve ser protegido e o que não será (Ibidem, p. 91).

[301] Voltaremos a falar dessa teoria, em oposição ao princípio da *scindibilità*, quando abordarmos no tópico 5.3.1 a situação particular do design na forma atual de divisão das categorias da propriedade intelectual.

[302] No tópico 6.2, analisaremos a possibilidade de um sistema alternativo aos atuais regimes da propriedade intelectual, em que o titular/autor escolha para quais indústrias ou uso deseja a tutela.

[303] Lessing (apud CALMELS, 1856, p. 57), Huard (1906, p. 474-475), Pedroso (1918, p. 351) e Copper (apud Ibidem, p. 345-347).

[304] Ele vai além, dizendo que esses profissionais geralmente ficariam mais ricos do que os artistas (LESSING apud CALMELS, 1856, p. 57).

> reprodução utilizáveis, pela necessidade que a clientela tem de objetas a baixo preço. No domínio industrial, é possível encontros fortuitos entre artistas que trabalhem separadamente. Por outro lado, os artesãos, em geral, executam suas produções sobre a direção de um patrão que os substitui frente ao público [...] (Ibidem, p. 483, tradução nossa).[305]

Para ele, portanto, a aplicação deveria ser determinada tanto com base na finalidade principal da obra (Ibidem, p. 488) como em critério subjetivo – é dizer, se é produzida por um artista ou artesão (Ibidem, p. 549). Também defende que arte industrial tenha prazo de proteção menor, por demandar menos talento e menos esforço (Ibidem, p. 500). Por fim, expressa a ideia de separação entre arte e comércio quando diz que a competência para tratar de questões relativas às obras artísticas é da justiça civil, salvo nos casos de contrafação cometida por comerciantes, ao passo que, na arte industrial, a competência seria sempre do tribunal do comércio (Ibidem, p. 526).

Por sua vez, Pedroso (1918, p. 351) admite a confusão entre os dois tipos de artigo, defendendo que a distinção não se dê com base na finalidade do produto. Por outro lado, sustenta abertamente que os objetos de arte aplicada não sejam considerados propriedade artística, dizendo haver um senso comum quanto ao que seriam as belas-artes (Ibidem, p. 343).[306] Sobretudo, ao lado de Calmels (1856, p. 86), supramencionado, são os únicos autores que vimos no período considerado se preocuparem com teorias artísticas para considerar o regime de proteção, citando alguns conceitos de arte, como aquele proposto por Tolstoi (PEDROSO, 1918, p. 359-367). Tais conceitos aproximam-se da ideia de autonomia e esteticismo,[307] baseando atividade artística na expressão da personalidade do seu criador, tal como explicado no capítulo precedente (Ibidem, p. 359-367). Ademais, cita a única decisão judicial a que encontramos referência definindo o conceito de belas-artes – na mesma linha já expressa –, do Tribunal Civil do Sena, de 19 de março de 1900 (apud Ibidem, p. 353).

---

[305] No mesmo sentido, defende que as obras mais originais costumam ser de artistas independentes, ao passo que as menos originais são produzidas por artesãos empregados e que, nas obras por encomenda, a personalidade do autor desparece inteiramente (HUARD, 1906, p. 549-550). Trataremos dessas duas modalidades de criações (por relação empregatícia e por encomenda) no próximo tópico e no Capítulo 5. Por outro lado, defende que esse critério não se aplicaria às criações de moda, as quais deveriam ser protegidas pelo regime autoral – o que não seria o entendimento da doutrina, segundo ele (Ibidem, p. 548-549). Como exemplo, Calmels (1856, p. 56) elogia decisão do Tribunal de Nismes, de 2 de agosto de 1844 (mencionada anteriormente), por negar a proteção a peças de vestuário. Como veremos no Capítulo 5, o segmento da moda é uma das áreas de aproximação de arte e indústria mais controversas atualmente.

[306] O que não parece ser o caso, pelo que observamos neste tópico.

[307] Pedroso (1918, p. 360) chega a dizer que, por mais que haja uma infinidade de livros escritos sobre arte, todos a conceituam com base na beleza.

A questão da forma de tutela jurídica de setores que aproximam arte e indústria[308] continua controversa até hoje, tendo se manifestado em novos setores que surgiram e se desenvolveram após o século XIX, como veremos no Capítulo 5.[309]

Observe-se, no entanto, que, apesar de a preocupação em refletir as teorias artísticas vigentes ter aparecido somente em dois autores, a doutrina desde o início do período considerado em nossa pesquisa construiu-se em torno de uma figura romantizada do autor, mais próxima do final do século XVIII do que da realidade que vivemos hoje, como expusemos no capítulo anterior. No próximo tópico, analisaremos essa idealização trabalhada pelos doutrinadores.

3.2.4 O autor romantizado

Ainda que, em alguns momentos, a doutrina no período considerado (como veremos no próximo tópico) já trate dos impactos econômicos da produção artística e literária (em especial, pelos mercados incipientes da literatura de massa e no campo das artes aplicadas, de que já falamos), sua argumentação como um todo gira em torno da figura do pequeno artista. Nesse sentido, oito autores o caricaturizam como uma figura humilde[310] ou miserável,[311] ou dizem que seus herdeiros que estão nessa condição.[312] Já oito trabalhos configuram-no como alguém que trabalha pela glória ou prestígio,[313] e não por dinheiro; [314] homens de honra, ordem e probidade; [315] reconhecidos apenas

[308] Uma vez que o nosso foco aqui é a evolução do regime autoralista, não nos debruçamos sobre as discussões acerca do enquadramento das obras de artes industriais no regime das patentes, ao lado dos inventos. Calmels (1856, p. 107-110) traz uma série de decisões judiciais francesas do período coberto por este capítulo acerca do limite entre os dois institutos.

[309] Vemos essa preocupação em Maugras e Guégan (1908) ao discutirem a proteção das obras cinematográficas. Esses autores reconhecem o cinema como uma indústria, como uma profissão mecânica para a obtenção de lucro, um ofício mecânico e mercantil, de modo que seus operadores não necessariamente agem exclusivamente em busca da arte (Ibidem, p. 19-20). Ainda assim, para eles, seu caráter mercantil não prejudicaria seu lado artístico, tal como ocorre na arquitetura, sendo possível, portanto, sua proteção pela lei de 1793 (Ibidem, p. 20).

[310] Balzac (1834, p. 70) e Morillot (1872, p. 49-50). Esse último centra sua análise na figura do pequeno escritor, reconhecendo, no entanto, a existência daqueles que adquirem grandes fortunas com suas obras, e defendendo também os seus direitos.

[311] Lakanal (1838[1793], p. 9-12) e Simon (apud DUPUIT, 1861, p. 43).

[312] Bossange (1836, p. 25), Blanc (1838, p. 371), Lamartine (apud LABOULAYE, 1858, p. XIX) e Dupuit (1861, p. 34).

[313] Mémoire... (1790, p. 6), Blanc (1847), Lamartine (apud LABOULAYE, 1858, p. XIX) e Herculano (apud CHAGAS, 1879, p. 38-39).

[314] Condorcet (1804[1776], p. 310).

[315] Comité... (1862b, p. 23).

postumamente;[316] que "[...] usam sua vida, arruínam sua saúde, fazem branquear os cabelos e enrugar sua testa [...]";[317] que não têm poder além de sua inteligência, não entendendo de negócios e sendo desprovidos de ambição;[318] ou que enriquecem os editores[319] ou a sociedade, enquanto eles mesmos permanecem pobres.[320]

Mais ainda, encontramos em sete autores a criação vista como operação puramente espiritual, descrita de forma extremamente romântica.[321] Em linha semelhante, identificamos também em oito autores críticas expressas ao aproveitamento mercantil das obras,[322] refletindo a ideia de autonomia que explicamos no capítulo anterior. Nesse sentido, Locré (1819, p. 178) diz que, apesar de o autor ter a liberdade de pensar e escrever o que queira, a partir do momento em que vende seu pensamento, faz dele um comércio, não sendo mais autor, mas sim um mercador. Enquanto isso, Lafferière (apud CALMELS, 1856, p. 43) defende que o intelectual trabalha para a sociedade. Já Morillot (1878, p. 133) atribui à invasão do espírito mercantilista uma das causas mais ativas da degeneração das artes e das letras.[323] Por fim, conforme mencionado na nota 322, Proudhon (apud THOMAS, 1894, p. 13, tradução nossa) chega a comparar a arte comercializada à mulher que vende seus charmes, na medida em que "[...] ambas não tardariam a se depravar".

Vemos, contudo, algumas poucas opiniões em sentido contrário. Nessa linha, quatro doutrinadores criticam a ideia de que o artista vive apenas de glória[324] ou

---

316 Diderot (1763, p. 15).

317 Morillot (1872, p. 40, tradução nossa).

318 Balzac (1834, p. 70). Curioso que tal observação tenha partido não de um jurista, mas justamente de um literato de sucesso.

319 Lamartine (apud LABOULAYE, 1858, p. XIX).

320 Balzac (1834, p. 70). Aqui, repetimos nosso comentário de duas notas acima.

321 Diderot (1763, p. 32), Linguet (1777, p. 28), Beaumarchais (1826[1791]), Bossange (1836, p. 1), Gastambide (1837, p. 277), Jobard (1837, p. 32) e Morillot (1878, p. 113). Esse último autor, por exemplo, diz que a obra se confunde com batimentos do coração do autor e movimentos misteriosos de seu pensamento (Ibidem, p. 114), sendo uma espécie de outro "eu" (Ibidem, p. 126).

322 Locré (1819, p. 178), Blanc (1847), Lafferière (apud CALMELS, 1856, p. 43), Morillot (1878, p. 113), Herculano (apud CHAGAS, 1879, p. 36), Chagas (Ibidem, p. 36), Thomas (1894, p. 13) e Proudhon (apud Ibidem, p. 13).

323 Observe-se, no entanto, que a maioria dos autores que encontramos neste tópico se referiram exclusivamente à criação de obras literárias. Exceções são Beaumarchais (1826[1791]), que trata das obras dramáticas, Morillot (1878, p. 113), ao mencionar a degeneração artística em geral, Lafferière (apud CALMELS, 1856, p. 43), ao falar em intelectuais, e não apenas em autor ou artista, e Proudhon (apud THOMAS, 1894, p. 13), ao mencionar a arte em geral.

324 Bossange (1836, p. 25), Villemain (apud LABOULAYE, 1858, p. L) e Dupuit (1861, p. 42). Esse último diz que, antes da imprensa, o autor de fato somente poderia esperar glória, mas que, após tal invenção, passa a querer, além dela, também o lucro.

prestígio.[325] Bastiat (1862[1847], p. 336), por sua vez, questiona por que o autor não pode vender seu trabalho. Villemain (apud LABOULAYE, 1858, p. L-LI) assume uma posição intermediária, lamentando caso um escritor pense apenas em dinheiro, mas não vendo problema em que almeje também nos proventos de seu trabalho. Dessa forma, compara-o a um profissional liberal (apud LABOULAYE, 1858, p. LIII). Ademais, dois trabalhos questionam a visão romantizada propagada pela doutrina.[326]

Também em não conformidade com a figura do autor como pequeno indivíduo alheio ao comércio, Delasalle (1852, p. 3) reconhece a titularidade das obras por pessoas jurídicas (uma questão conturbada no cenário atual, como veremos no Capítulo 5). Este, no entanto, ao discorrer sobre o tema., tem em mente mais a figura do Estado e associações do que sociedades empresariais.

Em linha semelhante, oito julgados atribuem os direitos sobre determinada obra não ao artista executor ou ao escritor, mas sim a quem concebeu a ideia ou ao estabelecimento que contratou o profissional.[327] Lembramos, nesse sentido, que o gerenciamento da atividade artística com a delegação de funções já ocorria desde o século

---

[325] Chagas (1879, p. 38-39).

[326] O Comité... (1862b, p. 23) critica a identificação de autores como boêmios incapazes de gerir os próprios direitos, questionando-se a quem interessa tratá-los como incapazes. No entanto, como vimos anteriormente, utilizam outra romantização em seu lugar, qual seja, do autor como homem de honra, ordem e probidade. Já Dupuit (1861, p. 42) acusa os defensores da propriedade literária de usar a romantização de forma calculada, pensando, na verdade, nos proventos econômicos.

[327] Decisões do Tribunal de Cassação Criminal de 7 *prairial* do ano XI, equivalente a 1803, e de 28 *floréal* do ano XII, equivalente a 1804 (apud GINSBURG, 1990, p. 1.019-1.021); do Tribunal de Apelação de 6 *floréal* do ano XIII, equivalente a 1805 (apud Ibidem); do Tribunal de Lyon de 11 de dezembro de 1845 (apud HUARD; MACK, 1891, p. 390); do Tribunal de Cassação de 6 de junho de 1853 (apud Ibidem, p. 21) e de 16 de julho de 1853 (apud Ibidem, p. 21); do Tribunal Civil do Sena de 23 de janeiro de 1857 (apud Ibidem, p. 408); e do Tribunal de Paris de 16 de janeiro de 1864 (apud Ibidem, p. 22). A respeito das três primeiras decisões mencionadas, todas referentes ao mesmo caso (sobre os direitos de impressão do Dicionário da Academia Francesa), Ginsburg (1990, p. 1.019-1.021) sugere que a concessão da exclusividade ao editor – em vez dos autores, por ser aquele o elo entre a obra e seu público (cf. parecer de MERLIN, apud Ibidem) – contradiria a orientação predominantemente personalíssima do *droit d'auteur* em sua origem. Por outro lado, Ginsburg parece não se dar conta de que esses julgados também contestam a hipótese levantada por ela (sobre a qual já falamos), de que a tradição francesa deu predominância a argumentos utilitaristas. Isso porque tais decisões priorizam argumentos econômicos (isto é, do editor, que investiu na obra) do que de difusão do conhecimento, que seria favorecida caso não houvesse exclusividade sobre o Dicionário. No Capítulo 5 discutiremos a questão complexa da titularidade das obras por encomenda e relação empregatícia.

XIX, a exemplo de Rodin,[328] mas se difundiu na contemporaneidade, aproximando a lógica empresarial da atividade artística, como expusemos no capítulo anterior.[329]

Já quando analisamos as figuras dos editores e dos livreiros, vemos também certa romantização por parte da doutrina pesquisada. Nesse sentido, o memorial apresentado em 1790 à Assembleia Nacional Francesa, em nome dos portadores de privilégios de diversas liturgias, traz cartas de editores-livreiros, que se apresentam como pequenos comerciantes, pais de família, dependentes dos privilégios para mantê-las, partindo para argumentos quase sentimentais (MÉMOIRE..., 1790, p. 17-24). Já Locré (1819, p. 129)[330] transcreve o relatório sobre um projeto de lei acerca da impressão e da atividade livreira, lido por Regnaud, segundo o qual os editores e livreiros seriam "gente de letras, juristas e clérigos". Regnaud (apud Ibidem, p. 169-171),[331] apesar de tratar a editoração como indústria e atividade livreira como comércio, do maior interesse do Estado, reconhece no editor e no livreiro uma figura unipessoal, pai de família, que transmite hereditariamente seus negócios e trabalha para sustentar sua família.

Com efeito, não podemos ignorar o fato de que, à época, tanto a atividade artística como o ofício dos editores e livreiros se operavam numa escala reduzida, ainda não havendo a organização empresarial típica da Economia Criativa, de que tratamos no capítulo anterior. Ainda assim, na doutrina histórica estudada, a visão romantizada (em especial dos autores e do processo de criação, que justificaram o surgimento de uma tutela das obras por meio dos direitos morais e de personalidade, como vimos no tópico 3.2.1) convive de forma curiosa e parece mesmo querer mascarar algumas preocupações econômicas subjacentes à discussão acerca das formas de proteção dos trabalhos autorais, como analisaremos no tópico seguinte.

---

328 A decisão do Tribunal de Lyon de 11 de dezembro de 1845 (apud HUARD; MACK, 1891, p. 390) tratou especificamente de esculturas.

329 Curioso que, por mais que a jurisprudência do período tenha aceitado a figura de gerenciador das obras, com a subcontratação de um artista ou escritor executante (como mencionamos anteriormente), no que diz respeito a editores de jornais, o entendimento que encontramos foi no sentido de que estes não poderiam ser considerados como comerciantes, reforçando-se aqui a ideia de uma separação entre atividades mercantis e intelectuais – vide decisões do Tribunal de Paris de 25 de maio de 1855 (apud Ibidem, p. 84) e do Tribunal de Lyon de 22 de outubro de 1860 (apud Ibidem, p. 84), segundo as quais "[o] autor e o editor de uma Revista, ainda que se cerquem de colaboradores, empreendem uma obra intelectual que não pode ser assimilada a uma operação comercial". Decisão do Tribunal Comercial de Marselha de 24 de janeiro de 1870 segue a mesma linha, fazendo ressalva, contudo, para o caso de grande parte do veículo considerado for "[...] especialmente destinado a receber, mediante retribuição, reclames, anúncios e inserções que terceiros querem levar ao conhecimento do público" (apud Ibidem, p. 84, tradução nossa).

330 Em sessão do Conselho de Estado francês de 7 de dezembro de 1809.

331 Em sessão do Conselho de Estado francês de 28 de dezembro de 1809.

3.2.5 A questão econômica

Apesar de grande parte dos autores no período considerado ter se destacado mais em argumentos filosóficos para fundamentar o regime autoral – tais como as ideias de propriedade sagrada e de criação artística intimamente ligada à personalidade do autor, criando uma faceta moral, como já expusemos –, percebemos uma série de ponderações sobre questões utilitárias[332] e econômicas nos trabalhos analisados.[333]

---

[332] Assim, encontramos 21 referências a considerações sobre o interesse da sociedade na regulação das obras. Nesse sentido, Hen (1851) e Comte (apud CALMELS, 1856, p. 47) frisam a importância da circulação das obras para a difusão do conhecimento; sem, no entanto, posicionar-se quanto a se a legislação atende ou não satisfatoriamente a esse fim. De igual maneira, Dupuit (1861, p. 38) fala na existência de um conflito entre autores e sociedade, sem, porém, explicar qual dos dois predominou nas normas francesas.

Por sua vez, cinco autores dão maior peso ao interesse público do que o particular, em seus comentários: Blanc (1847) o faz ao propor o sistema de recompensa (vide nota 265); Lafferière (apud CALMELS, 1856, p. 43) defende que o intelectual trabalha para a sociedade e que as obras são destinadas à utilidade pública, conforme já dissemos; Lesenne (apud CALMELS, 1856, p. 47-48) trata os direitos do autor como uma remuneração pelos serviços prestados à sociedade; Siemón (apud LABOULAYE, 1858, p. XVII) diz que a exclusividade não é direito natural, mas sim benevolência do estado; e Mareschal (apud LABOULAYE, 1858, p. XIII) explica que a única limitação aceitável à propriedade literária é o interesse social.

Oito autores entendem que o regime autoral atende ao interesse público: Locke, ao defender a propriedade sobre as obras, explica seu efeito positivo na qualidade da tipografia (1830[1694], p. 383) – vide nota 184 – e no aprendizado público (Ibidem, p. 386); Hegel (1997[1821], p. 67) fala na proteção das ciências e artes ao defender o regime; De Molinari (1853, p. 474) diz que, sem direito de cópia, a criação da arte seria monopólio dos ricos; Laboulaye (1858, p. XXXIX) critica o predomínio do interesse público na Lei, prejudicando o interesse dos autores (Ibidem, p. XLVII), além de dizer que a propriedade literária é boa para que o escritor não dependa de benevolência do Estado ou da Coroa (Ibidem, p. LII); Simon (apud DUPUIT, 1861, p. 43), de outro lado, diz que a lei atende a interesse público sem empobrecer o autor; Garnier (1873, p. 699) defende que a propriedade absoluta, sem limites, é conforme a justiça e a utilidade social – diz, porém, que há quem negue, alegando ser propriedade coletiva indivisível entre autor e sociedade; Thomas (1894, p. 26) repudia o argumento de que a contrafação belga serviria para o desenvolvimento intelectual da nação – explicaremos este ponto na nota 358; Blackburn (apud THOMAS, 1894, p. 25, nota 2, tradução nossa): "O bem de todo um povo e a saúde das instituições republicanas seriam feridas, se colocássemos nas mãos de autores estrangeiros o poder de vender livros a preços elevados".

Em sentido contrário, Villemain (apud LABOULAYE, 1858, p. XLVII e XLVIII) diz que o sistema atual seria oneroso ao público e também ilusório para a família do autor. Já Blanc (1847), supracitado, entende que a propriedade literária privilegia interesses particulares aos públicos. Encontramos, também, a consideração sobre outros interesses por trás das discussões acerca da tutela dos direitos autorais, como a liberdade de imprensa. Nesse sentido, Hell (1791, p. 7) diz que liberdade de imprensa não pode existir sem o reconhecimento desse direito. Já Garnier (1873, p. 704) e Chagas (1879, p. 46-47), como adiantamos na nota 265, condenam o sistema de recompensa pública (que mencionaremos no Capítulo 6), entendendo que isso representaria um sancionamento da opinião pública pelo Estado, pior do que a censura imposta pelos privilégios de impressão.

Por fim, cinco trabalhos consideram a relação entre o regime jurídico e a qualidade da arte: Bastiat (1862[1847], p. 338) e De Molinari (1853, p. 476-477), conforme mencionamos na nota 260, entendem que limitações aos direitos sobre a reprodução privilegiariam a literatura de má qualidade; Herculano (apud CHAGAS, 1879, p. 35-36) afirma que a Lei só favorece os romancistas modernos (contemporâneos a ele) – "[...] os Arlincourts, os de Kocks, os Balzacs, os Sues, os Dickens [...]" (Ibidem), a quem atribui qualidade inferior: "estes homens que só buscam produzir efeitos que subjugam

Nesse sentido, identificamos em apenas oito trabalhos[334] o reconhecimento explícito de uma indústria de obras literárias ou dramáticas – sem menção expressa, contudo, às demais obras artísticas. Por sua vez, 27 documentos e autores estudados usam argumentos econômicos[335] para sustentar seus posicionamentos quanto à tutela jurídica das criações autorais,[336] apesar de não apresentarem dados que embasem suas afirmações.[337]

---

as multidões; que espreitam as inclinações do povo para as lisonjearem, os seus gostos depravados para os satisfazerem" (Ibidem) –, uma vez que os grandes escritores – "[...] Leibinitz, Newton, Vico, Brotero, Kant [...]" (Ibidem) –, mesmo sem se beneficiar dessa doutrina (do direito sobre reimpressão), produziram suas obras: "A litteratura-mercadoria, a litteratura-agiotagem tem na verdade protegido espantosamente à sombra de tão deploráveis doutrinas" (Ibidem) – no que é contestado por Chagas (Ibidem), conforme já mencionamos na nota 265 e trataremos novamente na nota 343; já o Comité... (1862b, p. 21) defende que o regime literário beneficiará a literatura como um todo.

Quanto à jurisprudência, Ginsburg (1990) menciona uma série de decisões que adotariam argumentos de ordem utilitarista, incluindo o papel da arte (tanto literatura como artes plásticas) como foram de glorificar a Revolução, disseminar os ideais iluministas e promover a educação pública (ao lado de julgados que presumem a existência de um direito natural, como abordamos nas notas 208 e 234): decisão do Tribunal do 3º *arrondissement* de 25 de maio de 1793 (Ibidem, p. 1.018-1.109); decisão do *Bureau Criminel* de 21 *nivôse* do ano VII – equivalente a 1799 (Ibidem, p. 1.106); decisão do Tribunal de Apelação de Paris de 12 *ventôse* do ano IX – equivalente a 1801 (Ibidem, p. 1.105, nota 98); decisão do Tribunal de Cassação de 29 *thermidor* do ano XI – equivalente a 1803 (Ibidem); e decisão do Tribunal de Cassação Criminal de 29 *thermidor* do ano XII – equivalente a 1804 (Ibidem, p. 1.109). Essas constatações nos fazem crer que, tal como alegado por Ginsburg, argumentos utilitários ou instrumentais também se fizeram presentes na doutrina histórica e da jurisprudência dos direitos autorais. Ainda assim, nos parece forçoso concluir que foram predominantes, tal como defendido por ela, ao menos no que diz respeito à doutrina.

333 Em igual sentido, diz Pinheiro (2008, p. 71-72): "Em que pese ditas discussões [acerca da natureza jurídica] pautarem-se mais em interesses de ordem comercial de livreiros e editores do que na figura do autor ou de sua obra intelectual [...] estas tiveram papel crucial na definição das bases dos dois grandes sistemas hodiernos do direito de autor [...]".

334 Para D'Héricourt (1726, p. 6), as obras literárias integram o domínio do comércio, como todos os outros produtos da indústria; Regnaud (apud LOCRÉ, 1819, p. 169-171) trata da indústria da editoração, como vimos anteriormente; Bossange (1863, p. 27) fala em reviver a indústria francesa; Herculano (apud CHAGAS, 1879, p. 26-28) entende que a indústria literária se opera como qualquer outra, devendo ser regidas pelas mesmas leis civis; Didot ([1836?], p. 10, nota I), Thomas (1894, p. 25, nota 2) e Ladas (1938, p. 24) falam na existência de uma indústria de contrafação. A mesma questão se vê presente no memorial apresentado em 1790 à Assembleia Nacional Francesa, em nome dos portadores de privilégios de diversas liturgias, no qual se defende a proteção das obras por uma preocupação com as ameaças à indústria editorial (MÉMOIRE..., 1790, p. 8).

335 Locke (1830[1694], p. 383), Le Chapelier (1791, p. 9), D'Héricourt (1726, p. 6), Diderot (1763), Pluquet (1778, p. 25-26), Mémoire... (1790), Balzac (1834, p. 78), Gastambide (1837, p. 18-20), Blanc (1847), De Molinari (1853, p. 474), Laboulaye (1858, p. XLVI), Villemain (apud Ibidem, p. XLVII e XLVIII), Bastiat (1862[1847], p. 339), Comité... (1862a, p. 21; e 1862b, p. 21), Bossange (1863, p. 21-28), Chagas (1879, p. 28), Herculano (apud Ibidem, p. 26-28), Rivaroza (1887, p. 21-22), Lavollée (1891, p. 1), Thomas (1894, p. 42), Blackburn (apud THOMAS, 1894), Muquardt (apud THOMAS, 1894), Huard (1906, p. 1-2), Pedroso (1918, p. 122), Dalloz (apud Ibidem, p. 104-105) e Ferreira (apud Ibidem, p. 122).

336 Por exemplo, Balzac (1834, p. 66) reconhece o lado econômico das obras, tanto pelos custos envolvidos na sua produção quando pelo ativo que representa, ressaltando que essa visão geralmente é ignorada e diz que acabar com a contrafação no exterior não vai colapsar o mercado livreiro (Ibidem, p. 78); Laboulaye (1858, p. XLVI) alega que os direitos autorais seriam uma espécie de monopólio aceitável por incidirem sobre bens facilmente substituíveis (ponto que discutiremos na nota 574) e de luxo, sobre os quais é a demanda, e não a oferta, quem define o preço; Comité... (1862b, p. 21, tradução nossa) alega que ausência de propriedade não reduz o preço das obras, na medida em que "[o] direito de autor,

Dentre esses documentos analisados, um tema que se levanta é a relação entre proteção jurídica, concorrência[338] e a manutenção do mercado editorial,[339] aparecendo em nove trabalhos,[340] em geral apontando os malefícios que o livre mercado traria tanto para os agentes dessa indústria quanto para a qualidade tipográfica das obras.[341] Trata-se de uma constatação curiosa, pois, como mencionamos no tópico 3.1, estamos analisando época posterior ao capitalismo mercantilista, período do qual a livre-iniciativa passou a ser preceito fundamental. Tal observação nos leva a crer que a proteção jurídica das obras autorais visava a tutelar não a liberdade de mercado, mas a manutenção dos interesses econômicos de determinados grupos.

Nesse sentido, Diderot (1763, p. 18) alega que a prorrogação dos privilégios na França, durante o século XVIII – da qual falamos anteriormente –, foi para proteger os editores, ao passo que, para Delasalle (1852, p. 3), a legislação inglesa sobre o regime de copyright seria baseada, inspirada, dominada e dirigida por uma ideia de especulação comercial. Já segundo Didot ([1836?], p. 13-14), o principal editor belga do início do século XIX seria a favor da propriedade literária, desde que adotada uniformemente por todos os países europeus. Hetzel (1860, p. 20) argumenta que a ideia de um domínio

---

estabelecido sobre uma grande quantidade de exemplares, será mantido sobre os lucros do editor, e, em todo caso, será imperceptível ao público", e critica a proposta de se prefixar um valor a ser pago pela reprodução das obras do domínio público (proposta, como vimos, por BLANC, 1847), chamando-a de "um comunismo aplicado às obras da inteligência", que seria contra tanto ao comércio livreiro quanto aos interesses legítimos dos autores (COMITÉ..., 1862b, p. 24); e Herculano (apud CHAGAS, 1879, p. 26-28) alega que a propriedade literária criaria um valor fictício, na medida em que remunera um trabalho não efetuado pelo autor – é dizer, o autor deveria ser remunerado pela sua contribuição material à obra (as ideias), mas, nas edições subsequentes, como ele não agrega nada de novo, não faz sentido atribuir-lhe remuneração, pois não há nenhum valor novo sendo criado passível de apreciação.

337 A única exceção é apresentada por Thomas (1894, p. 40), que cita estudo empírico de Muquardt para demonstrar que a contrafação não beneficiava o mercado livreiro belga e que o tratado de 1851-1854 com a França não acabou com o setor econômico daquele país.

338 Impossível não pensarmos, neste momento, em Ascarelli (1970), por mais que esteja fora do critério temporal de nossa pesquisa. Ocorre que, conforme explicamos na nota 289, ainda que tenha elaborado brilhante teoria acerca da relação entre os bens imateriais e a concorrência, a junção que o professor italiano faz entre criações autorais e industriais não se sustenta quando ele se volta à análise específica de cada instituto, refletindo, portanto, a visão da época de segregação entre esses tipos de obras. Assim, se Ascarelli usa o argumento concorrencial para justificar a tutela das marcas e inventos, não o faz para tratar da disciplina dos bens artísticos, científicos e literários.

339 Não encontramos referências expressas a outros tipos de obras autorais.

340 Mémoire... (1790), Le Chapelier (1791, p. 9), Diderot (1763, p. 13 e 38), Pluquet (1778, p. 25-26), De Molinari (1853, p. 474), Laboulaye (1858, p. XLVIII), Bastiat (1862[1847], p. 339), Comité... (1862a, p. 21-22) e Bossange (1863, p. 21).

341 Em sentido contrário, Locke (1830[1694], p. 383) defende que a liberdade de impressão (seja dos autores clássicos, sobre os quais não deveria haver exclusividade; seja dos autores a ele contemporâneos, passado o tempo de seu privilégio de exclusividade) produziria obras mais baratas e de melhor qualidade tipográfica. Já Le Chapelier (1791, p. 9), supramencionado, condena os privilégios por restringirem a atividade econômica.

público pago, discutida na Comissão de 1825 composta para discutir a reforma da Lei Autoral (incluindo entre seus membros Picard, Didot e Renouard), foi descartada por quem lucra do monopólio e faz da literatura um pequeno comércio.[342] Por outro lado, a Société de Gens de Lettres (1879, p. 6), em nota anexa à carta de 21 de julho de 1879 endereçada ao Ministro Francês de Relações Exteriores, defende que a proteção das peças de teatro e composições musicais se deu por iniciativa dos produtores.[343] Por sua vez, Poinsard (apud PEDROSO, 1918, p. 368) atribui à pressão dos jornais, na condição de grandes consumidores dos romances-folhetins, das ilustrações e de variedades literárias e científicas, a lentidão no progresso da União de Berna, tema ao qual voltaremos a seguir. Já Ladas (1938, p. 45) diz que, nos Estados Unidos, houve forte lobby dos editores para assegurar direitos sobre as obras estrangeiras, em face da forte concorrência e dá má qualidade das publicações[344] – como mencionaremos no próximo tópico.

À exceção de Thomas (1894, p. 25, nota 2), segundo o qual a maioria dos países que, no final do século XIX, se recusavam a reconhecer a proteção dos autores estrangeiros o fazia pelo peso da contrafação em suas respectivas economias – retomaremos esse tema adiante –, nenhum desses autores apresenta quaisquer provas históricas de suas afirmações.

Por outro lado, ao menos três dos documentos que encontramos, aqueles publicados por Beaumarchais (1826[1791]), Balzac (1834) e Hetzel (1860), atestam participação ativa de um desses segmentos – no caso, os poetas/escritores –, promovendo a propriedade literária como forma de defesa de seus interesses econômicos.[345] Ao seu lado,

---

[342] Discutiremos modelo parecido como alternativa ao sistema atual da propriedade intelectual no Capítulo 6.

[343] Herculano (apud CHAGAS, 1879, p. 35-36) não chega a dizer que o regime da propriedade literária se deveu à pressão de determinado grupo de interesses, mas afirma que ela só favorece os romancistas modernos (isto é, seus contemporâneos) – afirmação contestada por Chagas (Ibidem), conforme explicado na nota 332. Herculano (apud Ibidem, p. 37) diz, ainda, que o privilégio de invenção (a que também chama de propriedade literária) já existia em essência desde os tempos da inquisição, o que não impediu Camões de morrer na miséria, mas já protegia obras de pouca qualidade, como aquelas disseminadas pelos Jesuítas referentes ao Oriente, assim como protegia no final do século XIX os romancistas baratos. Blanc (1847), por sua vez, diz que a propriedade literária favorece os maus escritores com grande circulação, assemelhando-os aos industriais. Já Villemain (apud LABOULAYE, 1858, p. XLVII e XLVIII) diz que, no longo prazo, os direitos autorais serviriam à especulação dos monopólios privados.

[344] Argumento, portanto, contrário ao de Locke (1830[1694], p. 383) sobre a impressão na Inglaterra do final do século XVIII, conforme expusemos anteriormente.

[345] Balzac (1834, p. 36) critica a forma como a propriedade literária foi tratada depois da Revolução Francesa, que reconheceu uma série de direitos até então ignorados, mas preteriu aqueles dos autores, ao declará-los propriedade pública (se referindo, ao que consta, ao prazo de duração dos direitos). Diz, ainda, que os regimes anteriores à Revolução ao menos concediam honras aos autores que o novo sistema se recusou a prestar (Ibidem, p. 36). Mais adiante, reclama da falta de amparo com que ficaram os autores

pelo menos outros três doutrinadores posicionam-se explicitamente em defesa dos autores.[346] Na faceta oposta, dois trabalhos centram-se na proteção dos editores,[347] ambos anteriores ao surgimento do regime autoral com a lei francesa de 1793.

Também, três autores elucidam alguma espécie de conflito de interesses entre diferentes grupos da sociedade,[348] seja entre dramaturgos e comediantes,[349] seja entre autores e editores.[350]

No âmbito dos interesses econômicos por trás da história da tutela dos bens artísticos, científicos e literários, ficamos com uma contradição ao lermos Thomas (1894, p. 67): se, por um lado, os direitos autorais apresentam-se desde cedo como direitos naturais à condição de cidadão – consequentemente, universais –, por outro, foram inicialmente restringidos territorialmente,[351] limitados a cada país e não se reconhecendo, num primeiro momento, os direitos de estrangeiros ou sobre obras produzidas em outra jurisdição[352] – o que ocorreria, em parte, por influência econômica e política.

Nesse sentido, Ladas (1938, p. 24) relata a existência de conflito de interesses no plano internacional, uma vez que os povos que dispunham de menos obras escritas aproveitavam-se daquelas publicadas em outros países: indústrias nacionais se

após o fim do Antigo Regime, não havendo mais um mecenas para sustentá-los e não tendo seus direitos devidamente assegurados pela lei (Ibidem, p. 75).

346 Morillot (1872, p. 49-50), Rivaroza (1887, p. 26) e Pedroso (1918, p. 122).

347 Diderot (1763, p. 51) e Mémoire... (1790, p. 8).

348 Além do conflito entre autores e sociedade/usuários, conforme vimos anteriormente.

349 Beaumarchais (1826[1791], p. 197) e Le Chapelier (1791, p. 17), para quem: "Os comediantes estão para os dramaturgos assim como os editores e livreiros estão para os autores de livros" (tradução nossa).

350 Rivaroza (1887, p. 26). Em sentido análogo, Pelet (apud LOCRÉ, 1819, p. 88), em sessão do Conselho de Estado francês de 25 de novembro de 1809, dá a entender que há um conflito entre editores, na medida em que diz que as contrafações eram cometidas pelos impressores mais opulentos, apesar de não citar dados que confirmem essa informação.

351 Como vimos, por vezes isso foi usado como argumento pela doutrina para negar a configuração do regime de propriedade sobre as obras.

352 Ginsburg (1990, p. 1.022) cita decisões que privilegiam a restrição territorial dos direitos. Outros julgados que evidenciam um triunfo da preocupação econômica sobre a ideia de um direito natural são as decisões do Tribunal de Cassação Criminal de 7 *prairial* do ano XI, equivalente a 1803, e de 28 *floréal* do ano XII, equivalente a 1804 (apud Ibidem, p. 1.019-1.021), referentes ao Dicionário da Academia Francesa, que comentamos acima. No mesmo sentido, o Tribunal de Cassação de 29 *prairial* do ano XI, equivalente ao ano 1802 do calendário gregoriano, diz: "A Lei de 1793 dispôs apenas sobre o futuro e não se aplica aos autores que já eram proprietários de suas obras no momento de sua promulgação. As cessões feitas por eles não são regidas por essa Lei, mas pelas leis anteriores e pelos títulos individuais dos cessionários" (apud HUARD; MACK, 1891, p. 133). Da mesma forma: decisões do Tribunal de Paris de 17 de julho de 1822, de 13 de agosto de 1819 – esta, sobre o decreto de 3 de fevereiro de 1810 – (apud HUARD; MACK, 1891, p. 133), do Tribunal Civil do Sena de 7 de abril de 1869 (Ibidem, p. 137) e do Tribunal de Douai de 8 de agosto de 1865 (Ibidem, p. 135) – segundo a qual, na hipótese de nova lei prolongar a duração dos direitos de autor, a lei que regeria determinada cessão seria aquela vigente no momento da cessão.

desenvolvem no fornecimento de obras estrangeiras para o mercado doméstico, sendo relutantes em abrir mão de seus interesses em favor daqueles de autores e editores estrangeiros. De outro lado, pessoas interessadas em arte e literatura queriam garantir a integridade das obras publicadas por estrangeiros, enquanto escritores e artistas nacionais viam seus interesses prejudicados pela abundância de publicações e vendas não autorizadas de obras estrangeiras a preços baixos (Ibidem).

Em razão da intensificação desse cenário com a expansão dos métodos de publicação e comunicação, que levam a uma internacionalização das obras (THOMAS, 1894, p. 57), seguiram-se pressões para uma uniformização dos países quanto ao reconhecimento da tutela dos artigos autorais, levando a uma série de tratados e convenções sobre o tema.

3.2.6 O debate internacional

Os aspectos econômicos por trás da defesa do regime autoral, que expusemos no tópico anterior, tornam-se mais nítidos na doutrina que discute as relações entre as indústrias literárias dos países europeus e dos Estados Unidos.

Como descrevemos, num primeiro momento as legislações nacionais não previam a proteção de autores estrangeiros nem de obras protegidas fora de cada jurisdição. Sendo a França um país de vasta tradição literária (não à toa, o berço do regime autoral, como já expusemos),[353] não tardou para que autores e editores franceses passassem a se manifestar contrariamente à reprodução de suas obras pelos estados vizinhos,[354] em especial a Bélgica,[355] dada a ausência de barreira linguística.

O problema da contrafação internacional leva, durante o século XIX, a discussões para saber se as legislações pátrias deveriam proteger também autores

---

[353] Nesse sentido, Lavollée (1891, p. 1) explica que os interesses dos autores franceses no exterior eram mais consideráveis do que o dos estrangeiros na França.

[354] Segundo Didot ([1836?], p. 3-7), a contrafação praticada na Holanda e em Genebra, durante a época de Luís XIV e Luís XV, não representou grandes problemas, não impedindo o florescimento da produção literária francesa por dois motivos: (i) a opinião pública francesa era favorável à contrafação, fazendo calar os interesses comerciais, pois era uma forma de driblar a censura; e (ii) como os direitos pagos aos autores eram praticamente inexistentes, apesar da contrafação estrangeira, os editores podiam empreender em obras gigantescas.

[355] De acordo com Ladas (1938, p. 25), a exportação de contrafações belgas para a França se deu pela falta de regulação naquele país, que reduziu drasticamente o preço das publicações, quebrando seu mercado editorial.

estrangeiros,[356] culminando em uma série de acordos de reciprocidade (LADAS, 1938, p. 24). Todavia, num primeiro momento, Estados Unidos, Bélgica e Áustria se recusam a proteger direitos de estrangeiros e a assinar tratados, o que, como já adiantamos, Ladas (Ibidem) atribui à importância que a indústria da contrafação representava para a economia desses países.[357] Nesse sentido, na Bélgica, a contrafação era vista como algo honrado, apoiada por setores respeitados (DARRAS e CAPPELLEMANS apud LADAS, 1938, p. 25) e justificada pelo desejo de encorajar a indústria nacional e a necessidade de trabalhar o desenvolvimento intelectual da nação (THOMAS, 1894, p. 26).[358]

A contrafação desses países, em especial a Bélgica,[359] foi combatida pela França,[360] levando à celebração de acordos bilaterais para reconhecimento dos direitos dos autores de ambos os países nos territórios um do outro. Esse cenário evoluiu, posteriormente, para uma série de tratados internacionais sobre a tutela autoral, dentre os quais a Convenção de Berna Relativa à Proteção das Obras Literárias e Artísticas (daqui

---

356 Vide citação de Blackburn (apud THOMAS, 1894, p. 25, nota 2, tradução nossa) na nota 332.

357 Nesse sentido, Didot ([1836?], p. 10, nota I) detalha o investimento real à vultosa indústria de contrafação belga, enquanto Thomas (1894, p. 35) elucida em números o apoio financeiro e político que a contrafação belga encontrava. Curiosamente, Didot (Ibidem, p. 13-14) também aponta que o principal editor belga da época seria a favor da propriedade literária, desde que adotada uniformemente por todos os países europeus, como já adiantamos.

358 O próprio Thomas (1894, p. 42-43), como mencionamos no tópico anterior, critica essa ideia, alegando que a contrafação não contribui potencialmente para a educação e o desenvolvimento intelectual de um país, a exemplo da Rússia, cuja literatura seria prejudicada pela invasão de contrafação de obras estrangeiras, o que a tornava um país de muitos tradutores e poucos autores. Esse argumento, entretanto, parece falho, já que à época a literatura russa era extremamente produtiva. Thomas (1894, p. 42-43) também critica o pensamento meramente econômico daqueles que defendem a contrafação, por ignorarem a ideia de justiça, e complementa, citando Blackburn, que, apesar do prazo longo de proteção na França, a literatura daquele país seria a mais barata do mundo.

359 Como adiantamos na nota 337, Muquardt (apud THOMAS, 1894) traça um estudo empírico para defender que a contrafação belga, na realidade, não beneficiava seu mercado editorial, de modo que esse setor econômico não teria sido prejudicado pelo tratado celebrado com a França entre 1851-1854. Já de acordo com nota anexa à carta de 21 de julho de 1879 endereçada ao Ministro Francês de Relações Exteriores (SOCIÉTÉ..., 1879, p. 5), a redução da contrafação belga se deu por mudanças nas práticas da própria indústria francesa, como a redução dos preços. Chagas (1879, p. 60-61), por sua vez, vê a questão de maneira mais romantizada: "[...] Senhor! Este principio da propriedade litteratia é por tal fórma sagrado que a Belgica, em homenagem a esses princípios, abstrahiu de lucros importantes para não continuar a ser amarrada ao pelourinho da Europa, como asylo da pirataria litteraria. A contrafacção belga constituia para esse paiz um ramo importantíssimo de exportação, e a Belgica sacrificou-o porque entendeu que acima de tudo estava o respeito pelos principios sagrados da honra e da probidade internacional".

360 Uma questão curiosa é a menção que Thomas (1894, p. 34, nota 2) faz ao fato de que a contrafação cometida por outros países (principalmente a Bélgica e a Holanda) permitiu a propagação das ideias iluministas na França, o que nos traz uma inevitável contradição: a contrafação disseminou o ideário que levou ao reconhecimento dos direitos autorais como direito natural (conforme vimos ao longo deste capítulo) e, por consequência, resultaram em um argumento adicional (e um regime mais consistente) para a repressão da contrafação.

em diante referida como Convenção da União de Berna ou, simplesmente, Convenção de Berna).[361]

No âmbito internacional, a proteção das obras literárias mostra-se uma questão economicamente tão importante para a França que Lavollée (1891, p. 1) expressa a preocupação do Sindicato Francês da Propriedade Literária e Artística com as consequências para os interesses dos autores, artistas e editores franceses no exterior resultantes de uma eventual denúncia e não renovação dos tratados de comércio que ligam a França e outras potências europeias. Assim, receava-se que a ruptura desses laços comerciais e a elevação de suas tarifas aduaneiras fizessem as potências europeias denunciar as convenções literárias que firmaram com a França, como uma espécie de retaliação.

Já nos Estados Unidos, onde a imigração facilitava a publicação ilegal de obras em vários idiomas, para detrimento dos autores estrangeiros (THOMAS, 1894, p. 36; LADAS, 1938, p. 26), os editores prosperaram com o comércio não autorizado de best-sellers britânicos (KATZ, 2009b, p. 267), a despeito da pressão francesa por regulação (THOMAS, 1894, p. 72). Nesse sentido, Thomas (Ibidem) critica o fato de se tratar de um país protecionista no que se refere a questões comerciais, mas liberal no que tange aos direitos de autor, e diz que o único motivo para justificar esse posicionamento é a antiguidade da legislação americana, datada de uma época em que os Estados Unidos ainda não tinham interesses artísticos e literários nacionais suficientes para proteger (Ibidem, p. 56). Hoje, contudo, sabemos que a posição dos Estados Unidos no que diz respeito à propriedade intelectual é exatamente contrária (ALBUQUERQUE, 1995), o que reforça a ideia de que a defesa de determinado regime jurídico para os bens imateriais está muito mais ligada aos interesses econômicos subjacentes.

No caso brasileiro, Chagas (1879, p. 60-61) denuncia que a contrafação interessava somente aos "piratas", que exploravam tanto o Brasil como Portugal (de onde vinha a maior parte das obras contrafeitas). Segundo ele: "O Brazil, que nada lucra com a contrafacção, porque os livros escriptos na nossa língua comum não constituem infelizmente para nenhum paiz um ramo de exportação, o Brazil quer-se manter fora da lei comum da probidade [...]". Em igual sentido, critica D. Pedro II, em carta enviada ao

[361] Conforme mencionado anteriormente, Poinsard (apud PEDROSO, 1918, p. 368) atribui à pressão dos jornais, na condição de grandes consumidores dos romances-folhetins, das ilustrações e de variedades literárias e científicas, a lentidão no progresso da União de Berna.

próprio Imperador, por opor-se à celebração com Portugal de um tratado de reciprocidade na proteção das obras (CHAGAS, 1879, p. 11-12). Acusa-o, pois, de ser contrário ao regime da propriedade literária, por supostamente orientar-se pelas opiniões de Herculano, ignorando que o reconhecimento desse direito daria ao autor português "[...] quasi os lucros que dá aos escriptores francezes a vastidão do seu mercado" (CHAGAS, 1879, p. 11-12).

Em suma, as observações que a doutrina faz acerca dos conflitos internacionais que levaram à edição de tratados e acordos denotam a relevância econômica que os bens autorais, em especial os literários, apresentam desde o século XIX. Como vimos, porém, o aspecto econômico aparece em segundo plano nos trabalhos analisados, camuflado pelas discussões acerca da natureza jurídica dos bens, de uma justificativa moral e filosófica para sua proteção, e mesmo de argumentos de ordem instrumental.

3.3 Verificação da hipótese

No início do capítulo, fixamos como objetivo a identificação do contexto, dos interesses e das teses por trás dos mecanismos de proteção das obras artísticas, científicas e literárias. Com base em nossa análise, podemos dividir os momentos da evolução do regime autoral na forma a seguir:

Quadro 1 – Momentos da evolução do regime autoral

Contexto	Surgimento e consolidação da Imprensa	Declínio do Antigo Regime	Período revolucionário	Capitalismo industrial
Período	Sécs. XV a XVII	Séc. XVIII	Final do séc. XVIII – início do séc. XIX	2ª metade do séc. XIX – 1ª metade do séc. XX
Panorama artístico	Renascimento Mecenato Propaganda absolutista Origem da arte individual e autônoma Separação entre arte e	Academicismo Autonomia em relação às corporações e guildas Arte como expressão pessoal Surgimento do autor	Academicismo Expressão da personalidade e individualidade Ascensão da figura do autor Propaganda dos ideais revolucionários Separação entre	Declínio do Academicismo Modernismo e Vanguardas Crítica à institucionalização da arte Novas tecnologias de expressão,

	artesanato	Propaganda iluminista	arte e práxis/indústria	*Arts & Crafts,* Bauhaus e *Art Nouveau*
Panorama teórico	Absolutismo, mercantilismo e humanismo	Ascensão do iluminismo e do liberalismo econômico	Iluminismo, liberalismo econômico e jusnaturalismo	Liberalismo econômico no plano interno *x* protecionismo no plano internacional
Regime jurídico	Privilégios	Privilégios e primeiro reconhecimento do direito de propriedade	Direito de propriedade	Direito personalíssimo (acordos bilaterais e tratados)
Sujeito da tutela	Editor (autor em casos excepcionais)	Editor/livreiro e autor nacional	Autor nacional	Autor nacional e estrangeiro
Teses e questões	Monopólios são concedidos pelo poder real	Direito de propriedade *x* Privilégio	Direito de propriedade, sagrado e natural Controvérsia da temporalidade Primeiras menções ao duplo aspecto patrimonial e moral Separação entre arte e indústria Separação da propriedade industrial	Críticas à teoria da propriedade Direito sagrado e natural e humano Críticas à temporalidade Desenvolvimento do aspecto moral Tutela do autor estrangeiro Separação entre arte e indústria Separação da propriedade industrial Problemática da arte aplicada
Interesses identificados	Manutenção dos monopólios das corporações de ofício Censura	Oposição entre livreiros da capital e livreiros da província Interesse dos autores	Editores *x* autores Comediantes *x* dramaturgos Difusão dos ideais iluministas Acesso ao conhecimento e instrução pública	Editores *x* autores Comediantes *x* dramaturgos Países com indústria editorial *x* países contrafatores Acesso ao conhecimento e instrução pública

Fonte: Elaboração própria.

Com base nos elementos identificados no quadro acima e na nossa análise doutrinária acerca dos momentos da evolução do regime autoral, tentaremos responder os questionamentos elencados no início do capítulo, conforme quadro a seguir:

Quadro 2 – Questionamentos do capítulo

<table>
<tr><td colspan="3">Quais as figuras de autor, artista e editor consideradas pela doutrina e se coincidem com o cenário atual de Economia Criativa que descrevemos no capítulo anterior?</td></tr>
<tr><td rowspan="4">Referências identificadas</td><td rowspan="3">Autor e artista</td><td>18 trabalhos se referem ao autor ou artista no plano individual, descrevendo a criação como atividade espiritual.</td></tr>
<tr><td>8 autores fazem críticas expressas a um aproveitamento mercantil da arte.</td></tr>
<tr><td>8 julgados reconhecem alguma forma de organização empresarial na atividade artística, ao atribuírem os direitos sobre determinada obra não ao artista executor ou ao escritor, mas sim a quem concebeu a ideia ou ao estabelecimento que contratou o profissional.</td></tr>
<tr><td>Apenas 2 autores incorporam teorias sobre a arte em sua análise.</td></tr>
<tr><td>Editor</td><td>2 autores se referem ao editor como pequeno empresário.</td></tr>
<tr><td>Constatação</td><td colspan="2">Na doutrina analisada, há uma romantização em torno do autor e da atividade criativa, criticando-se seu aproveitamento mercantil. Ainda assim, a jurisprudência parece reconhecer a figura do artista organizador da atividade artística, próxima do artista-empresário da Economia Criativa. Por outro lado, única referência a teorias artísticas é marcada pelo esteticismo do século XIX. Já o editor é visto como um comerciante individual.</td></tr>
<tr><td colspan="3">Em que medida se olhou para questões econômicas subjacentes às produções artística e literária?</td></tr>
<tr><td rowspan="4">Referências identificadas</td><td colspan="2">8 autores reconhecem explicitamente uma indústria de obras literárias ou dramáticas (sem menção expressa, contudo, às demais obras artísticas).</td></tr>
<tr><td colspan="2">27 trabalhos e autores usam argumentos econômicos para sustentar suas teses.</td></tr>
<tr><td colspan="2">7 trabalhos reconhecem pressão de algum grupo por trás dos regimes jurídicos de proteção das obras.</td></tr>
<tr><td colspan="2">3 autores elucidam alguma espécie de conflito de interesses entre diferentes grupos referentes à tutela das obras, 5 dos quais mencionam conflito no plano internacional.</td></tr>
</table>

<table>
<tr><td>Constatação</td><td colspan="2">Predomina na doutrina o uso de argumentos filosóficos e utilitaristas para justificar o regime autoral. Ainda assim, justificativas econômicas se fazem presentes em uma série de trabalhos, já havendo o reconhecimento de uma indústria de bens autorais (apesar das críticas ao aproveitamento mercantil). Da mesma forma, há menção a interesses de distintos grupos (autores, editores, países com forte produção literária e países contrafatores) por trás da regulação.</td></tr>
<tr><td colspan="3">A aproximação entre arte e indústria, da forma como tratamos, constituiu em algum momento preocupação da doutrina?</td></tr>
<tr><td rowspan="5">Referências identificadas</td><td colspan="2">Proteção dos objetos de arte aplicada pelo regime autoral, independentemente de destinação comercial, utilização na indústria ou reprodutibilidade mecânica.</td></tr>
<tr><td>31 decisões a favor.</td><td>16 decisões contrárias.</td></tr>
<tr><td>4 autores a favor.</td><td>4 autores contrários.</td></tr>
<tr><td colspan="2">Distinção entre regime autoral e propriedade industrial.</td></tr>
<tr><td>15 autores igualam regimes.</td><td>12 autores defendem separação.</td></tr>
<tr><td>Constatação</td><td colspan="2">A questão é antiga na doutrina e na jurisprudência, acompanhando o desenvolvimento das artes aplicadas, sem que haja um posicionamento pacífico. Discussão reaparece na segunda metade do século XX, com desenvolvimento de novos setores. Por outro lado, há um movimento de separação da propriedade industrial em relação aos direitos autorais, na medida em que se desenvolve a teoria acerca do seu aspecto moral.</td></tr>
</table>

Fonte: Elaboração própria.

Do exposto, encontramos na doutrina elementos que comprovam a nossa hipótese de que os direitos autorais, da maneira como os conhecemos, refletiram uma visão socioeconômica da arte e da literatura característica do período compreendido entre o final do século XVIII e a primeira metade do século XIX.

Nesse sentido, trata-se de um regime voltado para a proteção tanto da sociedade como da figura do autor, visto de forma individualizada, cuja atividade é descrita sob um viés de idealização. Por trás da sua roupagem filosófica, contudo, revela-se que o mecanismo de tutela refletiu as preocupações econômicas da época não apenas dos artistas e escritores, mas também dos editores.

Por outro lado, fica clara na modelagem do regime uma incorporação da distinção entre atividade artística e processo industrial, na medida em que, por mais que em alguns momentos se reconheça a existência de importante mercado de bens autorais (essencialmente, os literários), o aproveitamento econômico dessas obras não é tido, em linhas gerais, como a maior motivação do seu criador. Assim, o instituto refletiu a visão

predominante de afastamento entre arte e práxis da vida cotidiana (o que inclui tanto o distanciamento entre o artista e o comércio de suas obras, como o contraste entre belas-artes e artigos utilitários ou de produção em massa), tal como analisamos no capítulo anterior.

Tal cisão, observada na separação entre direitos autorais e propriedade industrial, demonstra seus primeiros problemas já com o desenvolvimento da arte aplicada (culminando nas escolas da *Arts & Crafts* e *Art Nouveau*), nos moldes expostos no capítulo precedente.[362]

No próximo capítulo veremos se, dos debates que precederam a edição das leis brasileiras sobre a matéria, podemos inferir as mesmas constatações.

[362] Uma observação interessante, nesse sentido, é o fato de a maioria absoluta dos trabalhos e autores analisados tratarem principalmente das obras literárias (ou mesmo dramáticas), enquanto uma minoria se refere às artes plásticas. Isso parece se coadunar com o fato de que os mercados literário e dramático (este em menor escala) se desenvolveram mais cedo – em especial, por dependerem basicamente da evolução da imprensa. Não à toa, com o avançar do século XIX e o progresso das indústrias ligadas à arte aplicada, observamos surgirem discussões maiores sobre essa área.

4 A EVOLUÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL: DEBATES LEGISLATIVOS

Nos Capítulos 2 e 3, respectivamente, vimos os diferentes papéis historicamente adotados pela arte e em que medida se manifestaram no surgimento do regime de direito autoral. Dessa forma, acompanhamos a evolução legal que se sucedeu a partir do barateamento dos meios de reprodução e difusão em massa das obras: isto é, na forma de um sistema de privilégios, semelhante ao garantido às invenções industriais, de modo a proteger tanto os interesses econômicos dos editores como o controle do Estado absolutista (maior patrocinador das artes então) sobre a circulação de informação e conhecimento.

Mais além, analisamos como os conflitos econômicos entre editores e entre estes e autores conduziram à edição de novas normas jurídicas na Inglaterra e na França, migrando o cerne de titularidade para os artistas e escritores. A partir daí, constatamos que a ascensão dos ideais iluministas e uma nova forma de financiamento artístico pelas classes burguesas (já não mais como legitimação estatal) estiveram presentes em um novo sistema de tutela das criações artísticas, científicas e literárias – os direitos autorais.

Estudamos, também, o desenvolvimento doutrinário desse regime jurídico, os questionamentos sobre sua natureza (inicialmente uma propriedade "sagrada", direito natural, e, posteriormente, uma nova categoria, em parte voltada à proteção da personalidade, elevada mesmo à condição de direito humano), dissociando-se em relação à tutela de artigos industriais (refletindo a separação ocorrida no campo artístico já séculos antes). Por fim, verificamos em que medida (i) as figuras e os papéis artísticos próprios da época do surgimento do regime autoral (transição entre séculos XVIII e XIX) estiveram por trás da visão jurídica tanto do sujeito (o artista) como do objeto (a arte) de tal instituto; (ii) o desenvolvimento dos mercados em torno das criações autorais se refletiu no debate doutrinário; e (iii) interesses econômicos (seja nas esferas nacional ou internacional) influenciaram o discurso jurídico.

Neste capítulo, prosseguiremos a investigação do capítulo anterior, desta vez tomando por objeto os debates legislativos que precederam as normas relativas aos direitos autorais no Brasil. Nosso objetivo seguirá sendo a análise do contexto, os interesses e as teses que pautaram a evolução do sistema de proteção autoral no Brasil, de modo a tentarmos identificar um paralelo entre tal desenvolvimento jurídico e as transformações no sistema de produção artística estudadas no Capítulo 2.

Assim, neste capítulo tentaremos verificar se, na edição das leis brasileiras, nossos parlamentares levaram em consideração: (i) o aparecimento das figuras de artista-empresário e empresa-artística (conforme visto no Capítulo 2); (ii) as questões econômicas subjacentes às produções artística e literária; e (iii) a aproximação ocorrida entre arte e indústria, principalmente a partir da segunda metade do século XX, como explicado no Capítulo 2.

A pesquisa conduzida neste capítulo cobre o período desde 1822 até a atualidade, tendo por base (a) os projetos de lei ou de constituição apresentados, respectivamente, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, e nas Assembleias Constituintes, (b) os pareceres das comissões que analisaram referidos projetos, e (c) as manifestações dos parlamentares relativas a tais projetos e pareceres.[363] Tal material foi consultado nos Diários e Anais de cada uma das Casas do Congresso e da Assembleia Constituinte. A maior parte desses documentos está disponível virtualmente nos sites da Câmara (<www.camara.leg.br>), do Senado (<www.senado.leg.br>) e da Hemeroteca Digital da Biblioteca Nacional (<http://bndigital.bn.gov.br/hemeroteca-digital/>). Adicionalmente, foram feitas visitas à Biblioteca e ao Arquivo Nacionais, no Rio de Janeiro, bem como às Bibliotecas e aos Arquivos da Câmara e do Senado.

Para fins metodológicos, dividiremos este capítulo em dois períodos: (i) de 1822, ano do surgimento do Brasil como nação autônoma em relação a Portugal, à promulgação da Constituição de 1946, marcando o fim da Era Vargas; e (ii) dessa data até os dias atuais.[364] Em cada um deles analisaremos conjuntamente as discussões mantidas em ambas as Casas do Congresso.

No capítulo anterior, apresentamos uma tabela dividindo os momentos dos regimes de proteção das obras autorais. Contudo, uma vez que o Brasil tenha surgido como

---

[363] Foram investigadas também as Atas do Conselho de Estado (disponíveis em: <http://bit.ly/conselhodeestado>), as quais, porém, não revelaram nenhum debate interessante para fins deste estudo. Para mais informações acerca do papel do Conselho de Estado durante o Império Brasileiro, vide: Lima Lopes (2010). Da mesma forma, analisamos as sugestões da população à Assembleia Nacional Constituinte de 1988 – SAIC, disponíveis na base de dados histórica do Senado (<http://bit.ly/baseshistoricas>). No entanto, a maior parte dessas contribuições se mostrou pouco técnica, de modo que encontramos uma única que se fez esclarecedora para os fins deste trabalho, a qual será mencionada na nota 479.

[364] Nossa pesquisa se encerrou em janeiro de 2018, não tendo sido analisados projetos de lei ou manifestações parlamentares a partir desse mês.

nação somente no início da quarta época listada ali (isto é, do século XIX até a metade do século XX), por óbvio, iniciaremos nossa investigação a partir de tal momento.[365]

Já a escolha de 1946 como marco cronológico se deu por duas razões. Primeiramente, por entendermos que o fim da Ditadura Getuliana representou o início daquilo que podemos chamar de Brasil Contemporâneo. Em segundo lugar, por coincidir com o momento de transição entre a Arte Moderna e a Arte Contemporânea, com a ascensão dos movimentos que quebraram a separação entre arte, mercado e indústria, a exemplo do Popismo, tal como analisamos no Capítulo 2.

4.1 Do Primeiro Império ao Estado Novo

O Brasil tardou em legislar sobre a propriedade intelectual, em geral. Nossa primeira Constituição, de 1824, assegurou os direitos dos inventores sobre suas descobertas e produções, na forma de privilégio temporário, mas foi silente quanto às criações artísticas, científicas e literárias. Tampouco encontramos qualquer discussão acerca do tema na Constituinte do ano anterior.

Um protótipo de proteção apareceu incidentalmente como sugestão do deputado Lopes Gama em 1823, ao debater um projeto de lei que condecorasse e remunerasse o autor do melhor "tratado de educação physica, moral e intellectual para a mocidade brasileira". O deputado em questão sugeriu, em sessão de 4 de agosto de 1823 (ASSEMBLÉA..., 1879, p. 21), que o produto da venda da obra vencedora deveria ser todo do autor, no que foi apoiado pelo restante da Assembleia Constituinte. A proposição, no entanto, jamais foi aprovada.

A doutrina costuma dizer que a primeira norma sobre direitos autorais em nosso país foi a Lei de XI de *agôsto* de 1827, que criou os cursos jurídicos de São Paulo e Olinda (ASCENSÃO, 1997, p. 10). Isso porque esse diploma estabelece, em seu art. 7º, privilégio de exclusividade, por 10 anos, aos autores sobre seus compêndios utilizados no ensino. A norma não discorre mais sobre esse direito, e os debates legislativos que a precederam não

[365] Não encontramos, durante o regime colonial, leis aplicáveis ao Brasil referentes às criações autorais, exceto pelos diplomas estabelecendo a proibição da edição de livros – o que, por sua vez, explica a ausência de demais normas sobre o tema. Para uma análise sobre o histórico da censura no Brasil Colônia, consultar Martino e Sapaterra (2006).

fazem nenhuma referência a ele, indicando que a questão não deveria ser uma preocupação de nossos congressistas.[366]

Poucos anos depois, o direito de exclusividade temporária do autor foi estabelecido pelo Código Penal de 1830, ao tipificar a impressão, gravura, litografia ou introdução de escritos e estampas feitos, compostos ou traduzidos por brasileiros, enquanto estes estivessem vivos e até 10 anos após sua morte (art. 261). De fato, a Lei Criminal inseriu em nosso ordenamento o direito de autor (desta vez aplicável a todos os escritos, e não mais aos compêndios usados nas Faculdades de Direito). No entanto, a matéria foi tratada apenas marginalmente em um único artigo – uma vez que não era o cerne da norma –, não havendo quaisquer diretrizes sobre a natureza, extensão e aplicabilidade desse direito. Da mesma forma, o Código se refere apenas a escritos e estampas (sem esclarecer do que se trata: seriam, por exemplo, obras de artes plásticas aplicáveis à indústria?). Curioso também que o parágrafo único prevê o caso de os escritos e estampas pertencerem a corporações, hipótese em que o direito e a exclusividade durariam apenas 10 anos. A Lei, contudo, não especifica o momento de início do prazo (seria de sua publicação?), tampouco como as corporações seriam titulares desses direitos (seria por meio da cessão dos autores originais? ou o legislador reconhecer a titularidade originária de pessoas jurídicas? – questão extremamente controversa, conforme veremos mais no tópico 5.1.3).

Os debates que precederam essa norma não esclarecem essas dúvidas, na medida em que o Parlamento não dedicou muito tempo a esse artigo específico – o que é natural, uma vez que não é o foco dessa lei. Da mesma forma, não podemos atestar quais os modelos de autor, de arte e de produção e mercado literários e artísticos que nossos parlamentares consideraram. Ainda assim, o fato de se elencarem "estampas" e escritos, sem qualquer menção a outras obras de arte, e a previsão de titularidade das corporações levam a crer que o modelo de proteção adotado se assemelhava à tutela das criações industriais.

[366] Ainda que silente sobre a questão autoral, as discussões parlamentares sobre a norma são muito interessantes no que diz respeito à formação da carreira jurídicas no Brasil. O legislador debateu não somente quais deveriam ser as matérias ensinadas, mas também o local em que seriam localizadas as Faculdades (chega-se a descartar o Rio de Janeiro, pois a corte "ofereceria muita distração" aos alunos), e se o ensino deveria ser gratuito permitindo acesso mais amplo, ou pago, de modo a selecionar estudantes de "nível mais elevado".

Na segunda metade do século XIX surgiram os primeiros projetos de lei para regular os direitos autorais no Brasil, notadamente, de Aprígio Guimarães, em 1856, e de Gavião Peixoto, no ano seguinte.[367] O tema ficou adormecido por duas décadas, até que José de Alencar apresentasse seu próprio projeto em 1875,[368] o qual tampouco foi adiante. Apenas no final do século teríamos uma discussão mais intensa no Parlamento – período esse, como vimos no capítulo anterior (e retomaremos a seguir), marcado pela internacionalização dos direitos autorais, com a celebração de tratados como a Convenção de Berna, de 1886.

Entre 1886 e 1898 foram apresentados quatro projetos para disciplinar a matéria no Brasil – do Senador Diogo Velho Cavalcante (1886)[369] e dos Deputados Pedro Américo de Figueiredo,[370] Augusto Montenegro[371] e Medeiros de Albuquerque[372] (estes últimos de 1893) –, além da mensagem de 9 de julho de 1891, do Presidente da República, submetendo à aprovação do Congresso a Convenção Literária celebrada com a França naquele mesmo ano. Dessas proposições, a única que viraria lei seria a de Medeiros de Albuquerque, mas apenas em 1898 (como explicaremos a seguir).

Apesar de não ter sistematizado o regime autoral (até por não ser o seu cerne), o Código Penal da República, de 1890 (Decreto 847, de 11 de outubro), foi além do seu antecedente, prevendo o direito de exclusividade não apenas sobre obras literárias, mas também artísticas – ambas protegidas por 10 anos após a morte do autor (art. 345) – e dramáticas (art. 348), bem como sobre os discursos proferidos em público (art. 346).

A Constituição de 1891, por sua vez, foi nossa primeira magna carta a elencar o direito de exclusividade dos autores não somente sobre escritos, mas também sobre as obras artísticas, no prazo que a lei estabelecesse (art. 72, § 26). Ocorre que tal diploma viria apenas sete anos mais tarde, na aprovação do projeto apresentado por Medeiros de

---

[367] Gavião Peixoto apresentou, na verdade, um total de três projetos – dois sobre obras teatrais e um sobre a propriedade literária em geral, conforme nos relata Guimarães (1859, p. 5). As proposições sobre os direitos autorais apresentadas por cada um desses autores são praticamente idênticas, como reconhecido pelo próprio Guimarães (Ibidem, p. 3) e pelas comissões da Câmara que os apreciaram, conforme se infere da transcrição de 7 de julho de 1875, disponível em Camara... (1875, p. 33). Uma cópia de cada um desses projetos pode ser encontrada em referida transcrição.

[368] Cópia integral do projeto está disponível em Camara... (1875, p. 28).

[369] Cópia integral do projeto está disponível em Annaes... (1886, p. 315-316).

[370] Cópia integral do projeto está disponível em Congresso... (1893b, p. 224-226).

[371] Cópia integral do projeto está disponível em Congresso... (1893c, p. 174-176).

[372] Cópia integral do projeto está disponível em Congresso... (1895a, p. 82-84).

Albuquerque,[373] na forma da Lei 496, de 1º de agosto de 1898 (mais conhecida pelo nome de seu autor): a primeira norma brasileira a regular de forma ampla os direitos sobre as criações autorais.

Ou seja, durante quase um século inteiro não tivemos um regime bem definido de tutela das obras artísticas, científicas e literárias – muito provavelmente devido à fraca produção nacional nessa época, ao menos comparada à dos países europeus. Em paralelo, nesse mesmo período, tivemos quatro diplomas diferentes sobre propriedade industrial (tanto no tocante a inventos quanto a marcas).[374] Não se trata, contudo, de fato surpreendente: como explicado no capítulo anterior, a propriedade industrial é mais antiga que o regime autoral (este que se distanciou daquela, e não o contrário). Mais ainda: uma verdadeira indústria de bens artísticos e literários começou a surgir a partir do final do século XIX (como explicado no Capítulo 2), ao passo que os inventos e as marcas já constituíam um mercado significativo – o que reforça o papel do elemento econômico como principal catalizador do direito autoral, tal qual constatado no capítulo anterior.

Na virada do século, Clóvis Beviláqua apresentou seu projeto de Código Civil,[375] aprovado 15 anos depois, em 1916, na forma da Lei 3.071, de 1º de janeiro. O diploma sistematizou de forma detalhada os direitos autorais (arts. 649 a 673), tratando também do contrato de edição (arts. 1.346 a 1.358) e da representação dramática (arts. 1.359 a 1.362).

Quatro anos antes da entrada em vigor do Código Civil de 1916, o Congresso promulgara o Decreto 2.577, de 17 de janeiro de 1912, estendendo a proteção aos autores estrangeiros não residentes no Brasil. Dez anos depois, em 1922, o Parlamento aprovaria a adesão à Convenção de Berna (conforme revista em Berlim, em 1908). Na sessão de 5 de novembro do ano seguinte,[376] foi apresentado ao Senado o projeto de autoria de Inglez de Souza para a reforma do Código Comercial, transformando-o em um Código de Direito Privado. Tal proposição, originalmente datada de quase uma década antes, em 30 de abril de 1912, previu um título específico para os bens intelectuais, dividido em capítulos para

---

373 Projeto 48 – na verdade, um substitutivo ao projeto de Augusto Montenegro, elaborado por Medeiros na condição de relator do parecer da proposição de Montenegro.

374 Lei de 28 de agosto de 183; Decreto 2.682, de 23 de outubro de 1875; Lei 3.129, de 14 de outubro de 1882; e Decreto 3.346, de 14 de outubro de 1887.

375 Teixeira de Freitas havia apresentado seu Esboço de um Código Civil em 1864, omisso quanto à propriedade intelectual.

376 Disponível em Congresso... (1927, p. 69-521).

os direitos autorais, as patentes de invenção, as marcas e os nomes comerciais e industriais. O projeto, entretanto, não avançou no debate legislativo.

Já em 1924, o Executivo deu origem ao Decreto 4.790, de 2 de janeiro, voltado a regular as obras autorais, mas sem grandes inovações em relação ao que já previa o Código Civil de 1916. Pouco tempo depois, em 1928, também por iniciativa da Presidência da República, foram promulgados os Decretos 5.492, de 16 de julho, e 18.527, de 10 de dezembro, ambos voltados a regular as empresas teatrais. Tais normas revelam certo desenvolvimento do cenário artístico, especialmente quanto à dramaturgia, prevendo inclusive a existência de sociedades de defesa de direitos autorais (respectivamente, nos arts. 28, 53 e 54).

Até a primeira metade do século XX, e o consequente fim do Estado Novo, em 1946, tivemos pouca inovação legislativa na matéria.[377] As Constituições de 1934 (art. 113, 20) e 1946 (art. 141, § 19) basicamente repetiram o previsto no texto de 1891 no que se refere a direitos autorais. A de 1937, por sua vez, foi omissa sobre o tema, estabelecendo que seria de competência privativa da União legislar sobre a matéria (art. 16, XX). Os debates anteriores a essas Cartas (exceto a de 1937, que foi outorgada) não trazem qualquer discussão sobre o tema, sugerindo que não se tratou de uma verdadeira preocupação dos constituintes.

No âmbito infraconstitucional, a última norma do período em questão (isto é, anterior a 1950) a tratar de direitos autorais foi o Código Penal de 1940 (Decreto 2.848, de 7 de dezembro). O art. 184 (alterado posteriormente de forma pouco substancial pelas Leis 6.985, de 17 de dezembro de 1980, e 10.965, de 1º de julho de 2003) seguiu caminho contrário aos códigos criminais anteriores, tipificando de forma sucinta a violação de direito de autor.

Uma vez exposta a evolução normativa do regime de tutela das criações artísticas, científicas e literárias no Brasil até 1950, passaremos agora a analisar os debates legislativos que se pautaram no país nesse intervalo. Dessa forma, verificaremos se o panorama teórico, as teses jurídicas, e os interesses e conflitos subjacentes que pautaram as

[377] Deixaremos de fora de nossa análise a Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926, uma vez que, apesar de ter alterado o art. 71, que previa os direitos autorais, do ponto de vista material, não teve nenhuma mudança quanto a esse tema.

escolhas do legislador foram os mesmos que orientaram a doutrina para esse período, como levantado no capítulo anterior.

No cenário artístico, como vimos no Capítulo 2, a era considerada (entre o século XIX e a primeira metade do século XXI) observou algumas transformações: notadamente, uma progressiva massificação dos bens artísticos e literários. Esta, por sua vez, levou ao Modernismo, reforçando a autonomia da arte, separada da práxis, e o afastamento do artista em relação ao mercado, enaltecendo uma figura romantizada da produção autoral. Como reação a essa corrente, as Vanguardas do início do século XX tentaram reintegrar a arte à vida, questionando e ampliando o conceito de obra artística (com a inclusão da fotografia e do cinema, por exemplo). Nesse contexto, movimentos ocorridos na Inglaterra (*Arts & Crafts*), França (Escola de Nancy), Holanda (*De Stjl*) e Alemanha (Escola Bauhaus) visaram a reaproximar as obras artísticas dos artigos industriais por meio do design e da arquitetura. Já o final desse período veria os primeiros passos da Arte Contemporânea (por meio, por exemplo, do Popismo) no sentido de promover a eliminação das barreiras entre arte e comércio, inserindo o artista numa lógica de mercado.

Já no plano acadêmico, concluímos no capítulo precedente que a doutrina, de forma geral: (i) foi influenciada internamente pelo liberalismo econômico e, no plano internacional, pelo protecionismo; (ii) apresentou críticas à teoria da propriedade, em favor da ideia de um direito sagrado, natural e humano; (iii) tratou a arte como ente separado da indústria, justificando um afastamento do regime autoral em relação à propriedade industrial (o que ocasionou problemas nas zonas cinzentas da arte aplicada); bem como (iv) apontou uma oposição entre editores e autores, comediantes e dramaturgos, e países com indústria editorial e nações contrafatoras.

Nos moldes do capítulo anterior, analisaremos a seguir como nossos parlamentares lidaram com as seguintes questões: (a) natureza jurídica do regime autoral; (b) as diferenças em relação à propriedade industrial, em especial no tocante à arte aplicada; (c) a figura romantizada do autor; (d) a questão econômica subjacente; e (e) o debate internacional entre as nações produtoras e importadoras de bens autorais.

4.1.1 Natureza jurídica

A discussão acerca da natureza jurídica do direito de autor provavelmente foi o tópico que mais tomou o tempo – e mais exaltou o ânimo – dos nossos legisladores na votação das leis editadas no período aqui analisado. A primeira opinião que encontramos de um parlamentar brasileiro sobre o tema foi proferida no Senado, pelo Visconde de Cairu, em 1829, ao se debruçar sobre um projeto de lei acerca da liberdade de imprensa. Na ocasião, o Senador mencionou a possibilidade de um autor alienar ao editor a propriedade sobre seu escrito.[378]

Por sua vez, as primeiras normas brasileiras a tratarem (ainda que superficialmente) dos direitos autorais – como vimos, a Lei de XI de agosto de 1827 e o Código Criminal de 1830 –, por mais que não recorram a essa nomenclatura,[379] adotam um sistema mais próximo ao privilégio[380] que à propriedade, uma vez que estabelecem uma limitação temporal do direito de exclusividade. Em igual sentido, os projetos apresentados por Aprígio Guimarães e Gavião Peixoto, respectivamente em 1856 e 1857, apesar de reconhecerem expressamente o direito de propriedade, também se assemelham à natureza de privilégio, ao condicionarem-no a um prazo (art. 1º).[381]

Tal orientação seria criticada por partidários do regime de propriedade, como José de Alencar, na sessão de 7 de julho de 1875, ao apresentar seu próprio projeto de lei sobre as obras artísticas, científicas e literárias (CAMARA..., 1875, p. 29-30).[382]

---

[378] Sessão de 21 de maio de 1829. Disponível nos Annaes... (1914, p. 195).

[379] O Código Criminal de 1830 colocou o dispositivo referente à proteção autoral (art. 261) no Título de crimes contra a propriedade.

[380] Adotamos aqui a palavra privilégio no mesmo sentido que o legislador da época – isto é, como um direito de exclusivo temporário. Note-se, porém, que a justificativa teórica que os parlamentares brasileiros utilizam para esse regime (conforme relatado adiante) é muito distinta do regime de privilégios do Absolutismo, como analisamos no capítulo anterior. Prova disso se vê na manifestação do Senador Visconde de Abaeté, ao discutir a proposição da Câmara nº 318, concedendo um privilégio particular para a introdução no Brasil de determinado artigo elétrico. Na ocasião, havia um sentimento de rejeição do Parlamento à concessão de qualquer espécie de privilégio (no sentido de monopólio), dado que predominava um pensamento econômico mais liberal, em oposição ao mercantilismo da era colonial. Assim, o Visconde sustenta que o único privilégio exclusivo aceitável seria na hipótese de invenções e descobertas, pois neste caso haveria propriedade intelectual ou artística (ANNAES..., 1875b, p. 73). Interessante notar que o Senador, ao mesmo tempo em que fala de privilégio, defende se tratar os direitos autorais de regime de propriedade.

[381] Como veremos a seguir, alguns projetos e leis que adotaram expressamente o regime proprietário, a exemplo daquele de autoria de Pedro Américo (1893) e do Código Criminal de 1890, previam um prazo para o direito de exclusividade.

[382] A proposição de Alencar é categórica ao assegurar às criações autorais as mesmas garantias da propriedade em geral (art. 1º). Na exposição de motivos, o Deputado diz que a sociedade iniciou-se pela

A partir daí se sucederia uma série de projetos de leis distintos, parte adotando um regime; parte, o outro.[383] Nesse sentido, presenciamos cinco embates travados em plenário entre os defensores da natureza proprietária e do privilégio,[384-385] um dos quais se refere, na verdade, à tutela das invenções, e não das criações autorais.[386] Refletindo a discussão doutrinária que analisamos no capítulo anterior, os parlamentares partidários da

---

apropriação da individualidade, que foi sendo retomada pelo cristianismo. A soberania individual, contudo, ainda não teria sido plenamente retomada, sendo o trabalho literário e artístico uma parte da atividade ainda confiscada, uma vez que seu caráter sagrado de propriedade – a mais individual das propriedades e um verdadeiro direito natural – ainda não fora reconhecido. Alencar chega a se dizer empolgado em fazer que o Brasil seja o primeiro país a reconhecer na legislação que a propriedade intelectual é uma propriedade (CAMARA..., 1875, p. 30). Em linhas gerais, o deputado segue aqui a mesma opinião proferida por ele doutrinariamente, conforme discorremos no capítulo anterior (ALENCAR, 1883, p. 46-56).

383 Uma terceira vertente aparece na crítica do Deputado Fernando M. de Simas, em 20 de janeiro de 1901, segundo o qual tanto os privilégios de invenção como a propriedade literária seriam monopólios (CONGRESSO..., 1901, p. 99). Em igual sentido, a Organização Voluntários da Pátria, ao justificar sua proposta de emenda, lida em reunião da Assembleia Constituinte em 26 de dezembro de 1933, cita Teixeira Mendes ao dizer que a propriedade literária seria "[...] uma das mais perniciosas aberrações de nosso tempo" (REPÚBLICA..., 1936, p. 30). Em seu lugar, recomenda que o Estado banque a publicação das obras e pague uma pensão aos autores como remuneração (Ibidem). Trata-se, no entanto, de uma corrente minoritária, não tendo a emenda sido aprovada, por óbvio.

384 Entre: (i) os Senadores Henrique D'Ávila e Diogo Velho, em 18 de setembro de 1885, ao discutirem o Decreto 9.045, de 20 de outubro de 1883, que regulara os privilégios de invenção – cujo projeto fora de autoria de Velho (ANNAES..., 1886, p. 184); (ii) os Deputados Augusto Montenegro, de um lado, e Nilo Peçanha (CONGRESSO..., 1893a, p. 400-432) e José Avelino (CONGRESSO..., 1893b, p. 10), de outro, tratando do Parecer 69, de 22 de junho de 1893 (de relatoria de Montenegro) pela não aprovação da Convenção Literária com a França celebrada em 31 de janeiro daquele ano; (iii) os Deputados Pedro Américo e Medeiros de Albuquerque, na sessão de 7 de agosto, em que Montenegro apresentou o Projeto 209, de 8 de agosto de 1893, de sua autoria (CONGRESSO..., 1893c, p. 157); (iv) os Senadores Ramiro Barcellos e Coelho Rodrigues, em 17 de dezembro de 1896 (CONGRESSO..., 1897, p. 41-41); e (v) entre Nilo Peçanha e Medeiros de Albuquerque, em 20 de março de 1902, sobre o Projeto 1, de 1902, de Clóvis Beviláqua, que viria a se tornar o Código Civil de 1916 (CONGRESSO..., 1902a, p. 167-168). Curioso quanto a esse último embate que, para Peçanha, o estabelecimento de prazo para propriedade autoral seria decorrente da influência socialista sobre o Congresso (para ele, o próprio Medeiros seria socialista), uma vez que se trataria de uma limitação ao direito de propriedade e, portanto, socialismo.

385 Identificamos três parlamentares se manifestando quanto à natureza controversa do instituto: nas notas explicativas ao projeto de Diogo Velho sobre direito de autor, apresentado em 6 de outubro de 1886 (ANNAES..., 1886, p. 314) – mesma opinião foi proferida por ele doutrinariamente, conforme vimos no capítulo anterior (VELHO, 1886, p. 13); no Parecer 69, de 22 de junho de 1893 (de relatoria do Deputado Augusto Montenegro), pela não aprovação da Convenção Literária com a França em 31 de janeiro daquele ano (CONGRESSO..., 1893a, p. 400); e, em 26 de fevereiro de 1902, na manifestação de J. J. Seabra, Presidente da Comissão Especial da Câmara dos Deputados para apreciar o Projeto 1, de 1902, que viria a se tornar o Código Civil de 1916 (CONGRESSO..., 1902a, p. 50).

Interessante notar nesses debates que Henrique D'Ávila aponta uma tendência geral a se equiparar, no seu uso e no seu gozo, a propriedade intelectual às outras propriedades (ANNAES..., 1886, p. 184). Velho, por sua vez, discorre sobre a evolução doutrinária acerca da matéria, mencionando a quarta categoria de direitos proposta por Picard para os bens intelectuais (ANNAES..., 1886, p. 317); da qual falamos no capítulo anterior. Já Seabra, como veremos na nota 394, que também resume a evolução do instituto nas suas distintas fases, alega que a discussão sobre a natureza jurídica afasta o foco da realidade econômica (CONGRESSO..., 1902a, p. 50). Em igual sentido, na Constituinte de 1946, Ferreira de Sousa, ao falar da polêmica quanto à natureza da propriedade industrial, defende que o legislador não deve intervir em questões de ordem doutrinária (REPÚBLICA..., 1946, p. 32).

386 Aquele indicado no item "i" duas notas acima.

tutela por meio da propriedade se baseavam nas ideias de que a obra seria fruto do trabalho do seu autor, devendo lhe pertencer sob a mesma forma que a Lei tutelava os bens materiais,[387] e de que haveria previsão de tutela legal já no Direito Romano.[388] Para estes, a propriedade literária seria a mais sagrada[389] e legítima[390] das propriedades – argumento que identificamos na doutrina, no capítulo precedente.

De outro lado, os congressistas favoráveis ao privilégio justificavam seu posicionamento na falta de um objeto material, sobre o qual recaísse o direito de propriedade, e no caráter temporal do direito de exclusividade sobre as obras artísticas, literárias e científicas[391] – assim como fizeram os doutrinadores da época, como vimos no Capítulo 3.

---

[387] Como defendido por Peçanha, ao discutir parecer pela não aprovação da Convenção Literária com a França, em 22 de junho de 1893 (CONGRESSO..., 1893a, p. 405); Barcellos, em 17 de dezembro de 1896, ao discutir o projeto de lei de direitos autorais de Medeiros, que viria a se tornar nossa primeira norma a sistematizar a matéria (CONGRESSO..., 1897, p. 41-41); o Deputado Manoel de Campos Cartier, relator do parecer da Comissão de Constituição e Justiça sobre o Projeto 130, de 1911, estendendo a proteção autoral a estrangeiros, em 10 de outubro daquele ano (CONGRESSO..., 1914a, p. 270).

[388] Como sustentado por José Avelino na sessão de 1º de julho de 1893, tratando do parecer pela não aprovação da Convenção Literária com a França (CONGRESSO..., 1893b, p. 10); e Pedro Américo, ao justificar seu projeto de lei, em 11 de julho (CONGRESSO..., 1893b, p. 10) e em 14 de agosto (CONGRESSO..., 1893c, p. 323) também do mesmo ano.

[389] A exemplo: (i) do Visconde de Abaeté, ao discutir a proposição da Câmara nº 318, concedendo um privilégio particular para a introdução no Brasil de determinado artigo eletrônico (ANNAES..., 1875b, p. 73); (ii) do Deputado Nilo Peçanha, no seu voto em separado pela aprovação da Convenção Literária com a França, em 22 de junho de 1893 (CONGRESSO..., 1893a, p. 405), e ao debater o parecer da Comissão Especial da Câmara dos Deputados sobre o projeto de Código Civil de Beviláqua, em 20 de março de 1902 (CONGRESSO..., 1902b, p. 166); e (iii) do Deputado Pedro Américo, ao analisar o projeto de lei de direitos autorais de Augusto Montenegro, em 7 de agosto do mesmo ano (CONGRESSO..., 1893c, p. 157).

[390] Peçanha, no seu voto em separado pela aprovação da Convenção Literária com a França, em 22 de junho de 1893, diz que a propriedade literária é mais propriedade que as demais (CONGRESSO..., 1893a, p. 405). Em sentido semelhante, manifesta-se José Avelino, na sessão de 1º de julho, discutindo a mesma norma (CONGRESSO..., 1893b, p. 10).

[391] A exemplo de Medeiros de Albuquerque, no parecer sobre o projeto de lei de Augusto Montenegro, em 10 de agosto de 1894 (CONGRESSO..., 1895a, p. 74). Segundo Medeiros, apenas três países adotariam o regime de propriedade: Venezuela, Guatemala e México, nações sem tradição literária (Ibidem, p. 75). Em igual sentido, na sessão do Senado de 17 de dezembro de 1896, discutindo o projeto de lei de Medeiros, Coelho Rodrigues chega mesmo a dizer que não existe propriedade literária, questionando sobre o que ela recairia: se seria, por exemplo, sobre o arranjo das palavras (CONGRESSO..., 1897, p. 41-41). Nilo Peçanha, por sua vez, refuta o argumento de que a propriedade literária não poderia existir por incidir sobre algo que é criado com base no conhecimento e a língua comuns, pois a obra, congregação desses elementos públicos, é que seria o trabalho apropriável (CONGRESSO..., 1893a, p. 430). O Deputado apresenta também uma visão interessante quanto ao desenvolvimento do direito de propriedade, cujo conceito nem sempre foi o mesmo, tendo evoluído de propriedade comum para a propriedade individual, o que cria novos incentivos na sociedade (CONGRESSO..., 1902b, p. 167). Da mesma forma, para ele, o reconhecimento da propriedade literária seria o segundo passo civilizatório após a abolição da escravatura (Ibidem, p. 168).

No final do século XIX, a corrente de defesa do regime de propriedade dava sinais de perder força[392] – tal como se observou na doutrina, no capítulo anterior – na medida em que a Constituição de 1891 (a primeira no Brasil a prever direitos autorais) subordinava tal tutela a um prazo a ser estabelecido pela legislação ordinária. Em igual sentido, os três projetos de lei de direito autoral apresentados em 1893 – de Pedro Américo, Augusto Montenegro e Medeiros de Albuquerque (sendo este um substitutivo do projeto de Montenegro) – limitavam temporalmente o direito, ainda que o projeto de Américo equivalesse o regime ao de propriedade, no que diz respeito à sua transmissão (art. 2º, § 2º).[393] A proposta de Medeiros sai vencedora na Câmara, mas enfrenta no Senado a mesma discussão, desta vez entre Coelho Rodrigues, a favor do privilégio, e Ramiro Barcellos, pela propriedade (CONGRESSO..., 1897, p. 41-41). Também nessa Casa o regime temporário prevalece, passando a constar na nossa primeira Lei de Direitos Autorais, de 1898.[394]

Novamente em 1902, o debate retorna na apreciação do projeto de Código Civil submetido por Beviláqua. A proposição inicial não estabelecia prazo para exercício (art. 744, no original), tendo a Comissão Especial da Câmara esbarrado no mandamento da Constituição quanto à limitação temporal (ao qual nos referimos anteriormente). Segundo Medeiros (CONGRESSO..., 1902b, p. 136), tal fator foi essencial para que o Congresso

---

[392] Nesse sentido, Medeiros de Albuquerque, em 10 de agosto de 1894, ao ler seu parecer, sobre o projeto de lei de Augusto Montenegro, fala que quase todos os autores estão concordando em não tratá-la como propriedade (CONGRESSO..., 1895a, p. 74).

[393] Américo usa uma nomenclatura interessante, na medida em que separa (art. 4º) "propriedade literária" de "direito autoral", de modo que a primeira se referiria ao aspecto material ou pecuniário e o segundo trataria do aspecto moral (CONGRESSO..., 1893b, p. 10).

[394] J. J. Seabra, Presidente da Comissão Especial da Câmara dos Deputados para apreciar o projeto do Código Civil de 1916, cita Beviláqua, autor da proposição, dizendo que privilégio foi uma das fases da propriedade literária – primeiro dos editores, depois dos autores –, da qual já se afastara. Também menciona Tobias Barreto, que dividiu o instituto em três fases – privilégio do editor e depois do autor, que vai do século V até o XIX; propriedade literária; e direito autoral, idêntico ao direito do editor e do livreiro, puro direito de propriedade. Seabra prossegue mencionando uma nova fase, em que se reconhece direito de personalidade, da qual falaremos adiante. Em sentido semelhante, o Senador Affonso Celso, discutindo sobre o projeto do Senado letra B, de 1885, sobre marcas de fábrica e comércio, em 30 de julho daquele ano, fala da história da proteção autoral em Portugal, na era absolutista, por meio da outorga de privilégios por corporações de artistas, sob a proteção do Rei – em consonância com o que descrevemos sobre o financiamento das artes no período, no Capítulo 2. Note que aqui tanto Seabra como Celso usam a mesma ideia de privilégio que a doutrina – isto é, como um monopólio concedido pelas corporações de ofício e pelo Estado –, concepção distinta daquela usada para o mesmo termo por outros legisladores da época, para quem privilégio era sinônimo de proteção temporária, como mencionado anteriormente. Em suma, sua análise coincide com as nossas conclusões do capítulo anterior.

alterasse o projeto de Beviláqua, transformando a proteção das obras autorais no regime de privilégio, mas um privilégio pessoal colocado na parte de direitos das coisas.[395]

De fato, observamos que, independentemente da corrente adotada (propriedade ou privilégio), há certo consenso em que os direitos autorais apresentariam um lado personalíssimo,[396] bem como de direito natural.[397]

A partir do século XX, a ideia de propriedade perde espaço entre os legisladores (tal qual ocorrido na doutrina, como vimos no capítulo anterior), praticamente não havendo mais menções na legislação (os termos "propriedade literária" e "privilégio" deixam de ser utilizados em favor de "direitos de autor", ainda que "propriedade intelectual" tenha se consolidado).[398] Assim como observado entre os doutrinadores, perante os congressistas e na nossa legislação, a evolução da natureza jurídica dos direitos autorais, afastando-se do regime de propriedade, é acompanhada de um distanciamento em relação à propriedade industrial. Tal fenômeno será objeto do tópico seguinte.

---

395 Medeiros alegou que Beviláqua, em livro sobre o seu projeto de Código Civil, tratara do direito autoral na parte de direito das pessoas, dando a entender no prefácio que deveriam ser enquadrados numa terceira categoria, a dos direitos intelectuais (CONGRESSO..., 1902b, p. 136). O deputado concluiu que o direito de autor estava em evolução, afastando-se da propriedade (Ibidem) – no que se assemelhou à orientação dos doutrinadores da época, conforme vimos no capítulo precedente.

396 A exemplo de: José de Alencar, na sessão de 7 de julho de 1875, ao apresentar seu próprio projeto de lei sobre as obras artísticas, científicas e literárias, que chama por vezes de "produções do espírito" (CAMARA..., 1875, p. 30); Pedro Américo, em 14 de agosto de 1893, ao criticar o projeto de Montenegro (CONGRESSO..., 1893c, p. 325); Medeiros de Albuquerque, no parecer sobre o projeto de lei de Augusto Montenegro, em 10 de agosto de 1894 (CONGRESSO..., 1895a, p. 74-75); e Peçanha, em 20 de março de 1902, ao discutir o parecer da Comissão Especial da Câmara dos Deputados sobre o projeto de Código Civil de Beviláqua (CONGRESSO..., 1902b, p. 166). Em sentido semelhante, o Senador Joaquim Nabuco, em sessão de 4 de setembro de 1875, alega que a marca é sinal de personalidade que cada um imprime em seus produtos (ANNAES..., 1875a, p. 66).

397 Nesse sentido, José de Alencar, na sessão de 7 de julho de 1875, ao apresentar seu próprio projeto de lei sobre as obras artísticas, científicas e literárias (CAMARA..., 1875, p. 29), e Américo, em 14 de agosto de 1893, ao criticar o projeto de Montenegro (CONGRESSO..., 1893c, p. 323). Da mesma forma, o Parecer 69, de 22 de junho de 1893 (de relatoria do Deputado Augusto Montenegro), pela não aprovação da Convenção Literária com a França em 31 de janeiro daquele ano, ao mencionar a incompatibilidade da propriedade literária com a propriedade do direito romano, diz que aquela estaria mais próxima do direito natural (CONGRESSO..., 1893a, p. 400). Na direção contrária, anos antes (em 9 de outubro de 1871), o Visconde de São Vicente sustentara perante o Senado que a escravidão, assim como os inventos, e a propriedade artística e literária, seria uma forma de propriedade puramente legal, obra puramente do legislador e mera instituição legislativa, não tendo fundamento na natureza (ANNAES..., 1871, p. 87).

398 Assim como entre os doutrinadores (conforme explicado no capítulo antecedente), a evolução levantada aqui não é exatamente linear. Por exemplo, em de 26 de novembro de 1917, no parecer do Projeto 363, de 1917, que autoriza o Brasil a aderir à Convenção Internacional de Berlim (Revisão de Berlim da Convenção de Berna) e a se inscrever no Bureau Internacional para a proteção de obras literárias e artísticas, o Relator Coelho Neto expressamente equivale direito autoral ao regime de propriedade (CONGRESSO..., 1919, p. 393). Em igual sentido, Ferreira de Sousa na Constituinte de 1946 (REPÚBLICA..., 1946, p. 32). Como veremos no tópico 4.2.1, mesmo em debates mais recentes, observamos parlamentares se referindo aos direitos autorais como uma forma de propriedade. Ainda assim, de forma geral, conseguimos identificar a evolução traçada neste tópico.

4.1.2 Diferenças em relação à propriedade industrial

No capítulo anterior demonstramos como, doutrinariamente (e também nas legislações inglesa e francesa), o regime autoral se separou de sua origem comum à propriedade industrial, tomando feições próprias à medida que perdeu seu caráter de propriedade. Dessa forma, passou a incorporar uma ideia de vínculo personalíssimo, descolado de aspecto utilitário ou comercial – em consonância com a visão autônoma da arte que analisamos no Capítulo 2.

Todavia, ao investigarmos a evolução legislativa do regime no caso brasileiro, observamos que essa origem comum não necessariamente se aplica. Isso porque não tivemos no Brasil um sistema de privilégios igual àquele das corporações de ofício medievais ou dos estados absolutistas, tal qual observamos no capítulo anterior. Por sua vez, a razão disso reside no fato de que tanto a manufatura como a impressão de livros estiveram proibidas no Brasil até a chegada da Família Real, em 1808. Assim, formalmente, nunca tivemos um mesmo instituto jurídico para tratar tanto as obras artísticas, científicas e literárias, de um lado, como as invenções e demais artigos industriais, de outro.

Não obstante, percebemos num primeiro momento da atividade legislativa brasileira um desnorteamento dos nossos parlamentares quanto à distinção entre os regimes. Nesse sentido, notamos uma confusão quanto à nomenclatura adotada, por exemplo, no projeto de lei de Aprígio Guimarães, de 1856, que fala em invenção (art. 2º, 1º), e na manifestação de José de Alencar, na sessão de 7 de julho de 1875, ao apresentar seu próprio projeto de lei sobre as obras artísticas, científicas e literárias, que por vezes as chama de "invenções" (CAMARA..., 1875, p. 31). No mesmo ano (1875), o Senador Joaquim Nabuco, em sessão de 4 de setembro, discutindo projeto de lei, de origem da Câmara, sobre marcas, diz que estas seriam da mesma família das patentes de invenção e também da propriedade literária e artística (ANNAES..., 1875a, p. 67). Apesar disso, Nabuco identifica uma diferença entre os institutos, na medida em que critica o estabelecimento de penas mais severas à violação de marcas do que da propriedade literária, pois nesse caso haveria violação da propriedade alheia, "[...] o que sem duvida é muito mais grave e mais directo contra o direito de propriedade" (Ibidem, p. 66-67).

Essa confusão seria reprovada pelo Senador Henrique D'Ávila, segundo o qual Diogo Velho, ao defender o projeto sobre privilégios de invenção – que deu origem ao

Decreto 9.045, de 20 de outubro de 1883 –, misturara as naturezas distintas dos inventos industriais com as produções literárias e artísticas (ANNAES..., 1886, p. 185).[399] Como vimos acima, para Velho, as obras autorais deveriam ser tratadas pelo regime de privilégio (da mesma forma que os artigos industriais), enquanto, para D'Ávila, aquelas seriam tuteláveis por um verdadeiro direito de propriedade.

De igual maneira, mesmo para parlamentares que defendiam uma natureza comum a ambos os regimes, a exemplo de Medeiros de Albuquerque,[400] existiria ao menos uma diferença quanto ao prazo de proteção que deveria ser garantido para cada um. Assim, ao ler seu parecer sobre o projeto de direito autoral de Augusto Montenegro, em 10 de agosto de 1894, Medeiros sustenta que a invenção industrial seria mais lucrativa que as criações artísticas e literárias, razão pela qual a exclusividade daquelas deveria ser por tempo inferior (CONGRESSO..., 1895a, p. 75).[401]

Tal qual ocorrido na doutrina, como vimos anteriormente, a separação entre direitos autorais e propriedade industrial se cristaliza na legislação. Seja nos nossos Códigos Penais, nas nossas Constituições[402] ou no projeto de Código de Direito Privado de

---

399 Em igual sentido, Velho, ao explicar ao Senado, em 6 de outubro de 1886, seu projeto de lei de direito autoral, menciona que a parte penal está o "[...] quanto possível approximada á lei 1882, que regulou as patentes de invenção" (ANNAES..., 1886, p. 317).

400 Nas palavras de Medeiros: "Desde o seu principio essa natureza [do direito autoral] se manifestou inteiramente igual á dos *privilegios industriaes*" (CONGRESSO..., 1895a, p. 74). Tanto um como outro representariam um trabalho intelectual "[...] que merece recompensa e traz o cunho de uma personalidade que deve ser respeitada" (Ibidem, p. 74-75). De igual maneira, a regra prevista no projeto de Augusto Montenegro, segundo a qual o direito de traduzir uma obra só caberia exclusivamente ao autor quando este realizasse ou autorizasse a tradução em até determinado tempo após a publicação do original, assimilaria direitos autorais ao privilégio industrial. Isso porque o titular deveria produzir a invenção dentro de um prazo específico, sob risco de perder seu privilégio. Nesse contexto, para Medeiros, tanto o privilégio literário quanto o industrial seriam privilégios sociais, ou seja, o seu titular não poderia guardar a obra ou a invenção para si (Ibidem, p. 77). Além disso, esse direito de tradução por terceiros, após determinado período, também assemelharia o privilégio autoral ao industrial, na medida em que este não impediria terceiros de melhorarem o invento (Ibidem, p. 79). Mais adiante, em 18 de março de 1902, quando discutia o projeto de Código Civil, Medeiros voltaria a defender a semelhança dos regimes: "A questão ahi não é de direito, é de psychologia; e não há psychologo que encontre differença nos requisitos intelectuais precisos para conceber o systema do mundo como uma machina bem organizada, para constituir um mecanismo destinado a qualquer fim industrial, para idear um romance. São operações do mesmo genero" (CONGRESSO..., 1902b, p. 136).

401 Nesse sentido, Medeiros aponta dois elementos interessantes: (i) a ideia de mercado artístico considerada por ele é distinta daquela da Economia Criativa, em que bens autorais não consistem em ativos comerciais de grande relevância; e, (ii) independentemente do indicado em "i", uma preocupação econômica se fazia presente nos debates sobre a edição das normas relativas ao direito autoral. Ambos os temas serão retomados com mais atenção nos tópicos seguintes.

402 Assim, a justificativa à emenda proposta pela Organização Voluntários da Pátria, lida em reunião da Assembleia Constituinte, datada de 26 de dezembro de 1933, menciona Alexandre Herculano, criticando a assimilação do privilégio dos autores à propriedade industrial (REPÚBLICA..., 1936, p. 30). Em sentido contrário, na Constituinte de 1946, Ferreira de Sousa propõe a Emenda 3.101 ao artigo 159, parágrafos 22, 23 e 24, do projeto da Lei Maior, sugerindo um único dispositivo genérico para abarcar as

Inglez de Souza, os dois regimes são tratados em artigos ou mesmo capítulos distintos. O Código Civil de 1916, por exemplo, sequer menciona as invenções e marcas,[403] seguindo o entendimento de que tais matérias, diferentemente dos bens autorais, seriam objeto do Direito Comercial.

Assim como analisamos nos capítulos anteriores, a separação entre direito autoral e propriedade industrial passou a gerar problemas a partir do final do século XIX, quando houve uma reaproximação entre arte e indústria. Veremos a seguir se essa questão tornou-se, em algum momento do período considerado, uma preocupação de nosso legislador.

4.1.3 Arte aplicada

Ainda que nossos congressistas tenham se debatido longamente quanto à natureza dos direitos autorais e suas diferenças entre a propriedade industrial, a arte aplicada – e o problema de qual regime seria aplicável a ela, se é que existe algum – pouco lhes tomou a atenção, diferentemente do ocorrido na doutrina (conforme vimos anteriormente).

Os projetos de Aprígio de Guimarães e de Gavião Peixoto, no final da década de 1850, são silentes quanto à matéria. O de Gavião Peixoto apenas menciona que o conceito de obras adotado compreende toda sorte de produção em ciências, letras e belas-artes (art. 1º, § 1º), o que nos leva a crer que estaria excluído o gênero da arte aplicada.

Três décadas depois, em 1886, Diogo Velho apresentaria seu projeto, abrangendo as obras de arte reproduzidas por processos industriais ou aplicadas à indústria (art. 4º, § 2º).[404] Por sua vez, a proposição de Pedro Américo, de 1893, excluiria da

---

distintas formas de criação intelectuais. Ferreira justifica sua recomendação pela dinâmica evolutiva do instituto, que se multiplicou das figuras iniciais de direitos autorais, privilégios de invenção e marcas, passando a cobrir um campo mais vasto, que inclui os títulos de estabelecimento, as insígnias e as frases de propaganda (REPÚBLICA..., 1946, p. 31). Sua ideia, contudo, não foi aceita.

403 O art. 1.346, ao tratar do contrato de edição, fala em "obras industriais", sem especificar quais seriam.

404 Ao explicar o texto ao Senado, em 6 de outubro de 1886, ele diz: "As obras d'arte podem ser reproduzidas por processos industriaes: exemplo – uma estatua original póde servir de modelo a um fabricante de bronzes e ser tirada em infinitos exemplares. As mesmas obras podem tambem ser applicadas á industria: exemplo – aquellas reproducções da estatua original podem ser empregadas para figuras de ornamentação nos jardins, no topo das escadas, para postes de lampeões, etc. Em ambos os casos, isto é, sejão as obras reproduzidas por processos industriaes, ou sejão applicadas á industria,

proteção as obras arquitetônicas que não tivessem caráter eminentemente artístico (art. 7º, § 3º), sem nada dizer a respeito das demais formas de arte aplicada. Já a de Augusto Montenegro, também de 1893, é omissa quanto ao assunto.

A Lei Medeiros de Albuquerque, de 1894, previu expressamente que a reprodução de obra de arte por processo industrial ou sua aplicação à indústria não lhe prejudicariam o caráter artístico, permanecendo submetida à tutela dos direitos autorais (art. 18).

O Código Civil de 1916 voltou a tornar o assunto silente, ao passo que a Convenção de Berna, revista em Berlim, à qual o Brasil acedeu em 1922, pouco agregou, na medida em que estabeleceu que as obras de arte aplicada seriam protegidas na forma permitida pela legislação de cada país (Artigo 2).

Em suma, verificamos que, diferentemente da reação doutrinária, a questão do regime de tutela das obras de arte aplicada não preocupou o legislador nacional, praticamente não figurando nas nossas normas e tampouco nos debates que as precederam. Podemos supor que isso tenha ocorrido pelo surgimento tardio das indústrias artísticas no Brasil, em ritmo mais lento do que ocorria ao mesmo tempo na Europa, tal qual descrito no Capítulo 2. Da mesma forma, é possível que nosso Congresso tivesse uma visão romantizada de artista e arte ainda muito ligadas ao contexto de transição entre os séculos XVIII e XIX, tomando por base o criador individual, que produz suas obras para fins meramente estéticos e expressivos, completamente desligadas de função econômica e utilitária. Nos próximos dois tópicos verificaremos essa hipótese.

4.1.4 O autor romantizado

Desde o surgimento do Brasil como nação autônoma até metade do século XX, notamos que, tal como a doutrina do período (conforme investigamos no capítulo precedente), nossos congressistas tiveram em conta uma figura de artista extremamente idealizada. Essa visão primeiro se mostra clara quando analisamos a argumentação acerca

subsiste o direito do autor e, conseguintemente, devem ser reguladas pelas disposições legaes que o protegem" (ANNAES..., 1886, p. 317).

do caráter personalíssimo e sacramental dos direitos autorais,[405] de que tratamos anteriormente – e que, como falaremos adiante, perdura até hoje no Congresso.

Na mesma linha, a visão que nosso legislador teve da atividade artística é aquela típica da transição entre os séculos XVIII e XIX, sobre a qual discorremos no Capítulo 2: uma produção desapegada do mercado, voltada para si mesma e para valores mais elevados, como a beleza.[406] É o que depreendemos do Parecer da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, de 26 de fevereiro de 1902, sobre o projeto do Código Civil de Clóvis Beviláqua (não tratando, porém, diretamente da propriedade artística):

> A *Arte*, em todos os tempos, hontem, como hoje, não tem sido mais do que as *effusões do sentimento e o brinco da imaginação* deante do espectaculo das cousas e das peripecias da existência humana. [...] a arte é sempre o dominio do sentimento e da imaginativa que lhe servem de arma, e tem com alvo supremo a realisação do *bello*. Seu fim não é o *verdadeiro* como o da sciencia, ou o util como o da industria, ou o *justo* como o direito, ou o *bem* como o da moral, ou a *realização da vontade nacional* como o da política (CONGRESSO..., 1902a, p. 37).[407]

Ou seja, a arte – e consequentemente o artista – preocupar-se-ia com a produção do belo e o exercício da criatividade, e não do útil ou do que agrega valor econômico, diferentemente dos artigos industriais, de que tratamos no tópico anterior. Segundo Medeiros de Albuquerque, inclusive, seria esse lado imaginativo e pouco pragmático que tornaria os direitos autorais matéria tão complexa, conforme explica no seu parecer sobre o projeto de lei de Augusto Montenegro:

> Direitos autorais a princípio parecem simples, de senso comum, mas uma análise cuidadosa revela sua complexidade. Isso porque beneficiam pessoas que são "mestres na palavra", que vêm há séculos tentando os "recursos mais capciosos" pra garantirem seus direitos, o que não é não é

---

405 Conforme Nilo Peçanha, em 20 de março de 1902, ao discutir o parecer da Comissão Especial da Câmara dos Deputados sobre o projeto de Código Civil de Beviláqua: "A propriedade intellectual custa mais trabalho, mais sacrificios, e encerra muito mais profundamente e intimamente o emprego das faculdades superiores do homem. Si ha escadas no direito, a propriedade intellectual tem o primeiro degrao" (CONGRESSO..., 1902b, p. 166).

406 Nesse sentido, em discussão sobre o projeto de lei acerca do concurso para eleger "o melhor tratado de educação physica, moral e intellectual, para a mocidade brasileira" – que mencionaremos a seguir –, Andrada Machado diz: "[...] as obras de espirito não se pagão com dinheiro" (ASSEMBLEIA..., 1879, p. 20). Ainda assim (como veremos no tópico seguinte), por trás da visão idealizada da atividade artística, havia já um reconhecimento dos setores dependentes desses bens, como o teatro, bem como uma preocupação com aspectos econômicos resultantes da proteção autoral. Nesse sentido, conforme discorreremos adiante, alguns parlamentares identificariam nos direitos autorais uma finalidade de tutelar negócios, a despeito da argumentação filosófica em prol da personalidade do artista.

407 De igual maneira, Pedro Américo, alguns anos antes, ao criticar o projeto de lei autoral de Augusto Montenegro, em 9 de agosto de 1893, se referira constantemente às figuras de escritor, literato e artista como "cultores do belo" (CONGRESSO..., 1893c, p. 232-234).

> "cavalheiresco nem poético", mas humano. Qualquer negociante de outros gêneros tentaria a mesma coisa, não entendida aqui a palavra negociante como pejorativa, já que os autores são operários como quaisquer outros. Acontece que os "homens de letras" nem sempre tiveram o necessário senso jurídico, trazendo a imaginação para um campo a que não pertence e, assim, embaralhando a questão (CONGRESSO..., 1895a, p. 73).

Assim, para o legislador, por mais que o artista seja um operário, o aproveitamento comercial das obras serviria apenas para sua subsistência,[408] razão pela qual seriam quase sempre miseráveis. Nesse sentido, já em 1823, os deputados, ao discutirem na Assembleia Constituinte o projeto de lei acerca do concurso para eleger "o melhor tratado de educação physica, moral e intellectual, para a mocidade brasileira", apesar de sustentarem ser necessária remuneração financeira por esse trabalho, o fazem com base no argumento de que os escritores seriam pobres (CAMARA..., 1878, p. 180).[409] Curiosamente, dois congressistas nesse período eram autores conhecidos – Deputados José de Alencar (no século XIX) e Jorge Amado (na primeira metade do século XX) –, ao passo que dois – Senador Coelho Rodrigues[410] e Deputado Pedro Américo[411] – identificavam-se

---

[408] Encontramos uma visão ligeiramente dissonante nas notas explicativas de Diogo Velho sobre seu projeto de lei autoral, apresentado em 6 de outubro de 1886. Segundo o deputado: "Quando, na phrase de Dupin, o escriptor ou o artista tendo acabado o seu trabalho faz-se negociante, desappareceu o prestigio da sciencia ou da arte e apparece o direito civil. O momento em que isto succede manifesta-se ou pela publicação da obra, ou pela sua exhibição ao publico" (ANNAES..., 1886, p. 317). Por outro lado, Velho reforça a ideia de separação entre arte e comércio, na medida em que o artista assumiria outra função: a de negociante, incompatível com o prestígio artístico. Como vimos no Capítulo 2, somente na metade do século XX, passaria a ser aceito o comércio como parte integrante da atividade artística.

[409] Nas palavras do Deputado Andrada Machado, em sessão de 4 de agosto de 1823: "Tambem penso que além da gloria litteraria deve haver algum estimulo pecuniario, até mesmo porque em geral os litteratos são sempre os maiores pobretões" (ASSEMBLEIA..., 1879, p. 20). De maneira semelhante, 50 anos depois, em sessão de 21 de abril de 1873, ao debater um projeto sobre pensão a ser paga à viúva do escritor Gonçalves Dias, o Senador F. Octaviano discorreu dramaticamente sobre a situação financeira da Sra. Dias: "Pois bem, senhores, a viuva do nosso imortal poeta está arcando com a miseria e apesar de sua débil compleixão, é obrigada a dar lições em casas particulares, com uma fadiga que a está matando a pouco e pouco, para não morrer á fome ou não estender a mão ás esmolas" (ANNAES..., 1873, p. 131). Medeiros de Albuquerque, por sua vez, para defender a extensão dos direitos autorais aos herdeiros após a morte do autor, como previsto em seu projeto de lei, menciona que os autores não deixariam nada para sua família, salvo o resultado advindo de seus livros (CONGRESSO..., 1895a, p. 124). Já no parecer ao Projeto 363, de 1917, que autoriza a aderir à Convenção de Berna (conforme revista em Berlim), Coelho Neto diz que, sem proteção, o autor morrerá na miséria (CONGRESSO..., 1919, p. 393). Em sentido semelhante, a Organização Voluntários da Pátria, ao justificar sua proposta de emenda, lida em reunião da Assembleia Constituinte em 26 de dezembro de 1933, cita Teixeira Mendes ao dizer que a propriedade literária seria "[...] incapaz de salvar da miséria os gênios mais úteis" (REPÚBLICA..., 1936, p. 30). Como veremos no tópico 4.2.2, esse tipo de argumento permanece presente entre nossos parlamentares até os dias atuais.

[410] Coelho Rodrigues, ao debater o projeto de lei de Medeiros de Albuquerque, em 1896, desqualifica a opinião de seu colega, Ramiro Barcellos, alegando ser este rico, filho de fazendeiro, de modo que nunca teria tido que lidar com editores (CONGRESSO..., 1897, p. 45). No entanto, dado o requisito censitário mencionado a seguir, sabemos que todos os parlamentares da época dispunham de recursos.

como membros da classe. Todos estes, no entanto, fogem do estereótipo do escritor miserável – seja porque, até a Constituição de 1891, havia critérios censitários para poder se candidatar a cargos legislativos,[412] seja pelo sucesso que tiveram com suas obras, celebradas até hoje.

Em outros momentos, nossos parlamentares demonstraram uma visão idealizada sobre a criação artística, ao discorrerem sobre como, quanto mais velho o artista, melhor a qualidade da sua produção intelectual. Dessa maneira, estaria justificado o prazo de proteção dos direitos autorais se estender após a morte do autor, favorecendo os herdeiros.[413]

Em suma, nossos congressistas, ao editarem as normas sobre direito autoral no período considerado, tiveram em mente a figura clássica de artista do início do século XIX: um agente individual, que cria obras para expressar sua personalidade, fora da lógica mercantil – resultando, portanto, em condições miseráveis. Esse último aspecto – isto é, a forma de subsistência – revela uma constante preocupação de ordem econômica por parte dos nossos parlamentares ao legislarem sobre os direitos autorais. Analisaremos esse tema a seguir.

4.1.5 A questão econômica

Como vimos, nosso legislador, até a metade do século XX, seguindo a orientação da doutrina da época, considerou uma visão romantizada da produção artística, como algo não voltado para um fim prático. Isso não significa, contudo, que tenha ignorado a necessidade de financiamento para que essa atividade se concretizasse. Nesse sentido, manifestou-se Andrada Machado, em 4 de agosto de 1823, ao debater o projeto de lei que condecoraria e remuneraria "o autor do melhor tratado de educação physica, moral

411 ao propor um projeto de lei sobre direitos autorais, Américo apresenta-se como pintor, além de escritor (CONGRESSO..., 1893b, p. 224).

412 Conforme arts. 45, IV, e 95, I, da Constituição de 1824.

413 Nesse sentido, os Senadores Diogo Velho, ao apresentar as notas explicativas do seu projeto de lei sobre direitos autorais, em sessão de 6 de outubro de 1886 (ANNAES..., 1886, p. 317), e Coelho Rodrigues, ao discutir o projeto de lei de Medeiros de Albuquerque, em 17 de setembro de 1896 (CONGRESSO..., 1897, p. 45). Curiosamente, o parecer de Medeiros sobre a norma proposta por Augusto Montenegro – sobre a qual baseou seu próprio projeto de lei, que acabou se tornando nosso primeiro diploma autoral – argumenta ser injusto vincular o prazo à morte do autor, uma vez que geralmente os trabalhos do final da vida são melhores e consomem mais anos de dedicação (a exemplo das obras de escritores como Émile Zola), sendo melhor, portanto, que a proteção corresse a partir da publicação, como previsto em outras jurisdições (CONGRESSO..., 1895a, p. 76).

e intellectual, para a mocidade brasileira". Em resposta a Velloso Soares, que se opunha ao prêmio em forma de dinheiro ao vencedor, por "não ser o tesouro destinado a interesses particulares", Andrada faz uma comparação entre as motivações individuais de seu tempo e as de Roma Antiga: enquanto os romanos se sacrificariam pela pátria apenas por "uma corôa de louro", nos tempos de Andrada, "[...] o dinheiro [seria] um poderoso estimulo e [conviria] applical-o para termos o tratado" (ASSEMBLÉA..., 1879, p. 20).

De forma análoga, Diogo Velho, na exposição de motivos de seu projeto de lei (em 6 de outubro de 1886), diz que os autores têm duas formas de tirar proveito de suas obras: primeiro pecuniariamente – o que seria legítimo e honroso, por ser fruto de seu trabalho – e, em segundo lugar, a fama e a glória, fazendo evoluir a ciência e o gosto e o culto do belo (ANNAES..., 1886, p. 317).

Medeiros, por sua vez, é ainda mais direto sobre a justificativa da proteção sobre as obras, ao apresentar seu projeto de lei:

> *A questão da propriedade litteraria, apezar de ser magnificamente sustentada por bellos espíritos*, é uma questão de negocio, é uma questão de lucro. O autor quer encontrar collocação para sua obra, como o produtor de qualquer outro genero de primeira necessidade. *Vende-se o livro, como se vende o assucar, como se vende o feijão, como se vende o milho. Ninguém trabalha somente pela glória*. Em geral os espiritos superiores não trabalham somente para fazer jus a posteridade, ás estatuas futuras e ás apoteoses. *Todo o mundo trabalha para viver* (CONGRESSO..., 1895a, p. 125, grifos nossos).[414]

Tal visão contradiz o que sustentamos no tópico anterior quanto à visão idealizada que o legislador tinha do artista e de sua atividade criativa? Não nos parecer ser o caso. Como apontamos anteriormente, tanto Diogo Velho quanto Medeiros de Albuquerque também se referiram ao autor de forma romantizada, seja ao tratarem do direito autoral como personalíssimo, seja ressaltando o caráter imaginativo e pouco prático do artista, seja dissociando o processo de criação em face do comércio de suas obras. Mais ainda, os dois parlamentares insistem na ideia do proveito econômico da obra como o fruto

[414] Note que, além das justificativas filosófica e econômica, no parecer que elaborou sobre o projeto de lei de Augusto Montenegro, Medeiros apresenta mais duas razões para a tutela jurídica das criações autorais (CONGRESSO..., 1895a, p. 74-75). A primeira seria uma questão tecnológica: ao discorrer sobre a história dos direitos autorais, associa-a ao surgimento da imprensa, e não ao Direito Romano. Isso porque não haveria necessidade de tutela jurídica, ao menos das obras literárias, numa época em que poucos liam. A segunda seria uma forma de controle tanto de informações – isto é, censura – quanto da qualidade das obras postas em circulação (tal como descrito por nós no capítulo anterior). Note que Medeiros, ao tratar dessa evolução do instituto, frisa que se refere a todas as obras artísticas, e não apenas às literárias.

de um trabalho, e não como uma exploração sistemática, em escala industrial. Isso se coaduna com a figura individual de autor, que busca a subsistência por meio de suas criações. Dessa forma, o que as declarações acima revelam é que, por trás do discurso filosófico sobre o direito autoral, havia uma preocupação clara (e mais direta do que a que identificamos na doutrina) de ordem econômica ao se legislar quanto ao tema.

Nesse sentido, J. J. Seabra, Presidente da Comissão Especial da Câmara dos Deputados para apreciar o projeto de Código Civil de 1916, chega a dizer que a discussão sobre a natureza jurídica do regime autoral afasta "[...] as vistas do mundo contemporaneo, do viver economico da actualidade, dos factores da moderna riqueza, entre as quaes natureza e capital são sobrepujados pelo trabalho humano e neste, em uma proporção crescente, as aptidões intellectuaes vão predominando" (CONGRESSO..., 1902a, p. 50).

A fala de Seabra é interessante, pois nos revela a consciência do legislador, já no começo do século XX, sobre a crescente relevância da criação intelectual na atividade econômica. Mesmo antes de Seabra, alguns parlamentares já criticavam a mercantilização de atividades dependentes de obras artísticas, a exemplo de Gavião Peixoto, ao apresentar seu projeto de lei, para quem "[...] o theatro entre nós não passa por ora de um *negocio*. O espírito mercantil que existe neste seculo tanto tem progredido, já avassalou até o theatro, até as letras" (CAMARA...,1857, p. 46).

Em igual sentido, Diogo Velho, na exposição de motivos do seu projeto de lei autoral, de 1886, justifica os artigos referentes à empresa jornalística e ao mercado de execução musical (ANNAES..., 1886, p. 317). Também Medeiros de Albuquerque, em seu parecer sobre o projeto de lei autoral de Augusto Montenegro, identifica o surgimento de indústrias ligadas às atividades artísticas, como o teatro, que, para ele, seria gênero mais lucrativo que a literatura (CONGRESSO..., 1895a, p. 81).

Como vimos nos primeiros capítulos, tais indústrias se desenvolvem antes da Economia Criativa, representando uma massificação dos bens artísticos, objeto de crítica pelo Modernismo, e não ignorada pela doutrina jurídica da época. Essas atividades, porém, não conflitam com a ideia romantizada do artista, na medida em que não é ele, em regra, quem comercializa as obras. A exploração econômica ficaria por parte de terceiros, como os editores e as empresas teatrais – levando naturalmente a um conflito de interesses entre estes e os autores. Tal embate foi alvo de atenção por parte de Gavião Peixoto, ao apresentar seu projeto de lei em 1857, preocupado com que não se garantisse ao autor apenas uma fração do lucro obtido pelos empresários nos espetáculos teatrais

(CAMARA..., 1857, p. 47), e por José de Alencar, para quem, sem propriedade literária, editores não pagariam valores consideráveis para autores, pois não poderiam concorrer com editores que não o fizessem (CAMARA..., 1875, p. 30). Em igual sentido, Coelho Rodrigues, em 1896, critica o projeto de lei de Medeiros de Albuquerque, alegando que os direitos autorais privilegiariam mais os editores do que os escritores (CONGRESSO..., 1897, p. 44). Nas palavras de Coelho: "Não há classe alguma mais explorada do que a dos homens que fazem profissão da penna. [...] editores são ricos e escriptores são pobres e quem procura sujeita-se á lei da offerta. O procurado é o editor e quem procura é o escritor [...]" (CONGRESSO..., 1897, p. 40).[415]

Coelho também é citado em 1913 pelo Deputado Mello Franco, em seu parecer sobre o projeto de Código Civil de Beviláqua. Segundo Franco, Coelho entenderia que tipificar o contrato de edição – tal como previsto no texto de Beviláqua – seria uma forma de se proteger mais o autor do que o editor (CONGRESSO..., 1913, p. 201-202).[416-417]

---

[415] Coelho critica duas previsões específicas do projeto de Medeiros: a possibilidade de autores alienarem direitos sobre as obras e a proibição de o autor rescindir o contrato com o editor a cada nova edição da obra (CONGRESSO..., 1897, p. 42). Na mesma linha, a Organização Voluntários da Pátria, ao justificar sua proposta de emenda, lida em reunião da Assembleia Constituinte em 26 de dezembro de 1933, cita Teixeira Mendes, para quem: "[...] a propriedade literária que é inútil para a conservação e difusão dos tesouros intelectuais da Humanidade, é incapaz de salvar da miséria os gênios mais úteis e assegura pelo contrário a prosperidade das almas perversas que mercadizam com a degradação social" (REPÚBLICA..., 1936, p. 30). Em sentido exatamente contrário, Deputado Coelho Neto, relator do parecer sobre a adesão do Brasil à Convenção de Berna (conforme revista em Berlim), para quem a ausência de direito autoral, na forma de direito de propriedade, os editores "lucrarão milhões" às custas dos autores, que morrerão na miséria (CONGRESSO..., 1919, p. 393). Qualquer que seja a visão adotada, reconhece-se uma oposição de interesses entre autores e editores. Tal disputa entre esses dois grupos, no período considerado, aparece na pesquisa legislativa realizada por VALENTE (2018, p. 37-40), por exemplo na surgimento da Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Editores de Música (Sbacem). VALENTE (2018, p. 53) também chama a atenção para o fato de que "[n]o final dos anos 1940 [encerrando, portanto, o recorte temporal desta parte da pesquisa], com o rádio e o disco, intérpretes (cantores) começavam a ganhar grande proeminência na cena musical, deslocando o foco das atenções da figura do compositor, estrela das execuções dos clubes sociais de até então, e levantando ressentimentos".

[416] Assim sendo, tal dispositivo permaneceu na redação final do Código (arts. 1.346 a 1.358), apesar de, como nos relata Franco, a comissão especial nomeada pelo Governo para dar parecer sobre o projeto ter julgado que, no Brasil, ainda não havia necessidade de se regular o contrato de edição como algo específico (CONGRESSO..., 1913, p. 203).

[417] O parecer de Franco também cita Rossel, sobre o Código Suíço de Obrigações (de onde o projeto de Código Brasileiro tirara os artigos sobre contrato de edição), para quem tal regulação visava especialmente à organização e elaboração das grandes obras coletivas (Ibidem, p. 204). Como veremos no tópico 5.1.3, as obras coletivas e em colaboração estão relacionadas ao desenvolvimento das Indústrias Culturais, representando um dos problemas de adaptação do regime autoral à Economia Criativa. Outra incompatibilidade contemporânea do instituto que analisaremos também no tópico 5.1.3 é a titularidade de direitos por parte de pessoas jurídicas, o que foi previsto indiretamente no projeto de Pedro Américo, ao estabelecer que pertenceriam ao Estado as obras contratadas pela administração pública, presumindo-se a cessão por parte de funcionários ou particulares não remunerados que tiverem

Além dos conflitos entre autores e editores, e dramaturgos e empresários teatrais, nosso legislador – tal qual a doutrina, como vimos no tópico 3.2.5 – também se ocupou de outra oposição de interesses, desta vez no cenário internacional, entre países com tradição literária e artística, que queriam exportar a proteção autoral às demais nações, e países contrafatores. Trataremos disso no tópico seguinte.

4.1.6 A questão internacional

A oposição de interesses relativos às obras intelectuais, no nível exterior, se faz clara nos debates legislativos acerca da aprovação de tratados ou de normas que estendiam a estrangeiros não residentes no Brasil o mesmo nível de proteção dado aos nacionais sobre suas criações. Nessa linha, o Parecer 69, de 22 de junho de 1893 (de relatoria de Augusto Montenegro), opinou pela não aprovação da convenção celebrada com a França em 31 de janeiro daquele ano, por meio do qual nosso país reconheceria aos cidadãos daquele a tutela sobre suas obras.

O parecer de Montenegro inicia com argumentos baseados na instrução pública, na medida em que se restringiria o acesso no Brasil à literatura francesa (CONGRESSO..., 1893a, p. 402). O deputado explica que uma das justificativas da convenção seria favorecer a literatura nacional, uma vez que esse mercado floresceria a partir do aumento dos preços das traduções, na medida em que estas passariam a depender de licença dos autores franceses. Contudo, para Montenegro, esse argumento não deveria ser considerado, pois à literatura não se deveriam aplicar taxas aduaneiras como aos outros produtos, reforçando a visão de que a arte estaria num nível acima do econômico. Entretanto, para o relator, se essa lógica comercial fosse considerada, seria preciso levar em conta também que o Brasil não era tratado de forma favorável pela França em outros mercados (Ibidem, p. 403).

A partir daí, Montenegro baseia-se majoritariamente em argumentos econômicos,[418] alegando que o acordo favoreceria financeiramente apenas a França

colaborado com a obra fora da relação de emprego (art. 2º, § 2º) e diretamente no de Augusto Montenegro (art. 3º, § 2º), ambos de 1893.

[418] O que reforça o que já havíamos observado quanto à doutrina no capítulo anterior: isto é, que a justificativa filosófica acaba mascarando a questão econômica, esta sim determinante na formação do regime autoral. Uma preocupação incidental com a qualidade das obras literárias importadas aparece mais adiante no parecer, quando Montenegro diz: "Não são as descobertas de Pasteur, Chevreuil e outros que irão cobrar no mercado brazileiro os direitos de autor, são os romances de Richebourg e outros fabricantes de folhetim que irão pezar sobre a bolsa do contribuinte brasileiro, e com estas a lei brasileira

(CONGRESSO..., 1893a, p. 403), e que os interesses comerciais, financeiros e industriais constituiriam as "poderosas alavancas da diplomacia moderna", tais quais as guerras no passado (Ibidem, p. 403). Assim sendo, a convenção deveria ser colocada no mesmo nível que qualquer outro tratado comercial,[419] como aquelas sobre as marcas de fábrica[420] ou para a diminuição de direitos aduaneiros (Ibidem). Mais ainda: se a convenção adotava a noção de direito autoral como propriedade, idêntica aos demais bens – à qual Medeiros era contrário, conforme explicamos no tópico 4.1.1 –, então as obras artísticas, científicas e literárias não deveriam ser tratadas de forma distinta, colocando-as num pedestal mais elevado (Ibidem). Nessa esteira, conclui que "[...] o tratado litterario de 31 de janeiro de 1891 não foi feito para salvaguardar as glorias scientificas e litterarias do mundo, foi para salvaguardar esse interesse litterario, fructo deste seculo que converteu as lettras em um mercantilismo" (Ibidem, p. 436), e que "[o]s francezes zelam no estrangeiro não só o seu assucar como os seus romances" (Ibidem, p. 441).[421]

Em outras palavras, Montenegro reconhece o surgimento de uma indústria editorial – apesar de pessoalmente criticar a massificação e a monetização da criação artística –, opondo países produtores e importadores de conteúdo autoral. Ou seja, no momento em que os interesses econômicos nacionais eram afetados,[422] Montenegro – quem, como vimos, apresentaria um projeto de lei admitindo o caráter personalíssimo do

não deve ter contemplação, nem deve o governo preferir estes ao interesse da massa da quasi totalidade dos que sabem ler neste paiz" (CONGRESSO..., 1893a, p. 436-437). Vemos aí uma crítica pessoal à literatura de massa, da mesma forma que proposta por Adorno e Benjamin, assim como pelos Modernistas, tal qual explicado no Capítulo 2. Ou seja, por mais que surgisse uma indústria editorial, prevalecia a ideia de que a literatura comercial maculava o caráter mais elevado da arte, como já exploramos anteriormente.

419 Nesse sentido, diz que Suíça e Bélgica revogaram tratados literários com a França como retaliação pela denúncia (por este país) de tratados comerciais (CONGRESSO..., 1893a, p. 438). Da mesma forma, no mesmo dia em que teriam assinado acordos literários entre si, Suíça e França haveriam firmado também convenções comerciais, mostrando o vínculo entre eles (Ibidem). Por fim, conclui que, se o Brasil assinasse o tratado literário e depois quisesse denunciá-lo, poderia sofrer retaliações severas da França (Ibidem, p. 439).

420 Interessante a aproximação feita com a propriedade industrial, em sentido contrário ao que analisamos em tópico precedente.

421 Ao apresentar seu próprio projeto de lei, também em 1893, Pedro Américo reconhece o receio de se regular a matéria no Brasil, pois assim se facilitaria a celebração do tratado com a França (CONGRESSO..., 1893c, p. 326).

422 Nessa linha, Medeiros diz que o tratado poderia não afetar o negócio de livreiros (que lucram com venda de originais), mas comprometeria o negócio de tradutores e empresários de teatro – uma vez que teriam que pagar licenças aos autores franceses (Ibidem, p. 402) e quebraria as empresas tipográficas de jornais pelo interior do país (Ibidem, p. 436).

direito autoral – se nega a estender a escritores estrangeiros tal proteção.[423] Isso reforça o que já havíamos observado quanto à doutrina no capítulo anterior: quando se tocam questões econômicas, a justificativa filosófica da tutela das obras artísticas, científicas e literárias é deixada de lado.

Em sentido semelhante, Medeiros de Albuquerque, no parecer que elaborou para o projeto de lei de Montenegro, diz que a briga da França com o Brasil acerca da proteção autoral não tem nada de moral: é puro interesse comercial e industrial, tanto que a cláusula de direito de autor figurava em tratados de comércio (CONGRESSO..., 1895a, p. 79-80). Mais ainda, alega que a reciprocidade entre Brasil e França, quanto à proteção de obras literárias, representaria uma invasão de obras francesas, dada a maior produção desse país (Ibidem, p. 80).[424]

A tutela dos autores estrangeiros não residentes no Brasil, deixada de fora do projeto de Medeiros, gerou grandes debates entre os parlamentares.[425] A terceira discussão sobre a proposição, levada a cabo na Câmara em 4 de setembro de 1894, inicia-se sob a justificativa de se proteger o desenvolvimento do pensamento nacional (CONGRESSO..., 1895b, p. 50-51), logo descambando, mais uma vez, para o lado econômico. Assim, se manifesta Herculano de Freitas: "Dar, porém, de mão beijada o reconhecimento de direitos de autores estrangeiros sem uma unica compensação, não é acto de boa politica economica e é contrario aos interesses da inteligência nacional. [...] a lucta de hoje é em todos os sentidos: é material, economica e intellectual" (Ibidem, p. 51).[426]

Já quando o projeto de Medeiros foi apreciado no Senado, em 1896, Coelho Rodrigues sustentou que a propriedade literária só teria surgido depois que belgas começaram a contrafazer obras francesas, sendo que antes, quando a França contrafazia obras inglesas e alemãs, não teria havido essa pressão internacional por parte daquele país

---

[423] Curioso que o projeto de Montenegro, apresentado apenas dois meses após seu parecer sobre o tratado com a França, concedia proteção às obras de estrangeiros, desde que estes tivessem representante legal constituído no Brasil (cf. art. 1º, parágrafo único).

[424] Ainda assim, Medeiros reconhece que alguns dispositivos do projeto, relativos a modificações e adaptações, sairiam da esfera econômica e entrariam na questão moral, evitando afetar a honra do autor (CONGRESSO..., 1895a, p. 80).

[425] Discorrendo sobre outros dispositivos do projeto, como o prazo de proteção de 10 anos após a morte do autor, Pedro Américo critica o fato de Medeiros ter se baseado na legislação alemã, uma vez que seria muito diferente da realidade brasileira, de fraca produção literária (CONGRESSO..., 1893c, p. 233).

[426] O deputado também fala em mercados estrangeiros e em lucros da indústria nacional (CONGRESSO..., 1895b, p. 51).

(CONGRESSO..., 1897, p. 42).[427] Da mesma forma, alega que conceder direito aos estrangeiros privilegiaria a França, e que a propriedade literária não favoreceria os autores brasileiros (Ibidem, p. 44).

Assim sendo, a proteção de estrangeiros não residentes no Brasil ficaria excluída do texto final da nossa primeira lei de direito autoral (cf. art. 1º). Somente em 10 de outubro de 1911, Alcino Guanabara e Coelho Neto apresentaria o Projeto 130-A, estendendo a tutela às obras editadas em países que tenham celebrado convenções internacionais ou tratados com o Brasil sobre direitos autorais. Apesar de aprovada, dando origem ao Decreto 2.577, de 17 de janeiro de 1912, a proposição foi contestada por parlamentares, como Honorio Gurgel, para quem, "[...] como negocio, seria prejudicial; [pois] a producção de livros estrangeiros é muito maior" (CONGRESSO..., 1914a, p. 870).[428]

Em suma, na análise dos debates fica claro o reconhecimento, por nosso legislador, de interesses conflitantes no âmbito internacional acerca da proteção das obras artísticas, científicas e literárias. No mesmo sentido, os parlamentares brasileiros perceberam também uma oposição mesmo entre grupos pátrios, como autores e editores, e empresários teatrais e dramaturgos, assim como tratado no tópico anterior. Dessa forma, vimos que, no período compreendido entre o surgimento de nosso país e a metade do século XX, ao mesmo tempo em que os Congressistas discorreram largamente sobre a justificativa ética do regime autoral – atribuindo-lhe um caráter personalíssimo e sacramental, mesmo que discordando sobre sua natureza jurídica –, deixaram-na de lado quando sua regulamentação afetava interesses de ordem econômica. Na mesma linha, nossos parlamentares tinham ciência do surgimento de algumas indústrias que se baseavam nas criações intelectuais, apesar de separarem tais atividades da produção artística, na medida em que esta se voltaria para fins mais elevados, sendo o comércio das obras realizado ou por terceiros (os editores e as empresas teatrais) ou como forma de

---

[427] Em sentido contrario, em 1893, Nilo Peçanha sustentara na Câmara, em seu voto em separado ao parecer de Augusto Montenegro sobre a convenção literária com a França, que a propriedade literária não seria invenção daquele país (CONGRESSO..., 1893a, p. 405).

[428] Em outra discussão a respeito do mesmo projeto, Gurgel disse também: "A situação é, pois, muito contraria aos nossos interesses, contraria á industria de impressão e de encadernação nacionaes, visto que naturalmente os nossos livros, em vez de serem impressos no Brazil, sel-o-hão em Portugal, onde, si tiverem de ser lidos, não ficarão sujeitos a direitos de importação, e, si tiverem de vir para o Brazil, pagarão apenas a taxa de 300 réis o kílo" (CONGRESSO..., 1914b, p. 622). Seis anos depois, ao se debater o projeto de adesão do Brasil à Convenção de Berna (conforme revista em Berlim), Coelho Neto criticaria aqueles que se oporiam ao tratado por questões de política internacional, alegando que somente favoreceriam os países estrangeiros (CONGRESSO..., 1919, p. 394).

subsistência do artista. Consequentemente, vemos que nosso legislador, no período aqui analisado – assim como a doutrina, de que tratamos no Capítulo 3 –, tinha uma ideia do fenômeno artístico própria do início do século XIX, muito distinta daquela que observamos na Economia Criativa, após os anos 1950, tal como descrevemos no Capítulo 2.

A seguir, verificaremos se o mesmo se deu entre nossos deputados e senadores entre a segunda metade do século XX e a atualidade, época em que foram promulgadas nossas leis correntes sobre os direitos autorais.

4.2 De 1950 a 2018

Se, como analisamos, o período entre a Independência do Brasil e a queda do Estado Novo, em 1946, foi marcado por esparsos debates legislativos no que diz respeito aos direitos autorais, os anos posteriores à metade do século XX viram brotar uma intensa discussão acerca do tema, com a propositura de centenas de projetos de lei[429] sobre a matéria.[430] Tal florescimento está intimamente ligado ao desenvolvimento tecnológico,

[429] Neste capítulo, adotaremos daqui em diante as siglas PL para Projeto de Lei, PLC para Projeto de Lei da Câmara, PLS para Projeto de Lei do Senado, PRC para Projeto de Resolução da Câmara, DCN para Diário do Congresso Nacional, DSF para Diário do Senado Federal, DCD para Diário da Câmara dos Deputados, e CPI para Comissão Parlamentar de Inquérito. A esse respeito, quando tratarmos de fontes, abreviaremos as datas conforme sistema "dd.mm.aaaa". Com essas informações, as respectivas fontes podem ser facilmente acessadas nos *sites* da Câmara (http://bit.ly/diariocamara) e do Senado (http://bit.ly/diario-senado). Mais informações sobre os respectivos PLs (incluindo cópia integral da proposição, dos pareceres das comissões e demais documentos anexados) podem ser obtidas também nos sites das Casas (http://bit.ly/plscamara e http://bit.ly/plssenado).

[430] Para fins deste estudo, analisamos aproximadamente 400 projetos de lei, muitos dos quais, no entanto, eram praticamente repetições de proposições não aprovadas. No final das contas, a quantidade de normas efetivamente promulgadas sobre a matéria foi pequena: duas leis sobre direitos autorais – Lei 5.988, de 14 de dezembro de 1973, e Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, tendo esta última sofrido menores alterações por duas vezes (por meio das Leis 12.091, de 11 de novembro de 2009, e 12.853, de 14 de agosto de 2013); previsão nas três Constituições do período – 1967 (art. 150, §§ 24 e 25), 1969 (art. 153, §§ 24 e 25) e 1988 (art. 5º, XXVII a XXIX); uma alteração ao Código Penal (por meio da Lei 10.695, de 1º de julho de 2003); duas normas sobre direitos conexos (Lei 4.944, de 6 de abril de 1966, e Decreto 4.533, de 19 de dezembro de 2002); um diploma sobre a cobrança de direitos autorais em exibições cinematográficas (Decreto-lei 980, de 20 de outubro de 1969); uma lei regulamentando a profissão de artista (Lei 6.533, de 24 de maio de 1978); e dois diplomas sobre softwares – Lei 7.646, de 18 de dezembro de 1987; e Lei 9.609, de 19 de fevereiro de 1998 –, excluindo-se menções ao regime autoral em algumas outras normas, que pouco interessam para os fins deste estudo e os tratados aprovados sobre a matéria, que tampouco são muitos (conforme veremos no tópico 6.3). De qualquer forma, o número impressiona, em face da dezena de projetos apresentados no período abordado na seção anterior. Ainda assim, é uma quantidade inferior às discussões que se teve em relação à propriedade industrial, no mesmo período. Nesse sentido, Napolitano (2011, p. 99), ao fazer uma pesquisa dos debates relativos à propriedade intelectual na Constituinte de 1988, com base em palavras chaves, conclui que: "A baixa incidência de argumentos relacionados aos direitos de autor (direito autoral e direito de autor) em detrimento da maior quantidade de aparição de argumentos relacionados aos direitos da propriedade industrial (direito industrial, patentes e marcas) pode indicar que o legislador constituinte deu maior atenção a estes direitos do que aqueles".

com o surgimento de novos meios de comunicação – como rádio, TV e internet – e a consequente ascensão da Economia Criativa, na forma descrita no Capítulo 2. Nesse sentido, analisaremos a seguir como os parlamentares passam a tratar de uma série de indústrias específicas ligadas aos bens autorais – principalmente musicais, que até então pouco haviam aparecido no âmbito legislativo –, além daquelas de que se ocuparam até 1950 (notadamente, editoração e teatro, tal como vimos anteriormente), além dos desafios propostos pelas novas formas de difusão das criações.[431]

Nesse contexto, tentaremos identificar a seguir quais teorias sobre a natureza jurídica nosso legislador contemporâneo adotou para o instituto; bem como as figuras de artista e atividade artística que considerou; se tratou das zonas cinzentas entre o regime autoral e a propriedade industrial; quais foram as questões econômicas que motivaram a edição das normas; e os conflitos entre grupos de interesses (também na esfera internacional) que as discussões revelam.

4.2.1 Natureza jurídica

Diferentemente da época analisada anteriormente, a natureza jurídica dos direitos autorais pouco ocupou o tempo dos nossos parlamentares a partir da segunda metade do século XX. Nesse sentido, não identificamos nenhum momento em que se debatessem teorias distintas sobre a questão, mas sim situações em que se afirma determinada característica desses direitos, tal como seu aspecto personalíssimo[432] ou de

---

[431] Nesse sentido, a maioria dos projetos de lei apresentados no período girou em torno dos mesmos temas: reestruturação do ECAD, para garantir maior transparência e participação da classe artística; numeração das obras (sejam livros ou discos), para maior controle dos autores sobre a exploração comercial feita por editoras e gravadoras; e inclusão, na Lei, de hipóteses de exceção ao pagamento de direitos autorais, principalmente àqueles referentes à execução musical em eventos sem finalidade comercial, ou realizada por entidades comunitárias (como rádios locais) ou por estabelecimentos cuja atividade principal não gira em torno da comercialização das obras (ex.: hotéis, bares e restaurantes).

[432] Por exemplo, no Parecer 38, de 08.03.1990, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (sob relatoria de Cid Saboia de Carvalho) sobre o PLS 249/1989, do Senador Luiz Viana Filho – que daria origem à nossa atual Lei de Direitos Autorais. O relatório sugere mencionar expressamente no texto da lei, na parte em que se refere a direitos morais, o seu caráter personalíssimo, para orientar os magistrados a melhor decidirem no caso concreto (DCN 2, 21.03.1990, p. 777). Tal sugestão, contudo, não entrou na redação final. Também Aloysio Nunes Ferreira (PSDB/SP), fazendo aparte à fala de Gleisi Hoffmann (PT/PR), em 21.03.2011, sobre o PL que a Senadora apresentaria: "O direito autoral é o resultado do trabalho da pessoa. Não há renda que derive do trabalho tão diretamente quanto a do direito do autor" (DSF, 22.03.2011, p. 7.634).

direito fundamental.[433] Da mesma forma, por uma série de vezes,[434] nossos congressistas chamam expressamente os direitos autorais de propriedade, apesar da evolução doutrinária que analisamos, no capítulo anterior, quanto à adoção desse regime. Isso nos parece se dever principalmente a três razões: (i) atecnia de alguns legisladores – principalmente quando falam em "propriedade autoral ou literária", termos em desuso entre a doutrina contemporânea;[435] (ii) para reforçar a legitimidade do autor sobre os proventos de suas obras – e, dessa maneira, protegê-lo; ou (iii) uma forma de se estender a função social da propriedade aos bens artísticos, científicos e literários, de forma a conciliá-los com outros direitos fundamentais, tais como acesso a cultura, informação e educação[436] – como

[433] A exemplo do parecer vencido do Relator Deputado Álvaro Dias, de 18.10.2005, da Comissão de Educação e Cultura, sobre o PLC 5.438/2005.

[434] Encontramos 16 manifestações nesse sentido: PLC 1.472/1973 e respectiva justificativa (DCN 1, 15.08.1973, p. 5.002-5.004); Justificativa ao PLC 2.932/1976 (DCN, 30.09.1976, p. 9.717); PLC 3.801/1977 e respectiva justificativa (DCN, 29.06.1977, p. 5.610); Emenda 16, de Gerson Camata, de 03.05.1978, ao PLC 2.052/1964 (DCN 1, 05.05.1978, p. 772); Mensagem do Ministro de Ciência e Tecnologia ao Presidente da República, de 05.12.1986 (Exposição de Motivos 40), referente ao PL 8.551/1986; PLC 1.940/1999 e respectiva justificativa (DCN 1, 28.10.1999, p. 51.829); PLC 5.361/2009 e respectiva justificativa; Manifestação de Jorge José Lopes Machado Ramos, presidente da Associação de Atores em Dublagem, Cinema, Rádio, Televisão, Propaganda e Imprensa (ASA), na 4ª reunião de audiência pública, realizada em 28.04.1987, da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais, da Assembleia Constituinte de 1988 (ASSEMBLEIA..., 1987, p. 86-87); Parecer 38, de 08.03.1990, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (sob relatoria de Cid Saboia de Carvalho) sobre o PLS 249/1989, do Senador Luiz Viana Filho, que daria origem à nossa atual Lei de Direitos Autorais (DCN 2, 21.03.1990, p. 775); Manifestação de Jamil Haddad, em 06.04.1990, sobre o PLS 249/1989 (DCN 2, 07.04.1990); Justificativa ao PLC 964/1995; PLC 1.940/1999; Justificativa ao PLC 5.361/2009; Justificativa ao PLC 2.471/2011; Pronunciamento do Senador Randolfe Rodrigues (PSOL/AP), em 25.10.2011, sobre CPI do ECAD (DSF, 26.10.2011, p. 43.924); Emenda da Câmara ao PLS 129/2012, proposta por Humberto Costa – PT/PE (DSF 109, 11.07.2013, p. 45.877); e Voto em separado de Rogério Marinho (PSDB/RN), de 10.05.2016, ao parecer da Comissão de Educação (datado de 11 de dezembro de 2015, sob relatoria de Margarida Salomão – PT/MG), ao PLC 1.513/2011. Curioso que tanto Cid Saboia como Jamil, nas manifestações indicadas acima, se referiram aos direitos autorais como "propriedade mais sagrada", ao passo que o Bispo Gê Tenuta (na justificativa do PLC 5.361/2009) fala em propriedade como direito fundamental. Por sua vez, o Senador Randolfe Rodrigues, ao se manifestar sobre a CPI do ECAD, em 2011, chama a "propriedade autoral de direito fundamental".

[435] Como explicamos no tópico 3.2.1, a doutrina abandonou a ideia de propriedade, pelas características distintas dos bens imateriais em relação às coisas, principalmente a ubiquidade e a limitação temporal. Na medida em que os parlamentares que falaram em propriedade não fizeram menção a esse debate, entendemos que seu uso foi devido a desconhecimento e não a uma verdadeira defesa da adoção daquele regime.

[436] Por exemplo, a Emenda da Câmara ao PLS 129/2012, proposta por Humberto Costa; o voto em separado de Rogério Marinho ao parecer da Comissão de Educação sobre o PLC 1.513/2011, mencionados na nota 434; e a justificativa ao PLC 2.471/2011, de autoria do Deputado João Dado (PDT/SP). De forma semelhante, o Deputado Takayama (PDMB/PR), em sua justificativa ao PLC 6.226/2005, chama o direito de autor de privilégio – não no sentido histórico que abordamos no capítulo anterior, mas sim para reforçar que não deve se sobrepor aos interesses coletivos relacionados às obras, como acesso ao conhecimento, cultura, e evolução tecnológica e artística.

veremos no tópico 4.2.4, questão que ganha grande relevância após a Constituição de 1988.[437]

Dois dos elementos supra-analisados – o caráter personalíssimo da criação intelectual reconhecido pelo legislador e a referência ao direito de propriedade como meio de reforçar a legitimidade do regime autoral – sugerem que nossos parlamentares, após a década de 1950, consideraram uma concepção de artista muito semelhante àquela idealizada pelos congressistas do período precedente: isto é, como um agente individual, que mal obtém das suas obras o seu meio de subsistência, mas que romanticamente persegue sua atividade por vocação. Investigaremos, a seguir, se tal hipótese se verifica.[438]

4.2.2 O autor

Se é verdade que nosso legislador recente (conforme veremos a seguir) não ignorou o fenômeno da Economia Criativa, consolidado após a década de 1950 (tal qual descrito no Capítulo 2), por outro lado, manteve, ainda, uma visão um tanto idealizada do criador das obras artísticas, científicas e literárias. Por exemplo, encontramos nos debates do período 15 momentos em que o artista (principalmente o compositor musical) é retratado como um pobre, miserável, mendicante ou sofrido[439] – nesses mesmos termos – e

---

[437] Não necessariamente os motivos "ii" e "iii" excluem o "i". Interessante notar que, como falaremos no tópico 5.1.4, os incisos do art. 5° da Constituição que tratam dos direitos autorais (XXVII e XVIII) não condicionam seu exercício ao "interesse social e o desenvolvimento o desenvolvimento tecnológico e econômico do País", diferentemnte do que o inciso XXIX prevê para a propriedade industrial.

[438] Neste tópico 4.2, invertemos a ordem que seguimos no tópico e no capítulo anterior (assim como alguns dos seus títulos). A ideia era manter a mesma estrutura nas três partes, de modo a realizar uma comparação entre doutrina e debates legislativos dos dois períodos analisados. Ocorre que a mudança de enfoque dos parlamentares após a metade do século XX – tal como descreveremos aqui – foi significativa a ponto de serem necessárias, para fins didáticos, as alterações na ordem e nos títulos dos tópicos que promovemos.

[439] Justificativa ao PLC 2.317/1952, de Celso Peçanha – PTB/RJ (DCN, 13.08.1952, p. 8.093); Justificativa ao PLC 499/1967, de Altair Lima – MDB/RJ (DCN, 13.09.1967, p. 5.339); Parecer da Comissão de Educação e Cultura, de relatoria do Deputado Paulo Marques, sobre o PLC 189/1975; Justificativa ao PLC 2.324/1979 (DCN, 21.11.1979, p. 13.400); Parecer da Comissão de Trabalho e Legislação Social, de relatoria do Deputado Mendonça Neto, sobre o PL 3.201/1980; Justificativa ao PLC 5.370/1981, de Celso Peçanha (DCN1, 15.10.1981, p. 11.445); José Louzeiro, Presidente do Sindicato de Escritores do Rio de Janeiro, 3ª reunião de audiência pública, realizada em 27.04.1987, da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais, da Assembleia Constituinte de 1988 (ASSEMBLEIA..., 1987); Jorge José Lopes Machado Ramos, presidente da Associação de Atores em Dublagem, Cinema, Rádio, Televisão, Propaganda e Imprensa (ASA), na 4ª reunião de audiência pública, realizada em 28.04.1987, da Comissão mencionada acima; Otavio Augusto, das Entidades Representativas de Produtores e de Artistas e Técnicos em Espetáculos de Divisões, na 12ª Reunião Ordinária, de 06.05.1987, da Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e Comunicação, Subcomissão da Ciência e

mais três em que se trata a atividade artística como meio de subsistência.[440] Por mais que alguns discursos tenham apresentado dados econômicos superficiais para sustentarem essa ideia,[441] parlamentares também se referiram a ou mesmo alegaram se basear em demandas de artistas que fogem ao estereótipo por eles defendido, como Zezé Di Camargo e Jorge Ben Jor.[442] Ao mesmo tempo, três outros congressistas (ao menos no que se refere ao cenário musical) criticaram essa visão do autor como um miserável[443] e descreveram uma nova figura de artista, que abraça o proveito econômico como motivação para criar suas obras.[444]

Tecnologia e da Comunicação, também da Constituinte de 1988 (ASSEMBLEIA..., 1987); Justificativa ao PLC 3.020/1992, de Vadão Gomes – PRN/SP (DCN, 11.07.1992, p. 16.382); Ramez Tebet (PMDB/MS), na discussão sobre o Parecer 62/1998, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, às emendas feitas pela Câmara ao PLS 289/1989, que virou nossa atual Lei de Direitos Autorais (CONGRESSO..., 1998, p. 228); Justificativa ao PLC 1.940/1999, de Vandeval Lima dos Santos – PTB/SP (DCN 1, 28.10.1999, p. 51.829); Justificativa ao PLC 2.850/2003, fruto de legislação participativa; Marcelo Crivella – PRB/RJ, discutindo o Parecer Conjunto 2.234/2005, das Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania e de Educação, sobre a Emenda 1, de Plenário, oferecida pelo próprio Crivella, ao substitutivo do PLS 532/2003, (i) em 14.12.2005 (CONGRESSO..., 2005c, p. 249); e (ii) em 17.01.2006 (CONGRESSO..., 2006, p. 369). Três dessas afirmações foram feitas por representantes de classes artísticas, o que aparentemente lhes daria mais credibilidade: José Louzeiro, Jorge José Lopes Machado Ramos e Otávio Augusto. Note-se, porém, que Louzeiro foi um renomado escritor e dramaturgo, que talvez não se encaixe no perfil de artista miserável descrito por si próprio.

440 Justificativas: ao PLC 1.965/1983, de autoria de Gioia Junior – PDS/SP (DCN 1, 30.08.1983, p. 8.172); à Emenda 30, apresentada no Senado por Franco Montoro à Comissão Mista incumbida de estudo e parecer sobre o PL 13/1973, que deu origem à Lei de Direito Autoral de 1973 (DCN 2, 08.11.1973, p. 1.778); e ao PLC 1.766/2011.

441 Marcelo Crivella diz em 16.12.2009: "Por exemplo, Nelson Sargento está recebendo de direito autoral R$ 380,00 por mês. É um compositor com 180 obras das mais consagradas. Por que recebe tão pouco?" (CONGRESSO..., 2009, p. 917). Por sua vez, Otavio Augusto traz ao Constituinte de 1988 dados referentes ao salário médio do artista, na 12ª Reunião Ordinária, de 06.05.1987, da Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e Comunicação, Subcomissão da Ciência e Tecnologia e da Comunicação (ASSEMBLEIA..., 1987, p. 134).

442 Conforme manifestação de Marcelo Crivella em 14.12.2005 (CONGRESSO..., 2005c, p. 248-249). Sem apelar para a figura do autor miserável, José Genoíno (PT/SP), ao falar da exploração do escritor estreante – nos debates acerca do PLS 249/1989, que virou nossa atual Lei de Direitos Autorais –, cita Fernando Moraes, quando da encomenda, por uma editora, de seu livro "Chatô" (DCN, 11.12.1997, p. 41.307-41.308). Moraes é um autor de best-sellers brasileiros, como "Olga", o qual, assim como a obra mencionada por Genoíno, teve inclusive adaptação para o cinema – mesmo que tenha levado mais de uma década para ser concluída.

443 Wanderley Dantas, relator do Parecer da Comissão de Educação e Cultura, de 09.09.1970, ao PLC 499/1967: "A alegação de que 'os nossos grandes compositores morrem, na sua maioria, na miséria' , de tão desmoralizada, já não impressiona ninguém". Como exemplo, cita viúva e herdeiros de Ary Barroso, que, segundo o deputado, vivem dos direitos autorais do sambista.

444 Freitas Nobre, na justificativa ao seu PLC 1.472/1973, que define e regula os direitos autorais referentes à reprodução e execução de obras musicais: "Estão aí os compositores, músicos e outros que vivem de fazer e executar música, que alcançaram a fama, glória e dinheiro à custa da sublime arte de Euterpe. [...] O fato é que bem longe já ficaram os tempos em que os artistas da música se contentavam apenas com a glória e a fama. Hoje, eles querem mais do que isso e com toda a razão" (DCN 15.08.1973, p. 5.003). Por sua vez, o Senador Nelson Carneiro, no Parecer 322/1997, da Comissão de Constituição e Justiça, sobre o PLC 3/1974 (845-B/1972, na origem): "Entendemos, antes de mais nada, que o autor musical precisa ter

Se, de um lado, o artista, em regra, continuou a ser considerado pelo legislador como um pobre coitado, que produz por seu amor à profissão, pouco sendo remunerado por isso – ignorando a figura do artista-empresário, que descrevemos no tópico 2.7 –, de outro, o Congresso reconheceu a relevância econômica das Indústrias Culturais e da empresa-artística (tal qual trataremos nos próximos dois tópicos). De forma semelhante a tal contraste, identificamos 13 menções a uma relação assimétrica e hipossuficiente entre o autor (especialmente os escritores e compositores musicais) e os comercializadores de suas obras[445] – tocando nos conflitos que daí adviriam, conforme veremos no tópico 4.2.4. Nesse sentido, é categórica a justificativa do PLS 409/2017, do Senador Hélio José (PROS/DF):

> Toda a história de conquistas de proteção das obras intelectuais – sejam elas de música, literatura, artes visuais ou outras – parte do pressuposto de que o autor individualmente tem dificuldade de, por seus próprios meios, defender-se contra o uso abusivo ou não autorizado de suas obras.

A romantização em torno da figura do artista aparece em outros momentos, por exemplo, ao se frisar o dom ou talento como elemento da atividade artística,[446] no "amor e

---

uma mentalidade de empresário, uma vez que, como se sabe, ele, como compositor, entrega sua criação musical para ser explorada comercialmente pelas editoras[...]" (DCN 2, 21.06.1977, p. 2.885).

É bem verdade que o posicionamento de Carneiro é no sentido de que os músicos devem reagir à exploração das editoras musicais, ao passo que Nobre separa compositores de músicos (também numa visão romantizada sobre talento, de que tratamos adiante), dizendo que estes enriquecem ao passo que aqueles são explorados (apesar de que reconhecer que alguns conseguiram, recentemente, boa situação financeira – aquém, contudo, ao que deveriam ganhar). Isso revela que o legislador se identificou um conflito entre músicos e compositores, que veremos no tópico 4.2.4.

445 Justificativa à Emenda 1, apresentada no Senado por André Franco Montoro à Comissão Mista incumbida de estudo e parecer sobre o PL 13/1973, que deu origem à Lei de Direito Autoral de 1973 (DCN 2, 08.11.1973, p. 1.771); Justificativa à Emenda 96, apresentada no Senado por Maurício Toledo à Comissão Mista incumbida de estudo e parecer sobre o PL 13/1973, tentando aproximar direito autoral e direito do trabalho (DCN 2, 08.11.1973, p. 1.790); Justificativa ao PLS 53/1974, de Franco Montoro (DCN 2, 29.05.1974, p. 1.780); Justificativa ao PLC 2.932/1976, de Wilmar Dallanhol – ARENA/SC (DCN, 30.09.1976, p. 9.717); Parecer da Comissão de Educação e Cultura, de relatoria da Deputada Lygia Lessa Bastos, de 09.11.1977, sobre o PLC 2.932/1976; Parecer da Comissão de Trabalho e Legislação Social, de relatoria do Deputado Mendonça Neto, sobre o PL 3.201/1980; Justificativa ao PLC 2.591/1996, de Luiz Mainardi – PT/RS (DCD, 06.02.1997, p. 3.852); Justificativa às emendas apresentadas pelo Senador Mozarildo Cavalcanti perante a Comissão de Educação ao PLS 532/2003 (CONGRESSO..., 2005a, p. 223-224); Justificativa ao PRC 223/2005, do Deputado Takayama (PMDB/PR); Justificativa ao PLC 7.842/2010, de Nelson Goetten (PR/SC); Parecer da Comissão de Educação, Cultura e Esporte, de relatoria do Senador Randolfe Rodrigues, sobre o PLS 465/2012; e Manifestação de Jorge José Lopes Machado Ramos, presidente da Associação de Atores em Dublagem, Cinema, Rádio, Televisão, Propaganda e Imprensa (ASA), na 4ª reunião de audiência pública, realizada em 28.04.1987, da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais, da Assembleia Constituinte de 1988 (ASSEMBLEIA..., 1987, p. 89); e Justificativa do PLS 409/2017, do Senador Hélio José (PROS/DF).

446 Por exemplo, o Senador Franco Montoro, ao justificar a Emenda 1 por ele proposta à Comissão Mista incumbida de estudo e parecer sobre o PL 13/1973, que deu origem à Lei de Direito Autoral de 1973 chama o talento de um "presente de Deus aos escolhidos" (DCN 2, 08.11.1973, p. 1.771). Já Freitas

sacrifício" dedicados a esse labor,[447] na descrição da profissão, de modo a justificar sua proteção autoral,[448] como também no seu caráter individual[449-450] – ainda que dois parlamentares tenham se manifestado contrariamente à noção de individualidade da criação artística.[451]

A ideia de um artista que trabalha sozinho entra em conflito com duas novas realidades trazidas pela Economia Criativa (que analisaremos mais calmamente no tópico

Nobre, na justificativa ao PLC 1.472/1973, diferencia compositor e músico, sendo que aquele estudaria música, enquanto este teria um dom nato (DCN, 15.08.1973, p. 5.003-5.004).

447 Nas palavras de José Magalhães Pinto (ARENA/MG), em 27.08.1973 (DCN 2, 28.08.1973, p. 3.095): "Quando assistimos um programa de televisão ou de rádio, vamos ao teatro ou ao cinema, envolvidos pelo ambiente que a música proporciona, nem sempre nos lembramos daqueles que, com amor e sacrifício, criaram essa atmosfera de enlevo artístico".

448 Santilli Sobrinho, na justificativa do PLC 1.331/1973, referente à fotografia (DCN, 24.04.1974, p. 2014): "Sua responsabilidade [do autor da fotografia] é imensa porque o resultado de seu trabalho não pode ser decorrente da observação fria e impessoal das coisas que o cercam e dos fatos que ocorrem à sua volta, mas sim a consequência de uma atitude consciente, apaixonadamente participante, sobretudo honesta, em face desses mesmos fatos e coisas, traduzidos em imagem". Também há PLC's sobre a proteção de obras publicitárias (nº 91/1979), a regulamentação do design (nº 3.515/1989), o web design (nº 695/2003) e o desenho industrial (nº 6.647/2002 e nº 2621/2003). Voltaremos a estes na nota 460.

449 José Louzeiro, Presidente do Sindicato de Escritores do Rio de Janeiro, na 3ª reunião de audiência pública, realizada em 27.04.1987, da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais, da Assembleia Constituinte de 1988: "O autor é uma individualidade" (ASSEMBLEIA..., 1987). Louzeiro compara o trabalho do escritor ao do artesão, dizendo que as indústrias se fazem da soma do trabalho individual de cada um desses. Curioso que, na mesma ocasião, Louzeiro descreve também a atividade dos dramaturgos de novela e produções audiovisuais, que são extremamente colaborativas. Também na justificativa ao PLS 3.548/2008, Luciana Genro (PSOL/RS) fala em direito individual do autor.

450 Não se nega aqui que a atividade artística possa ter todas essas características. O que apontamos aqui é que tal forma predominou em um período específico – entre os séculos XVIII e XIX, tal como analisamos no Capítulo 2 –, mas que, após o desenvolvimento das Indústrias Culturais, um novo modo de produção artístico, com foco predominantemente comercial, passou a ser aceito. Em outras palavras, por mais que ainda haja muitos artistas individuais que criem sua obra por amor à expressão e com sacrifício, há, em paralelo, todo um aparato comercial não só na comercialização, mas também na produção de bens artísticos e literários. Dessa forma, estamos justamente tentando analisar se esse novo cenário foi considerado pelo legislador, ou se ele se ateve à realidade do período anteriormente estudado.

451 Nazareno Fonteles (PT/PI), na justificativa do PLC 3.133/2012: "Não se nega a contribuição individual, porém, não há como negar que nenhuma obra intelectual é fruto do trabalho isolado de uma pessoa". Já Ronaldo Martins (PRB/CE), no parecer da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática ao PLC 3.442/2015: "Ademais, há que se ressaltar que, ainda que a legislação pátria fale em 'autor', no singular, na verdade há uma multiplicidade de autores em grande parte das obras artísticas. Mesmo em atividades artísticas usualmente individuais, por exemplo a produção de gravuras, há uma cadeia grande de colaboradores em volta do gravador, incluindo os impressores, os distribuidores, os expositores, os galeristas, entre outros. Em obras coletivas, digamos a produção de um filme, a lista de colaboradores é ainda mais extensa, chegando em muitos casos a centenas de pessoas. Desse modo, ao mencionar tão somente 'o autor', o projeto termina por estabelecer um titular muito vago, que pode ser qualquer um desses colaboradores ou apenas alguém tido como o titular da obra, a depender do julgamento do provedor de aplicações".

5.1.3): a ascensão das obras coletivas e em colaboração;[452] e a figura da empresa-artística (que explicamos no Capítulo 2).

Nesse sentido, a discussão acerca de a pessoa jurídica poder ou não ser autora e, consequentemente, titular originária de direitos autorais (que, como veremos no capítulo seguinte, é uma grande polêmica até hoje) foi controversa no Congresso. Assim, encontramos sete momentos em que o legislador se opôs à atribuição de autoria à pessoa jurídica,[453] e cinco em que se reconheceu essa possibilidade.[454]

A possibilidade de autoria por pessoa jurídica e a tutela da participação individual foram primordiais, por exemplo, nas discussões acerca do PLC 2.148/1989, de José Genoíno (PT/SP), e do PLS 249/1989, de Luiz Viana Filho (que deu origem à nossa atual Lei de Direitos Autorais). VALENTE (2018), em entrevista com os agentes centrais por trás da tramitação desses projetos, aponta como a proposição de Genoíno (que engajou outros parlamentares, como Aloysio Nunes Ferreira e Jandira Feghali) gravitava em torno da ideia do autor como um trabalhador e repudiava elementos tidos como importados do copyright e, portanto, alheios à tradição continental do direito de autor. Dessa forma, o projeto de Genoíno era extremamente protetivo dos criadores (aos quais se equiparavam intérpretes e tradutores), em detrimento dos titulares de direitos – não considerando,

---

[452] A esse respeito, o Parecer 539/1985, da Comissão de Constituição de Justiça datado de 21 de agosto, de relatoria do Senador Américo de Souza, sobre o PLC 994/1984 (2.932-B, na origem): "No artigo 15, o Projeto inverte a posição doutrinária da lei brasileira, atribuindo a autoria da obra coletiva a cada uma dos colaboradores, não ao organizador. Tal dispositivo tornará caótica a exploração de, digamos, uma enciclopédia, de que participam, por vezes, dezenas de colaboradores. Cada edição deveria ser precedida de uma espécie de 'Assembléia Geral' dos colaboradores, inviabilizando, operacionalmente, o uso da obra". Também, Carlos Bezerra (PMDB/MT), na justificativa ao PLC 6.117/2009: "A tendência, porém, é a do reconhecimento da necessidade de proteger os direitos morais do autor, havendo apenas divergências na determinação da figura do autor, principalmente para aquelas obras em que a participação individual de cada pessoa física é ínfima, quando comparada à obra como um todo".

[453] Justificativa à Emenda 47, ao PLS 13/1973, que deu origem à nossa Lei de Direitos Autorais de 1973 (DCN 2, 08.11.1973, p. 1.781); Senador Teotonio Vilela Filho, na justificativa ao PLS 313/1989 (DCN 2, 04.10.1989, p. 5.445); Deputado José Genoíno Neto (PT/SP): na justificativa ao PLC 2.148/1989; Senador Jamil Haddad, discutindo o PLS 249/1989, que deu origem à nossa atual Lei de Direitos Autorais (DCN 2, 07.04.1990, p. 1.245); Carlos Cardinal (PDT/RS), na justificativa ao PLC 2.442/1991 (DCN, 06.03.1992, p. 3.100); e novamente José Genoíno, no art. 2º do PLC 2.591/1992, de sua autoria (DCN 1, 10.09.1992, p. 20.481); bem como discutindo o PLC 5.430/1990, nº de origem 249/1989, que deu origem à nossa atual Lei de Direitos Autorais (DCN, 11.12.1997, p. 41.307-41.308); e Emilia Fernandes (PDT/RS), também discutindo o PLS 249/1989 (CONGRESSO..., 1998, p. 230).

[454] Freitas Nobre (PMDB/SP), na justificativa ao PLC 91/1979 (DCN 1, 21.03.1979, p. 861); Maurilio Ferreira Lima (PMDB/PE), nos §§ 2º e 3º do art. 7º do seu PLC 3.515/1989 (DCN 1, 02.09.1989, p. 8.929); Luiz Viana Filho, no art. 1º, VI, "h", do seu PLS 249/1989 (que deu origem à nossa atual Lei de Direitos Autorais), ao prever que obra coletiva poderia ser organizada por pessoa jurídica, como também na justificativa de respectiva proposição, admitindo que o avanço tecnológico deu origem a novos titulares de direitos autorais, incluindo empresas (DCN 2, 31.08.1989, p. 4.404); Carlos Bezerra (PMDB/MT), na justificativa ao PLC 6.117/2009; e Jorge Tadeu Mudalen (DEM/SP), na justificativa do PLC 1.111/2015.

porém, as transformações na própria figura de autor, que mencionamos no tópico 2.7, ao tratarmos do artista-empresário.

A problemática de conciliar as obras colaborativas e a titularidade de pessoa jurídica sobre os direitos autorais com a figura romantizada de artista tida pelos parlamentares acirrou-se a partir do desenvolvimento de novas indústrias da Economia Criativa. No tópico seguinte, veremos como a ascensão desses novos setores conflitou com a separação clássica do regime autoral em relação à propriedade industrial.

4.2.3 Indústrias limítrofes

Uma das hipóteses deste capítulo é de que nosso legislador não teria considerado os problemas que a divisão entre direitos autorais e propriedade industrial enfrentariam no contexto da Economia Criativa, na medida em que, como analisamos no Capítulo 2, a barreira entre as obras artísticas e os artigos industriais foi derrubada a partir da década de 1950. No tópico 4.1 constatamos que, por mais que nossos parlamentares tenham se ocupado da regulação da arte aplicada – zona limítrofe entre a o artístico e o industrial –, nenhum questionamento foi feito quanto aos problemas causados pela divisão entre os institutos da propriedade intelectual. Tal resultado era esperado, uma vez que até a metade do século XX as Indústrias Culturais ainda estavam se firmando (especialmente nos campos da literatura e da dramaturgia, conforme já discutido) e ainda se fazia clara a separação entre o que seria uma obra autoral e um artigo utilitário (tal como tratamos acima). Nos surpreende, contudo, que o tema tenha sido apenas margeado pelos congressistas contemporâneos.

De fato, dois de nossos deputados e um senador, em momentos distintos, apontaram uma evolução do conceito de arte, tal qual descrevemos no Capítulo 2, seja pelo avanço dos mecanismos de reprodução, possibilitando que as obras fossem produzidas em escala;[455] seja pela superação dos suportes materiais clássicos (tela, escultura, papel

[455] O Senador Marco Maciel (DEM/PE), em pronunciamento de 17 de maio de 2010, cita Benjamin, estudado por nós no Capítulo 2, para tratar do ingresso das obras na "era da reprodutibilidade técnica" (DSF, 18.05.2010, p. 21.568). Já o Deputado Santilli Sobrinho, na justificativa ao PLC 1.331/1973: "No Brasil, a idéia de arte vem sempre carregada de preconceitos e pensada sempre de forma anacrônica, elitista e dentro de estreitas concepções acadêmicas. O advento dos processos industriais de reprodução já de há muito modificaram esses conceitos. A possibilidade de estender a um número infinito de usuários, o resultado de uma ação criativa sem que isso signifique perda de qualidade, liquidou ou pelo menos restringiu o conceito de que os produtos resultantes de um ato qualificado devam necessariamente

impresso etc.).[456] Nenhum desses parlamentares, contudo, propôs grandes intervenções nos regimes de tutela da propriedade intelectual, quanto menos na divisão entre direitos autorais e propriedade industrial.[457]

Como vimos nos dois capítulos anteriores, a separação entre arte e indústria também é minada com o desenvolvimento de setores limítrofes. Esse fenômeno, que se iniciou entre os séculos XIX e XX – em movimentos como o *Arts & Crafts*, na Inglaterra, a Escola de Nancy, na França, o *De Stjl*, na Holanda, e a Escola Bauhaus, na Alemanha[458] –, mesmo antes da consolidação da Economia Criativa, já tinha ocupado a atenção da

---

resultar em obras únicas. Essa possibilidade de utilização ilimitada modifica profundamente os mecanismos de comercialização" (DCN, 24.04.1974, p. 2015). Acerca especificamente do mercado de música, o art. 5º do PLC 1.472/1973 fala em industrialização das obras musicais (DCN 1, 15.08.1973, p. 5.002).

456 Nazareno Fonteles (PT/PI), na justificativa ao PLC 3.133/2012: "Os direitos autorais ainda têm como base os suportes físicos de obras intelectuais: artes plásticas, quadros, filmes de impressão de imagens, livros em papel, discos gravados a laser. Porém, hoje, nem mesmos as artes plásticas se utilizam apenas de meios duráveis para sua expressão. Em exposições, cada vez mais os artistas tem expressado suas ideias por meio de materiais descartáveis. Por sua vez, os livros, as músicas e as imagens passaram por um processo revolucionário, mantendo do passado tão somente o resultado, o fim da obra, liberando-se completamente de seus antigos meios de veiculação". Em igual sentido, nossa atual Lei de Direitos Autorais menciona especificamente a arte cinética no rol de obras protegidas (art. 7º, VIII).

457 Santilli Sobrinho, pelo contrário, usa a maior facilidade de reprodução das obras como argumento em favor dos direitos autorais, de forma a proteger o autor (na medida em que a reprodução ficaria incumbida a terceiros, como as editoras). Já o PLC 3.133/2012, de Fonteles, propõe alterações à Lei de Direitos Autorais vigente, incluindo, dentre outras medidas, mais hipóteses de exceção à violação dos direitos do autor, a fim de conciliá-los com formas de reprodução que atendem a outras finalidades, por exemplo, a preservação do acervo de museus. Por sua vez, o Senador Marco Maciel (DEM/PE), em pronunciamento de 17 de maio de 2010, fala que a legislação dá "[...] sinais evidentes de que carece de reformulações, a fim de dar conta da emergência de novas demandas decorrentes da complexa teia de relações estabelecida com o surgimento de mídias, tecnologias, processos, linguagens, bases materiais e novos atores em uma seara de intensa disputa" (DSF, 18.05.2010, p. 21.568). Em todos esses casos, trata-se de uma adaptação do regime autoral a uma nova realidade, sem, no entanto, um questionamento para saber se os fundamentos próprios desse sistema condizem com o cenário contemporâneo.

Em ao menos dois outros momentos o legislador tratou os dois regimes (direito de autor e propriedade industrial) como institutos semelhantes, dentro da categoria de propriedade intelectual. Nesse sentido, Luciano Pizzatto (PFL/PR), ao comentar na Câmara o PLC 5430/1990 (nº 249/1989 na origem), que deu origem à nossa atual Lei de Direitos Autorais, chama-o de "legislação muito tênue entre o direito autoral e a Lei de Patente", que havia recentemente sido aprovada (DCN, 11.12.1997, p. 41.309). Já Julio Lopes (PPB/RJ), ao apresentar o seu PLC 1.046/2003, que modifica o Código Criminal, aumentando as penas dos tipos referentes à pirataria, menciona diversos artigos intelectuais, sem distinguir aqueles objeto de tutela autoral dos sujeitos à propriedade industrial (incluindo fármacos). Em igual sentido, a Medida Provisória 482/2010, transformada na Lei 12.270/2010, que dispõe sobre medidas de suspensão de concessões ou outras obrigações do Brasil relativas a direitos de propriedade intelectual, caso a Organização Mundial do Comércio assim autorize, coloca lado a lado os bens autorais dos artigos industriais. O parecer do relator Fábio Ramalho (PV/MG), por sua vez, lista como indústrias detentoras de propriedade intelectual tanto aquelas que dependem basicamente de patentes, a exemplo da farmacêutica, como aquelas que comercializam bens artísticos e literários, notadamente, a audiovisual e a de softwares.

458 A justificativa do PLC 3.515/1989, regulando a profissão de designer – de que trataremos na nota 460 –, ao citar a história do design, fala da Escola Bauhaus e de seu criador, Walter Gropius (DCN 1, 02.09.1989, p. 8.939).

doutrina clássica e do legislador em período anterior ao tratado neste tópico – tal como explicamos anteriormente. Após a década de 1950, entretanto, ele extrapolaria o campo da arte aplicada,[459] passando para outras indústrias emergentes, como o design e o desenho industrial,[460] a publicidade[461] e o software.

Os programas de computador, sem dúvida, são caso emblemático do problema encontrado pela divisão entre direitos autorais e propriedade industrial na realidade contemporânea – questão que analisaremos com mais atenção no próximo capítulo. As duas leis brasileiras que regularam o software no Brasil (Lei 7.646, de 18 de dezembro de 1987, e Lei 9.609, de 19 de fevereiro de 1998) expressamente adotaram o regime autoral,[462] ainda que com algumas peculiaridades (das quais falaremos no tópico 5.3.2.1).[463] Os aspectos em que os programas de computador parecem se aproximar da propriedade industrial – em especial, seu caráter de funcionalidade técnica e ausência de

---

459 O texto original de nossa atual Lei de Direitos Autorais, o PLS 249/1989, de Luiz Viana Filho (DCN, 11.12.1997, p. 41.409), previa, no rol das obras protegidas, "as obras de arte aplicada desde que seu valor artístico possa dissociar-se do caráter industrial do objeto a que estiverem sobrepostas" (art. 6º, XI). Esse inciso, porém, não ficou na versão final aprovada, o que não significa que as obras de arte aplicada não sejam protegidas hoje, uma vez que o rol é taxativo. Quanto a esse tema, o PLC 2.591/1992, proposto por José Genoíno (PT/SP), para estabelecer uma nova Lei de Direitos Autorais, não trazia um rol (nem mesmo exemplificativo) de obras protegidas. Da mesma forma, previu que as obras seriam tuteladas independentemente do mérito ou finalidade (art. 4º).

460 Nesse sentido, temos o PLC 3.515/1989 (DCN 1, 02.09.1989, p. 8.929), regulando a profissão de designer, à qual atribui "caráter técnico-científico, criativo e artístico" (art. 1º), também definindo o projeto de design como algo que "responde concreta e racionalmente às necessidades humanas" (§ 1º), apto a "seriação ou industrialização" (§ 2º). Da mesma forma, lista como atribuições do designer a produção industrial, a funcionalidade ergonômica e a elaboração de modelos industriais (art. 2º). Ou seja, descreve características e funções tanto das atividades e obras ligados ao regime autoral, como daquelas sujeitas à propriedade industrial. Nessa linha, ao tratar do registro das criações, menciona os dois regimes, dando a entender que reconhece que ambos podem ser aplicáveis, dependendo do caso (art. 7º). Disposições muito semelhantes são encontradas nos PLC's 695/2003 (que regula o web design), 6.647/2002 e 2.621/2003 (esses regulando a profissão de desenhista industrial). Nenhum deles foi aprovado.

461 Setor muito próximo ao design, que envolve obras que podem ser consideradas artísticas, apesar de terem caráter eminentemente funcional: promover marcas, tuteladas pela propriedade industrial. Nesse sentido, Freitas Nobre (PMDB/SP) propôs o PLC 91/1979 para reconhecer expressamente a proteção da publicidade pelo direito autoral – a qual, diz o Deputado na justificativa, já era reconhecida pela doutrina, jurisprudência e mesmo pela Lei, faltando apenas menção expressa (DCN 1, 21.03.1979, p. 861). Também, o PLS 313/1989, do Senador Teotonio Vilela Filho, propôs uma Nova Lei de Direitos Autorais, cujo art. 45 mencionava obras publicitárias. Por sua vez, o PLC 824/1991, que alterou a Lei de Propriedade Industrial, retirou a proteção daquela norma às expressões e sinais de propaganda, por entender que já se encontravam sob a tutela autoral, conforme consta na justificativa (DCN 1, 09.05.1997, p. 5.700).

462 Dois PL's sobre a matéria (nº 6.121/1985 e nº 997/1991), não aprovados, também abraçaram o sistema autoral. O PL 6.121/1985 chega a atribuir direitos morais sobre o programa de computador, conforme o art. 4º (DCN 1, 03.09.1985, p. 9.153).

463 No entanto, a Exposição de Motivos 40, de 05.12.1986, do Ministro da Ciência e Tecnologia, propondo o PL 8.551/1986, que deu origem à Lei 7.646, de 18 de dezembro de 1987, fala em direito de propriedade do autor, ao mesmo tempo em que chama o software de um produto tecnológico (DCN 1, 04.12.1986, p. 11.572).

expressão artística –, bem como a justificativa pela escolha desse sistema são abordados em quatro momentos pelo legislador.[464] Nessas ocasiões, as razões usadas para sustentar a escolha brasileira foram os fatos (i) de outros países terem utilizado essa opção, e (ii) de o software consistir numa expressão (independentemente de usar linguagem codificada), tais quais as obras literárias. Outros dois parlamentares, porém, argumentaram que essa escolha se deu por interesses privados, das empresas do setor[465] e dos países de onde advêm.[466]

A adoção do regime autoral foi questionada sobretudo quanto ao prazo. As duas Leis de Software que tivemos no Brasil previram 25 e 50 anos de proteção, respectivamente, no art. 3º e no art. 2º, § 2º, de cada diploma – períodos esses menores do que os atribuídos às obras artísticas, científicas e literárias, que, em regra, são de aproveitamento exclusivo por 70 anos a contar do ano seguinte à morte do autor (cf. art. 41 da Lei de Direitos Autorais vigente). Ainda assim, por quatro vezes nossos parlamentares

---

464 Nas propostas de emendas ao PL 8.551/1986 (que deu origem à nossa primeira Lei de Software) feitas por Virgilio Galassi em 10.06.1987 (DCN 1, 18.06.1987, p. 2.024); na justificativa à Emenda 4/1992 ao PL 997/1991; na justificativa à Emenda 6/1994, feita por Nelson Proença (PMDB/RS), também ao PL 997/1991; e no Parecer 37/1998, da Comissão de Educação, de relatoria do Senador Rubens Requião, sobre o PLC 200/1995 (PLS 14/1996), que resultou na nossa atual Lei de Software. Nas palavras de Nelson Proença: "Tratando-se de obra expressa através de linguagem natural ou codificada, por meio de instruções, é natural equiparar a proteção dos programas de computador àquela das obras literárias. Não há porque [sic] tratá-lo diferentemente das obras literárias eis que as obras já classificadas sob este título já gozam de proteção independentemente de sua qualidade literária ou aspecto utilitário. De fato, os programas de computadores requerem quase sempre rigor superior na sua sintaxe, sem a qual as máquinas digitais não funcionarão adequadamente". Já segundo Rubens Requião: "O presente projeto de lei para proteção da propriedade intelectual relativa ao programa de computador mantém a adoção de mecanismos jurídicos que não são exatamente adequados à finalidade, por meio da importação de fórmulas de outros campos do direito autoral, tratando o programa de computador como obra literária, mas que, por outro lado, convenientemente, proporcionam uma proteção extremamente forte e ao titular do direito. [...] Assim como em outros campos, anuncia-se uma era em que os interesses nacionais e as próprias características de desenvolvimento de cada povo devem ser eclipsadas, em nome de uma regra global, absolutamente protecionista do lucro privado, quase sempre sem o correto entendimento do que pode representar a produção do programa de computador no processo de desenvolvimento do País e sem a contrapartida da garantia dos direitos dos consumidores e usuários. O presente projeto de lei encarna esta concepção técnica e esta linha política. Seu objetivo é o de adequação da legislação nacional às exigências externas. [...] não ser tecnicamente adequada a vinculação, em razão das naturezas fortemente distintas entre as duas categorias de obras. [...] A dificuldade de encaixe da norma ao dinamismo das inovações revela a inconveniência de se regulamentar a matéria pela via do direito autoral. Em teoria, a patente de programa de computador parece ser o mecanismo de proteção ideal. Enquanto o direito autoral protege somente a expressão de uma idéia, a patente protege a própria idéia. Entretanto, a proteção patentária para o programa apresenta dois inconvenientes: custos e tempo para registro".

465 Romero Jucá (PMDB/RR), em pronunciamento de 11.11.2003 (CONGRESSO..., 2003, p. 539).

466 Rubens Requião, no Parecer 37/1998, da Comissão de Educação, sobre o PLC 200/1995 (PLS 14/1996), que resultou na nossa atual Lei de Software, como mencionado na nota 464.

julgaram esse tempo demasiado longo e incompatível com a natureza célere dos produtos da informática.[467]

Por mais que não tenham feito grandes questionamentos aos problemas apresentados pela divisão clássica da propriedade intelectual – que estabelece regimes muito distintos para os direitos autorais e a propriedade industrial –, nossos congressistas identificaram uma série de indústrias em que essa separação se mostrou confusa, não havendo clareza quanto ao regime aplicável. Nesse sentido – tal como no discurso em torno da exploração do artista romantizado, que analisamos no tópico anterior –, percebemos que o parlamentar brasileiro da metade do século XX em diante acompanhou o desenvolvimento de setores próprios da Economia Criativa. Analisaremos no tópico seguinte como tais considerações econômicas se apresentaram nos debates legislativos do período.

4.2.4 A questão econômica

Diferentemente da doutrina, que investigamos no capítulo anterior, e mais abertamente do que o legislador do período antecedente, assim como vimos no tópico 4.1, os parlamentares da metade do século XX reconheceram ou trataram de forma mais direta dos aspectos econômicos por trás da tutela das obras artísticas, científicas e literárias.

Nesse sentido, Cid Saboia de Carvalho, no Parecer 38/1990, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre o PLS 249/1989 (que resultou na nossa atual Lei de Direitos Autorais: a Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998), relacionou a origem do direito autoral moderno (em oposição ao sistema de privilégios, concedido para obras específicas) ao paulatino desaparecimento dos mecenas, tal qual descrevemos no Capítulo 2 (DCN 2, 21.03.1990, p. 775). Uma vez desprovido dessa vultosa fonte de financiamento, o artista dependeria do novo regime autoral para não ficar desamparado.[468]

---

[467] Deputado João Paulo (PT/MG), na justificativa à Emenda 6/1992 ao PL 997/1991; Deputado Paulo Silva, no seu voto como relator do parecer da Comissão de Ciência, Tecnologia, Comunicação e Informática, sobre o mesmo projeto; Deputado Lourival Freitas (PT/AP), na Emenda 1/94 a referida proposição; e Senador Rubens Requião, Parecer 37/1998, da Comissão de Educação, sobre o PLC 200/1995 (PLS 14/1996), que resultou na nossa atual Lei de Software. Nesse sentido, Requião sugere o prazo de 20 anos.

[468] Ainda na década de 1950, o Deputado Antonio Baby (PTB/PR), na justificativa do seu PLC 274/1955, contrapôs a situação do artista e do literato da época a tempos anteriores, quando predominava o mecenato (DCN 1, 13.05.1955, p. 2.459-2.460).

A consideração econômica também apareceu na fala de Carlos Bezerra (PMDB/MT), na justificativa ao PLC 6.117/2009, ao comentar a avaliação que a Comissão de Direitos Autorais da Comunidade Europeia fazia para saber se a disparidade existente entre os países-membros, com relação ao tratamento dado aos direitos morais, constituía ou não um obstáculo ao desenvolvimento da exploração econômica das obras protegidas pelos direitos autorais – quebrando, portanto, o caráter sacramental do aspecto personalíssimo da tutela, ao discuti-la sob uma perspectiva financeira. Na mesma esteira, Nazareno Fonteles (PT/PI) propôs, por meio do PLC 3.133/2012, que se incluísse o parágrafo único ao art. 1º da nossa atual Lei de Direitos Autorais, passando a prever que esse regime deveria ser aplicado em harmonia com os princípios e normas relativos à livre-iniciativa e defesa da concorrência (além da defesa do consumidor).[469]

Nessa linha, o legislador também se ocupou da oposição entre outros direitos fundamentais – como acesso à cultura, à educação e ao conhecimento – e os interesses econômicos por trás das obras artísticas, científicas e literárias.[470] Assim (como adiantamos

---

[469] A preocupação com a promoção de outros interesses, que não necessariamente constituem direitos fundamentais, aparece na manifestação de José Louzeiro, Presidente do Sindicato de Escritores do Rio de Janeiro, 3ª reunião de audiência pública, realizada em 27.04.1987, da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais, da Assembleia Constituinte de 1988, ao criticar a literatura de massa, sobretudo estrangeira, que tira espaço do autor brasileiro "de qualidade" (ASSEMBLEIA..., 1987). Crítica semelhante aparece na justificativa à Emenda 53, apresentada no Senado por Maurício Toledo à Comissão Mista incumbida de estudo e parecer sobre o PL 13/1973, ao falar do "valor artístico questionável" dos fonogramas estrangeiros, cujo pagamento de direitos conexos implica em remessas ao exterior (DCN 2, 31.10.1973, p. 1.783).

[470] Na justificativa à Emenda 53, apresentada no Senado por Maurício Toledo à Comissão Mista incumbida de estudo e parecer sobre o PL 13/1973, consta: "O que existe é o propósito de eliminar – ante a inequívoca influência do interêsse egoístico econômico, no campo da atividade intelectual, – o predomínio de obras que têm a alicerçá-las, mais do que o seu valor espiritual, altos interêsses de ordem patrimonial" (DCN 2, 31.10.1973, p. 1.783). Já na justificativa ao PLS 3.548/2008, Luciana Genro (PSOL/RS) diz: "Apesar de tratar-se cláusula pétrea e direito individual, o direito de autor, principalmente numa república democrática, deve ser entendido conjugado com outros direitos e deveres, dentre eles o direito à cultura, educação, desporto e comunicação e o dever da função social da propriedade". Também o Senador Marco Maciel (DEM/PE), em pronunciamento de 17 de maio de 2010, fala que: "Os inúmeros interesses em conflito podem, no limite, afastar a noção de bem comum, fazendo prevalecer estritos aspectos econômicos e mercadológicos, em detrimento da dimensão social da cultura, da plena e livre oferta de serviços culturais ou de comunicação aos consumidores, da ampla concorrência ou, mesmo, dos interesses estratégicos superiores da Nação" (DSF, 18.05.2010, p. 21.568). Por sua vez, na justificativa do PL 1.513/2011, Paulo Teixeira (PT/SP): "O direito autoral acaba por limitar o acesso da população a direitos como cultura e educação, pois, ao criar um direito exclusivo do autor sobre a obra, aumenta para a sociedade o custo de acesso àquela obra. Ademais, é sempre importante lembrar que o conhecimento é gradual e cumulativo e que uma geração depende do conhecimento produzido pela geração anterior para que possa avançar no campo das ideias". Em igual sentido, Nazareno Fonteles (PT/PI), como mencionamos na nota 457, propôs, por meio do PLC 3.133/2012, que se alterasse o art. 1º da nossa atual Lei de Direitos Autorais, estabelecendo que os direitos autorais se orientariam pelo equilíbrio entre "[...] os ditames constitucionais de proteção aos direitos autorais e de garantia ao pleno exercício dos direitos culturais e dos demais direitos fundamentais e pela promoção do desenvolvimento

no tópico 4.2.1), alguns congressistas, especialmente a partir do final do século passado, começam a falar em função social dos direitos autorais – alguns os associando, como mencionado naquele tópico, ao regime de propriedade.[471]

A consideração econômica esteve presente também em momentos nos quais o legislador demonstrou ter acompanhado as transformações nas produções artística, literária e musical, convertendo-as em mercados organizados e altamente lucrativos (nos moldes do que descrevemos no Capítulo 2). Nessa linha, a Deputada Solange Amaral (PFL/RJ), na justificativa de seu Projeto de Resolução de Alteração do Regimento 2/2007, fala da importância da indústria cultural e da economia do entretenimento, ao passo que a justificativa do PLS 219/2012 (que deu origem à Lei 12.853/2013, de autoria da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do ECAD, de 2011) diz que os mercados de bens autorais "[...] são hoje das atividades econômicas mais importantes tanto globalmente como de forma crescente em nosso país" (DSF, 03.05.2012, p. 15.418-15.442). A justificativa desse projeto – assim como o Parecer da Relatora Jandira Feghali (PCdoB/RJ) sobre o PLC 1.841/2015, de forma extremamente semelhante e usando praticamente as mesmas palavras – alega, ainda, que, a partir de sua inclusão em 1996 no Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (o Acordo TRIPS, ou simplesmente TRIPS), da Organização Mundial do Comércio (OMC), os direitos autorais passaram a fazer parte do comércio internacional, caindo por terra a visão de que seriam bens fora do comércio, típica do século XIX (tal como falamos anteriormente neste trabalho).[472]

---

nacional". Na justificativa, fala expressamente que o direito do acesso ao conhecimento reivindica a flexibilização da lei, havendo também aspectos econômicos que exigem a alteração proposta – tema que retomaremos em capítulo posterior. Nesse contexto, complementa: "A lei de direitos autorais não pode engessar uma nação, impedindo o benefício da coletividade em função da vontade individual. Reconhecer os direitos autorais sim, mas vincular sua proteção à função social, que até mesmo a propriedade tradicional se vincula". Em igual sentido, na justificativa do PLS 409/2017, o Senador Hélio José (PROS/DF): "Entendemos que a norma vigente protege excessivamente o autor ou titular das composições musicais ou literomusicais e fonogramas, em detrimento do interesse geral da coletividade".

471 Tal fenômeno se intensifica após a promulgação da Constituição de 1988, com seu rol extenso de direitos fundamentais – não à toa, chamada de Constituição Cidadã. Vide, porém, nota 437.

472 Em quatro outros momentos, vemos parlamentares se referirem à importância econômica, no cenário contemporâneo, das atividades artísticas: a Justificativa à Emenda 30, apresentada no Senado por Franco Montoro à Comissão Mista incumbida de estudo e parecer sobre o PL 13/1973, que deu origem à Lei de Direito Autoral de 1973, fala que a obra autoral representa um patrimônio de considerável valor econômico (DCN 2, 08.11.1973, p. 1.778); a Justificativa à Emenda 96, apresentada no Senado por Maurício Toledo à Comissão Mista incumbida de estudo e parecer sobre o PL 13/1973, explica que o nome do autor passa a figurar como uma bandeira (DCN 2, 08.11.1973, p. 1.790), tal como uma marca – objeto de tutela da propriedade industrial; e Freitas Nobre, na justificativa ao seu PLC 1.472/1973, fala da ascensão da música popular, do surgimento das modernas editoras e gravadoras musicais, e dos seus

Também na justificativa do PLS 409/2017, o Senador Hélio José (PROS/DF) diz: "No Brasil, mais do que nunca – mas não de maneira inédita – valoriza-se a chamada economia criativa, que reside tanto em obras literárias como em programas de computador ou no design de um objeto ou desenvolvimento de uma tecnologia". Por sua vez, o PLC 3.672/2015, que cria o "Selo Brasil Criativo" para atestar a origem e a qualidade de produtos e serviços oriundos da Economia Criativa, define-a de forma semelhante àquela que vimos no Capítulo 2.[473]

Além de reconhecer a relevância econômica das criações autorais e o surgimento das Indústrias Culturais, por algumas vezes nossos congressistas abordaram as diferenças entre suas formas de produção e os mercados aos quais estão relacionadas.[474] Nesse

lucros vultosos, nas seguintes palavras: "Modernamente, a música é algo mais do que isto [uma língua universal]: além de sublime manifestação do pensamento é, também, um artigo comercial e comerciável que rende dinheiro, e muito" (DCN 15.08.1973, p. 5.003); e durante a discussão do PL 8.551/1986, que deu origem à nossa primeira Lei de Software, há um intenso debate sobre os interesses econômicos por trás da produção dos programas de computador, bem como sua relação com o desenvolvimento tecnológico nacional. Em igual sentido, Cid Saboia de Carvalho, no Parecer 38/1990, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre o PLS 249/1989 (que daria origem à nossa atual Lei de Direitos Autorais), ao tratar do *droit de suite*, demonstra conhecer quais as figuras que atuam no mercado contemporâneo de artes plásticas, como os marchands e galerias (DCN 2, 21.03.1990, p. 777). Da mesma forma, Lourival Batista, ao justificar a Emenda 109 ao PLS 13/1973, fala da formação da estrutura empresarial das editoras, que operam com racionalidade, não sendo o editor mais um mero encaminhador dos originais para impressão. Em sentido contrário, José Louzeiro, Presidente do Sindicato de Escritores do Rio de Janeiro, 3ª reunião de audiência pública, realizada em 27.04.1987, da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais, da Assembleia Constituinte de 1988, descreve as editoras como pequenas empresas, salvo duas ou três grandes multinacionais, indicando que esse setor ainda não seria tão desenvolvido e profissionalizado (ASSEMBLEIA..., 1987). Quanto aos problemas econômicos, além da captura (tratada acima/abaixo), temos Emilia Fernandes (PDT/RS), discutindo o PLS 249/1989 (que daria origem à nossa atual Lei de Direitos Autorais), ao chamar as produtoras musicais de grandes corporações cartelizadas (CONGRESSO..., 1998, p. 230).

473 "Art. 2º Para efeitos desta Lei considera-se: I. Economia Criativa os ciclos de criação, produção, distribuição ou circulação, consumo e fruição de bens e serviços oriundos dos setores criativos, cujas atividades produtivas têm como processo principal um ato criativo gerador de um produto, bem ou serviço, cuja dimensão simbólica é determinante do seu valor, resultando em produção de riqueza cultural, econômica e social".

474 Na justificativa do PLC 4.028/1954, Oswaldo Orico (PSD/PA) fala que a reedição de um livro dificilmente fará do editor rico, contrariamente à adaptação à rádio ou ao cinema, que pode resultar em renda considerável (DCN 1, 25.01.1954, p. 193). José Louzeiro, Presidente do Sindicato de Escritores do Rio de Janeiro, 3ª reunião de audiência pública, realizada em 27.04.1987, da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais, da Assembleia Constituinte de 1988, diferencia a escrita literária da dramaturgia para televisão, que envolve o trabalho de uma equipe e que se adapta ao público consumidor (ASSEMBLEIA..., 1987). Ney Suassuna (PMDB/PB) e Roberto Saturnino (Bloco-PT/RJ), no Parecer Conjunto 2.234/2005, das Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania e de Educação, sobre a Emenda 1 (de autoria de Marcelo Crivella) ao PLS 532/2003, comparam o compositor ao autor do roteiro, que não recebe por cada exibição do filme – indicando que a lógica do cinema é distinta da do mercado de música (CONGRESSO..., 2005c, p. 252-253). Em igual sentido, acerca do mercado musical, Paulo Octávio (PFL/DF), ao discutir o PLS 532/2003 em 07.12.2005, discorre acerca de uma nova lógica de aproveitamento econômico para os compositores de canções exibidas em produções audiovisuais –

sentido, chegou-se a sugerir tutelas legais distintas para obras artísticas diferentes, com base nas peculiaridades do comércio de cada uma.[475]

Nossa pesquisa revelou também que os debates legislativos identificaram uma série de conflitos de interesse nas distintas indústrias baseadas nas obras artísticas, científicas e literárias. Dessa forma, o Congresso tratou de oposição entre editores e autores literários;[476] entre os exibidores de filmes e artistas do audiovisual;[477] entre gravadoras, e compositores e outros artistas do ramo musical;[478] entre os próprios autores –

---

isto é, o compositor lucraria mais ao se tornar conhecido, em razão da projeção que o filme traria para si, do que pelos direitos pagos por cada exibição da película (CONGRESSO..., 2005b, p. 106-107). Já Pedro Wilson, no Parecer da Comissão de Cultura, Educação e Desporto, critica o PLC 1.358/1995, para quem esse só protegeria algumas indústrias (como música), deixando de fora outras, como literatura, nas quais contratos por longo prazo são raros, pois as editoras não querem apostar em escritores desconhecidos.

475 O PLC 4.028/1954, de Oswaldo Orico (PSD/PA), propunha novo prazo de proteção aos direitos autorais sobre obras literárias, diferenciando-as da adaptação em obras cinematográficas e de radiodifusão (DCN 1, 25.01.1954, p. 193); o PLS 313/1989, do Senador Teotonio Vilela Filho, propôs uma Nova Lei de Direitos Autorais, cujo art. 45 estabeleceria prazos distintos para o direito de exclusividade, com base no tipo de obra – por exemplo, 20 dias para obras jornalísticas, 180 para obras publicitárias, e 10 anos para obras audiovisuais (DCN 2, 04.10.1989, p. 5.445); em igual sentido, o PLC 2.591/1992, proposto por José Genoíno (PT/SP); Cid Saboia de Carvalho, no Parecer 38/1990, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre o PLS 249/1989 (que daria origem à nossa atual Lei de Direitos Autorais), propôs a separação do artigo que trata de comunicação ao público de obras teatrais e musicais (art. 72), para tratar de cada uma dessas modalidades separadamente, como sugerido pela Sociedade Brasileira de Autores Teatrais – SBAT e a União Brasileira de Compositores – UBC (DCN 2, 21.03.1990, p. 778). Na discussão do Parecer da Comissão de Educação e Cultura da Câmara sobre o PLC 5.438/2005, de Ann Pontes (PMDB/PA), obrigando editoras e gravadoras a numerarem as obras antes de sua comercialização, para que os artistas possam ter controle das vendas, o relator, Deputado Álvaro Dias, em seu voto vencido, diz que as indústrias do software e de editoração questionaram a viabilidade de se aplicar essa norma em seus mercados, dadas as suas peculiaridades em face do setor musical.

476 Por exemplo, nas justificativas aos PLC's 2.317/1952, de Celso Peçanha – PTB/RJ (DCN 1, 13.08.1952, p. 8.093), e 2.324/1979, de Gioia Junior – PDS/SP (DCN 1, 21.11.1979, p. 13.400). Também José Louzeiro, Presidente do Sindicato de Escritores do Rio de Janeiro, na 3ª reunião de audiência pública, realizada em 27.04.1987, da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais, da Assembleia Constituinte de 1988, diz que editoras não vão publicar livros sobre direitos autorais, uma vez que tais obras defendem os autores (ASSEMBLEIA..., 1987). Em sentido contrário, o Deputado Egídio Ferreira Lima, relator do Parecer da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara ao PLC 2.148/1989, de José Genoíno Neto (PT/SP), diz ter recebido uma carta de Jorge Amado, na qual este menciona críticas da classe interessada ao referido projeto, uma vez que se basearia num conflito não existente entre escritores e editores. Assim, cita Carlos Drummond de Andrade, para quem haveria identidade de interesses culturais e econômicos entre autor, editor e livreiro. Como prova disso, fala no número ínfimo de litígios existentes na indústria.

477 Ideli Salvatti (PT/SC), discutindo Parecer Conjunto 2.234/2005, das Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania e de Educação, sobre a Emenda 1 (de autoria de Marcelo Crivella) ao PLS 532/2003 (CONGRESSO..., 2005b, p. 104). Na mesma discussão, Roberto Saturnino (PT/RJ) frisa que o conflito não diz respeito apenas aos grandes exibidores, como também pequenos (Ibidem).

478 Freitas Nobre, na justificativa ao PLC 1.472/1973 (DCN 1, 15.08.1973, p. 5.004); Vadão Gomes (PRN/SP), na justificativa ao PLC 3.020/1992 (DCN 1, 11.07.1992, p. 16.382); e Deputado Takayama (PMDB/PR), na justificativa ao PRC 223/2005. Na justificativa à Emenda 1, apresentada no Senado à Comissão Mista incumbida de estudo e parecer sobre o PL 13/1973, que deu origem à Lei de Direito Autoral de 1973, Franco Montoro diz: "Numa autodefesa que, iniludivelmente, acaba redundando em prejuízo à música popular, compositores se transformaram em editores, não de suas obras apenas, mas dos seus companheiros, usando de processos e métodos que combatiam nos editores tradicionais" (DCN

seja entre aqueles mais novos e os já consagrados,[479] seja entre artistas de diferentes classes,[480] entre integrantes de distintas regiões do país,[481] ou dentro do ECAD;[482] entre exploradores comerciais de obras autorais de setores distintos, como os mercados literário

2, 08.11.1973, p. 1.771). No Parecer da Comissão de Educação e Cultura da Câmara sobre o PLC 2.932/1976, a relatora Deputada Lygia Lessa Bastos fala em conflito entre produtores de fonograma e intérpretes, sustentando a inconstitucionalidade do direito conexo do produtor, na medida em que teria direitos comerciais e industriais sobre a obra, enquanto ao intérprete caberiam direitos autorais. Interessante essa perspectiva, uma vez que reforça a figura romantizada do artista, de que tratamos no tópico 3.2.4, de quem se ocuparia o Direito Civil, em oposição à exploração econômica da obra, objeto do Direito Comercial. A Senadora Emília Fernandes (PT/RS), em 24.06.2002, insinua que gravadoras fazem parte do esquema de venda de CDs piratas, em prejuízo dos músicos (DSF, 25.06.2002, p. 13.007). Em igual sentido, VALENTE (2018, p. 39) relata a desarmonia entre editores e músicos dentro das sociedades arrecadadoras desde a década de 1950, devido principalmente à discrepância de ganhos entre as categorias.

[479] Conforme manifestação do Deputado José Esteves (ARENA/AM), em 11.09.1975: "Compositores jovens de grande mérito assistiam, impotentes, ao desvio das quantias que lhes correspondiam em favor de privilegiados, cujas obras pouco ou nada eram executadas" (DCN 2, 12.09.1975, p. 4.553). Também em busca no sistema de sugestões da população para a Assembleia Nacional Constituinte de 1988 (SAIC), encontramos uma manifestação de 15.07.1986, solicitando que o constituinte dê maior oportunidade para compositores, cantores e escritores pequenos, principalmente do interior, porque os direitos autorais só dariam privilégio para o grande artista. Já segundo o Deputado José Esteves (ARENA/AM), em manifestação de 11.09.1975: "Compositores jovens de grande mérito assistiam, impotentes, ao desvio das quantias que lhes correspondiam em favor de privilegiados, cujas obras pouco ou nada eram executadas" (DCN 1, 12.09.1975, p. 4553). Também Tulio Vianna, professor da Universidade Federal de Minas Gerais, em pronunciamento o Senado, datado de 16.04.2013: "[...] o direito autoral tem sido um empecilho para que o autor se torne conhecido, porque o autor em início de carreira não consegue vender um livro com muita facilidade, e a pirataria, muitas vezes, acaba estimulando que mais pessoas tomem conhecimento da obra daquele autor – e falo como autor" (DSF, 04.06.2013, p. 78). De acordo com o doutrinador, escritores novos teriam, portanto, uma lógica econômica distinta daqueles já consagrados.

[480] Deputado Antonio Baby (PTB/PR), na justificativa do seu PLC 274/1955, fala que a existência de diferentes associações para escritores, dramaturgos e compositores criou rivalidade entre estes (DCN 1, 13.05.1955, p. 2.459-2.460). Já o Deputado Edigar Mão Branca (PV/BA), na justificativa do PLC 6.896/2010, fala de uma oposição entre compositores e intérpretes, na medida em que estes teriam mais êxito que aqueles. Na mesma linha, VALENTE (2018) analisa a relação entre tal conflito, e a evolução das associações de músicos e sociedades arrecadadoras no Brasil.

[481] José Fogaça (PMDB/RS), discutindo o Parecer 62/1998, sobre emendas da Câmara, Comissão de Constituição, Justiça e Cidadana (CONGRESSO..., 1998, p. 225-226).

[482] Justificativas ao PRC 223/2005, do Deputado Takayama (PMDB/PR), e ao PLC 2.850/2003, no qual se alega que o ECAD é dominado pelos interesses dos editores musicais, ou seja, as gravadoras estrangeiras. Em igual sentido, Luiz Mainardi (PT/RS), na justificativa ao PLC 2.591/1996, fala em "[...] criminosa máquina de expropriação dos direitos dos verdadeiros criadores de obras musicais [...]" (DCD, 06.02.1997, p. 3.852). Em igual sentido, ao discutir o PLC 5.340/1990 (que deu origem à nossa atual Lei de Direitos Autorais), o Deputado Chico Vigilante (PT/DF) chama integrantes do ECAD de quadrilha de mafiosos que se apropria do dinheiro dos artistas (DCN 1, 03.12.1997, p. 39.715). Valdeci Oliveira (PT/RS), na justificativa da PEC 82/1999, critica a pouca transparência do órgão (DCD, 14.10.1999, p. 48.355), ao passo que a justificativa do PLC 2.850/2003 critica o aparelhamento da instituição. Em sentido contrário, na justificativa à Emenda 170 ao PLS 13/1973, o Senador Henrique de La Rocque defende que sociedades arrecadadoras mais importantes tenham mais votos (DCN 2, 08.11.1973, p. 1.804). VALENTE (2018) descreve em detalhes, com entrevista a personalidades envolvidas, as disputas que se observaram dentro de associações de músicos e sociedades arrecadadoras, expondo uma oposição entre burocratas e novos artistas, relatando também as acusações de captura de tais sociedades pelas gravadoras. Por vezes, isso provocaria mesmo a disputa entre titulares de direitos autorais, como as editoras musicais – por exemplo, a União Brasileira de Compositores (UBC), que, nos anos 1990, teria sido controlada pela multinacional EMI (Ibidem, p. 86).

e audiovisual;[483] e, genericamente, entre os detentores de direitos sobre as obras e os autores originários.[484-485]

A identificação desses conflitos relaciona-se a debates nos quais é denunciada a ausência de proteção dos autores,[486] reforçando que este (visto conforme a figura

---

[483] Vide declaração do Deputado Oswaldo Orico (PSD/PA), na justificativa ao PLC 4.028/1954, transcrita na nota 474.

[484] Wilmar Dallanhol (Arena/SC), na justificativa ao PLC 2.932/1976 (DCN 1, 30.09.1976, p. 3.937), bem como Lygia Lessa Bastos, no Parecer da Comissão de Educação e Cultura relativo a essa proposição falam em coação econômica aos autores pelas empresas titulares de direitos aos autores. Em igual sentido, Leo Simões, na Justificativa ao PLC 3.201/1980, e Pacheco Chaves, na justificativa ao PLC 3.801/1977 (DCN 1, 29.06.1977, p. 5.610). O Senador Américo de Souza, no Parecer 539/1985, da Comissão de Constituição de Justiça sobre o PLC 994/1984 (2.932-B, na origem), diz que a lei autoral vigente à época (nº 5.988/1973) era mais liberal do que o Código de Propriedade Industrial da época, por não convencionar os direitos atribuíveis ao empregador e ao empregado na obra realizada sob regime de trabalho, dando espaço à coação (DCN 2, 28.08.1985, p. 2.937). A respeito da exploração do artistas, diz Otavio Augusto, das Entidades Representativas de Produtores e de Artistas e Técnicos em Espetáculos de Divisões, na 12ª Reunião Ordinária, de 06.05.1987, da Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e Comunicação, Subcomissão da Ciência e Tecnologia e da Comunicação, também da Constituinte de 1988: "E as empresas, com o resultado do nosso trabalho [dos artistas, que ganham pouco], conseguem, hoje em dia, se expandir à nível [sic] de multinacional na Itália e na França" (ASSEMBLEIA..., 1987). Na mesma linha, Luciano Pizzatto (PFL/PR), ao tratar do PLC 5.340/1990 (que virou nossa atual Lei de Direitos Autorais): "[...] que possamos ter uma legislação que proteja o direito autoral, e não um grupo que vive como gigolô do direito autoral" (DCN 1, 11.12.1997, p. 41.310). Também no Parecer da Comissão de Educação e Cultura da Câmara sobre o PLC 5.438/2005, de Ann Pontes (PMDB/PA), o relator Deputado Álvaro Dias, em seu voto vencido, expõe conflito entre autores e editoras, galerias de arte e gravadoras, que se aproveitam daquele.

[485] Além disso, o legislador também começou, a partir do final do século XX, a considerar interesses difusos opostos àqueles do autor, tal como acesso à cultura e ao conhecimento, conforme tratamos neste tópico. Nesse sentido, encontramos um caso – Senador Hélio José (PROS/DF), na justificativa ao PLS 409/2017 – em que se falou abertamente de um conflito entre os autores (como veremos, o sujeito de tutela da legislação, para nossos congressistas) e a coletividade. O Senador chega a dizer que a Lei protege excessivamente tanto o titular dos direitos autorais como o próprio autor, confrontando o sentimento geral de nossos parlamentares, quanto à ausência de tutela legal aos artistas – como veremos a seguir.

[486] Altair Lima (MDB/RJ), na justificativa ao PLC 499/1967: "Na situação atual, o direito autoral adquiriu a feição de penalidade imposta ao meio social, quando devia constituir-se numa contribuição para o amparo real do autor obtida daqueles que comercialmente se beneficiam da obra" (DCN 1, 13.09.1967, p. 5.339). Wilmar Dallanhol (Arena/SC), na justificativa ao PLC 2.932/1976 (DCN 1, 30.09.1976, p. 3.937), bem como Lygia Lessa Bastos, no Parecer da Comissão de Educação e Cultura relativo a essa proposição, e Leo Simões, na justificativa do PLC 3.201/1980, criticam a lei autoral vigente à época (nº 5.988/1973), alegando que não protegia suficientemente o autor. Na discussão anterior à aprovação desse diploma, o Senador Maurício Toledo, ao apresentar à Comissão Mista sua Emenda 96, justifica-a sustentando que a lei de direito autoral não pode virar uma norma para proteger os adquirentes de direitos de autor (DCN 2, 08.11.1973, p. 1.790). Em igual sentido, o Senador Franco Montoro, na justificativa do PLS 53/1974, frisa que a lei autoral deve proteger autor, e não o titular (DCN 2, 29.05.1974, p. 1.781). O Senador Romeu Tuma (PSDB/SP), no Parecer 62/1998 da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre as emendas da Câmara ao PLS 249/1989, que deu origem à nossa atual Lei de Direitos Autorais, diz que as alterações feitas pelos Deputados, acerca da obra feita sob relação de trabalho, protegem mais o empregador, quando devem tutelar o empregado (CONGRESSO..., 1998, p. 212). Acerca desse mesmo PLS, porém, Cid Saboia de Carvalho, no Parecer 38, de 08.03.1990, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, diz que o texto do projeto não protege empresariado nem alimenta confronto entre esses e autores (DCN 2, 21.03.1990, p. 775).

individual e romantizada de que já falamos), e não o titular dos direitos,[487] deve constituir o sujeito da tutela.[488]

De acordo com as discussões tidas no Congresso, uma das formas como o autor se encontra desprotegido pelo Direito é na dificuldade de acesso à Justiça, dada sua condição hipossuficiente (conforme analisamos anteriormente), de modo que não tem recursos financeiros para ingressar com e manter uma demanda judicial.[489]

Já uma das razões pelas quais a Lei falharia em seu objetivo – isto é, tutelar o autor – seria a captura dos próprios parlamentares pelos grupos titulares de direitos, integrantes da Economia Criativa.[490-491] Apesar disso, encontramos uma série de momentos

---

[487] Nessa linha, discutindo o PLC 5.430/1990 (nº de origem 249/1989), que resultou em nossa atual Lei de Direitos Autorais, Jandira Feghali (PCdoB/RJ) diz que editores e produtores têm interesses econômicos e não direitos (DCN, 11.12.1997, p. 41.307-41.308).

[488] Por vezes também se identifica outro sujeito de tutela, além do autor: o consumidor da obra artística, científica ou literária. Nesse sentido: Rubens Requião, no Parecer 37/1998, da Comissão de Educação, sobre o PLC 200/1995 (PLS 14/1996), que resultou na nossa atual Lei de Software; o Deputado Takayama (PMDB/PR), na justificativa do PRC 223/2005; o Senador Marco Maciel (DEM/PE), em pronunciamento de 17.05.2010 (DSF, 18.05.2010, p. 21.568); o parágrafo único do art. 1º, a ser incluído na Lei de Direitos Autorais, conforme proposto por Nazareno Fonteles (PT/PI), no PLC 3.133/2012, elencando a tutela do consumidor como um dos princípios a reger o sistema autoral – vide nota 457; e Tulio Vianna, professor da Universidade Federal de Minas Gerais, em pronunciamento de 16.04.2013: "Nós temos que pensar numa legislação de direitos autorais que atenda, antes de tudo, o autor e o leitor, nunca aquele elo intermediário [...]" (DSF, 04.06.2013, p. 78). O reconhecimento do leitor como sujeito de tutela relaciona-se com o que já tratamos nos tópicos 4.2.1 e 4.2.4 acerca da função social dos direitos autorais, que se faz presente nos debates a partir do final do século passado.

[489] José Louzeiro, Presidente do Sindicato de Escritores do Rio de Janeiro, fala desse problema nos mercados editorial e audiovisual, na 3ª reunião de audiência pública, realizada em 27.04.1987, da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais, da Assembleia Constituinte de 1988 (ASSEMBLEIA..., 1987). Na justificativa ao PLC 2.591/1996, Luiz Mainardi (PT/RS) diz: "Em caso de conflito de interesses., os autores não recorrem aos meios judiciais porque não dispõem de recursos para sustentar ações em foros distantes de suas comarcas" (DCD, 06.02.1997, p. 3.852). Na mesma linha, manifesta-se o Senador Marcelo Crivella (PRB/RJ), em sessão de 16.12.2011 (CONGRESSO..., 2011, p. 43).

[490] Nesse sentido, o Senador Franco Montoro, na justificativa à Emenda 1, apresentada à Comissão Mista incumbida de estudo e parecer sobre o PLS 13/1973, que deu origem à Lei de Direito Autoral de 1973, chama a captura das sociedades arrecadadoras é um dos principais problemas autorais da época. (DCN 2, 08.11.1973, p. 1.772). A Deputada Lygia Lessa Bastos, no Parecer da Comissão de Educação e Cultura sobre o PLC 2.932/1976, sugere que a Lei de Direitos Autorais de 1973 (nº 5.988) foi pautada por influência econômica externa. Jorge José Lopes Machado Ramos, presidente da Associação de Atores em Dublagem, Cinema, Rádio, Televisão, Propaganda e Imprensa (ASA), na 4ª reunião de audiência pública, realizada em 28.04.1987, da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais, da Assembleia Constituinte de 1988, diz: "Até hoje, não conseguimos o cumprimento dessa lei, e o seu descumprimento envolve uma relação viciada de corrupção entre os usuários das nossas criações, que são as emissoras de televisão e as autoridades constituídas deste País que têm conhecimento do fato. [...] Apenas o silêncio e a cumplicidade entre os organismos do Governo e os meios de comunicação de massa estão permitindo a expropriação daquilo que nos pertence, e favorecendo o enriquecimento ilícito dessas empresas" (ASSEMBLEIA..., 1987). Napolitano (2011, p. 103), em sua pesquisa sobre os debates relativos à propriedade intelectual na Constituinte de 1988: "[...] quando a temática [dos direitos imateriais] foi debatida, ficou comprovado que a regulação jurídica constitucional desses direitos representa a influência

em que representantes das classes artísticas se fizeram presentes nos debates legislativos do período, ou mesmo que se mencionou terem estas sido consultadas na elaboração de PL's ou de pareceres relativos a eles.[492-493]

exercida pela pressão do poder econômico, evidenciando que tais direitos reproduzem esses valores em detrimento dos direitos fundamentais". O Deputado Celso Peçanha, na justificativa do PLC 5.370/1998, diz que inexiste vontade legislativa de proteger autor (DCN 1, 15.10.1981, p. 11.445). A justificativa ao PLC 2.850/2003 alega que as grandes editoras musicais estrangeiras influenciaram por meio de lobby nosso legislador. Ao discutir o Parecer Conjunto 2.234/2005, das Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania e de Educação, sobre a Emenda 1, de Plenário, oferecida por Marcelo Crivella (PRB/RJ), ao substitutivo do PLS 532/2003, a Senadora Heloísa Helena (PSOL/AL) em 07.12.2005 diz que, para alguns, o projeto atende as interesses da indústria cinematográfica americana, enquanto, para outros, satisfaz os ditames de um grupo privado de exibidores brasileiros, contra o interesse dos artistas (CONGRESSO..., 2005b, p. 102). Na justificativa do PLC 200/2009, diz Marcelo Crivella (PRB/RJ): "É esse o questionamento que fica e que magoa as pessoas, porque o homem comum, da rua, o nosso homem do povo, diz: 'Puxa vida, a Justiça, na hora em que está diante de um poderoso, toma uma decisão sempre favorável aos poderosos, prejudicando trezentos mil artistas que hoje vivem em situação de penúria porque não recebem direito autoral'" (CONGRESSO..., 2009, p. 918). Esse mesmo senador, em sessão de 16.12.2011, manifesta-se: "Também é difícil passar aqui [um projeto sobre direitos autorais], porque há muitos Senadores que têm rádio, têm televisão. Então, eles não querem pagar o Ecad. E o projeto era o seguinte: 'Quem não está em dia com o Ecad não pode renovar a concessão de rádio e televisão'" (CONGRESSO..., 2011, p. 42).

491 No próximo capítulo, veremos como a literatura trata do lobby por trás das normas de propriedade intelectual.

492 Adalberto Sena (MDB-AC), em 30.08.1976, reproduziu "relatório às autoridades" de autoria do maestro Marlos Nobre ao Conselho de Cultura do Estado do Rio de Janeiro (CONGRESSO..., 1976). Na justificativa ao PLS 51/1981, Raimundo Parente fala na insatisfação dos artistas plásticos em relação à Resolução 22/1981, do extinto Conselho Nacional de Direito Autoral, fixando o direito de sequência em 20%. Essa medida ocasionou a suspensão de leilões, incomodando tanto marchands como os próprios autores, supostamente os beneficiários da medida (DCN 2, 04.04.1981, p. 836). Tal comentário sugere alguns pontos interessantes: (i) pode haver interesses diferentes entre distintas classes de artistas (por exemplo, artistas plásticos e compositores musicais) que demandam formas diversas de tutela; (ii) em certas indústrias, os interesses dos autores podem ser coincidentes com o dos exploradores das obras; e (iii) a visão paternalista do legislador, no sentido de que o autor é um ente hipossuficiente – como tratamos no tópico 4.2.4 e também neste tópico –, merecedor de proteção, pode não condizer com a realidade em indústrias particulares, indo de encontro ao interesse dos próprios artistas.

Na mesma linha, quanto às leis que tratam de regulamentação da profissão de artista, Jorge José Lopes Machado Ramos, presidente da Associação de Atores em Dublagem, Cinema, Rádio, Televisão, Propaganda e Imprensa (ASA), na 4ª reunião de audiência pública, realizada em 28.04.1987, da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais, da Assembleia Constituinte de 1988, diz que, durante Ditadura, o governo teve que recuar quanto a um diploma, devido à mobilização contrária da classe artística (ASSEMBLEIA..., 1987). Na discussão acerca do PLC 5.430/1990 (PLS 200/1989), que deu origem à nossa atual Lei de Direitos Autorais, Genoíno lê carta de Maurício Tapajós, Presidente da Associação de Músicos Arranjadores e Regentes (AMAR), criticando referido projeto, que só protegeria os titulares de direitos, e não os artistas (DCN 1, 03.06.1993, p. 11.535-11.536).

Em sentido contrário, Cid Saboia de Carvalho, no Parecer 38, de 08.03.1990, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre o PLS 249/1989, que daria origem à nossa atual Lei de Direitos Autorais, defende não apenas que o projeto em questão não protege os titulares de direitos, fortalecendo o conflito com autores (vide nota 486), como também que o Parecer foi elaborado ouvindo-se membros de várias associações de artistas (DCN 2, 21.03.1990, p. 775). O Senador Romeu Tuma (PSDB/SP), por sua vez, no Parecer 62/1998 da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre as emendas da Câmara ao mesmo PLS 249/1989, menciona a opinião de artistas e especialistas em direito autoral sobre artigos específicos, pedindo sua supressão (CONGRESSO..., 1998, p. 227).

Em suma, é difícil apontar, a partir da base de dados utilizada, até que ponto a manifestação das opiniões dos autores, de fato, pautou ou não a edição das normas, ou a extensão na qual foram determinadas por influência dos titulares dos direitos autorais – em geral, empresas atuantes da Economia Criativa. Além disso, caso os autores tenham, de fato, sido escutados, é complicado atestar se sua visão abarca também a de outros artistas.

Como vimos, o legislador concluiu que havia conflitos de interesses entre autores: (i) de classes distintas; (ii) de mais ou menos êxito comercial; (ii) de diferentes regiões do país; e (iv) dentro das sociedades arrecadadoras. Da mesma forma, os debates parlamentares apontaram a existência de lógicas próprias de cada indústria de bens autorais, que não necessariamente se aplicam umas às outras. Ainda assim, os congressistas pós-1950, por mais que tenham tratado mais diretamente de questões financeiras atinentes ao sistema autoral (reconhecendo a relevância da Economia Criativa), continuaram a considerar majoritariamente uma figura uniforme de artista, próxima da ideia romantizada dos séculos XVIII e XIX, conforme constatamos no tópico 4.2.2.

Em outras palavras, não é possível inferir que as opiniões dos artistas ouvidos pelos nossos parlamentares nos debates relativos à proteção autoral tenham refletido o interesse geral dos autores, senão de classes ou segmentos específicos – como já

Na mesma época de apresentação do projeto em questão, em 1989, José Genoíno submeteu outra proposição sobre a matéria, o PLC 2.148/1989 (DCN 1, 29.04.1989, p. 2.882). O Deputado Egídio Ferreira Lima, relator do Parecer da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara acerca de tal projeto, menciona, além da carta de Jorge Amado, em oposição ao diploma que se votava (já suprarreferida), outra carta de Maurício Tapajós, Presidente da AMAR, desta vez em favor. Já Eduardo Suplicy (PT/SP), debatendo a mesma norma, diz que artistas como Chico Buarque de Holanda, Gilberto Gil e Caetano Veloso visitaram o Senado em apoio ao projeto, o qual teria levado em consideração reivindicações de autores de todas as áreas da produção cultural (DCN 2, 17.02.1993, p. 1.464).

Anos depois, nas discussões sobre o Parecer Conjunto 2.234/2005, das Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania e de Educação, sobre a Emenda 1, de Plenário, oferecida por Marcelo Crivella (PRB/RJ), ao substitutivo do PLS 532/2003, menciona-se a opinião de artistas, como a carta enviada por Zezé Di Camargo, de que já tratamos no tópico 4.2.2 (CONGRESSO..., 2005c, p. 249). Em igual sentido, Ideli Salvatti (PT/SC) e Sérgio Cabral (PMDB/RJ) dizem ter ouvido outros compositores e autores, este último alegando ter recebido a carta de um produtor e cineasta brasileiro pedindo-lhe que votasse contra o projeto em questão (CONGRESSO..., 2005b, p. 104-105). Em outro momento, na discussão do PLC 200/2009, Marcelo Crivella se refere à presença de compositores no plenário para expressar sua oposição ao projeto em questão (CONGRESSO..., 2006, p. 369). A isso se somem as manifestações, na Constituinte de 1988, de representantes de classes artísticas, como José Louzeiro, supramencionado.

493 Em sentido contrário, José Genoíno (PT/SP), na justificativa dos PLC's 2.148/1989 (DCN 1, 29.04.1989, p. 2.882) e 2.591/1992 (DCN 1, 10.09.1992, p. 20.481), disse que a Lei 5.988/1973 fora elaborada sem que os artistas tivessem sido ouvidos. Nessa mesma linha, MORELLI (apud VALENTE, 2018, p. 49) diz que a Lei de 1973 foi a intervenção mais autoritária dos militares no campo autoral "[...] dado que muitas das emendas apresentadas por parlamentares não chegaram a ser apreciadas em razão do curto prazo de sua tramitação, enquanto emendas propostas pelas próprias entidades autorais não parecem ter sequer existido".

comentamos, muitos dos nomes que aparecem nas discussões aproximam-se da figura do artista-empresário, de que tratamos no Capítulo 2.

Os conflitos supraexpostos, todavia, não foram os únicos apontados nas discussões referentes aos direitos autorais no Brasil. Na medida em que os bens artísticos, científicos e literários se tornaram objeto do comércio internacional e que grande parte das empresas atuantes na Economia Criativa são conglomerados estrangeiros – tal como já mencionado no tópico 2.8 –, a oposição entre interesses de países diferentes também foi uma preocupação do nosso legislador (assim, como vimos no tópico 4.1.6, fora dos congressistas no período anterior à metade do século XX). Analisaremos a seguir como os deputados e senadores trataram dessa questão.

4.2.5 A questão internacional

No tópico 4.1, constatamos que o legislador brasileiro, até o fim do Estado Novo (seguindo a doutrina, analisada no capítulo anterior), ocupou bastante tempo discutindo se aos autores estrangeiros se deveria conceder a mesma proteção que aos brasileiros. Conforme investigamos, o debate girou principalmente acerca dos interesses e das consequências econômicas do reconhecimento da proteção no nível internacional, sobressaindo-se, inclusive, aos argumentos principiológicos e éticos sobre a natureza do regime autoral. Todavia, uma vez pacificada essa questão, no começo do século XX (com o Decreto 2.577, de 17 de janeiro de 1912), o tema deixou de ser relevante, não chegando a ser debatido pelo legislador a partir de então.

Isso não significa dizer, porém, que os parlamentares de 1950 em diante não consideraram a existência de interesses estrangeiros ao regularem os direitos autorais no Brasil. Pelo contrário, o período em questão foi marcado pela celebração de novos tratados internacionais, como a Convenção de Roma, sobre direitos conexos, de 1961, e, principalmente, o Acordo TRIPS, da OMC – o qual, conforme já falamos, marcou oficialmente o ingresso dos bens autorais na lógica do comércio exterior.[494]

[494] Mais ainda, os direitos autorais se tornaram uma forma de compensação ou sanção por práticas abusivas no âmbito do comércio internacional. Vide, nesse sentido, a Medida Provisória 482/2010, transformada na Lei 12.270, de 24 de junho de 2010, que dispõe sobre medidas de suspensão de concessões ou outras obrigações do Brasil relativas a direitos de propriedade intelectual, caso a OMC assim autorize, colocando lado a lado os bens autorais dos artigos industriais.

Encontramos em nossa pesquisa momentos em que se expôs no Congresso uma oposição entre interesses estrangeiros e nacionais, ou mesmo em que se reconheceu influência externa na edição de nossos diplomas – nos termos da captura, a que nos referimos no tópico anterior. Esse conflito foi identificado tanto no mercado musical,[495] como no de editoração,[496] audiovisual[497] e de software.[498] Em sentido mais amplo, o Senador Eduardo Suplicy acusou, em sessão de 18 de abril de 1995, pressão americana

---

[495] Justificativa à Emenda 53, apresentada no Senado por Maurício Toledo à Comissão Mista incumbida de estudo e parecer sobre o PLS 13/1973, coloca os fonogramas estrangeiros na perspectiva de balança comercial, na medida em que não trazem recursos para o Brasil, mas que implicam no pagamento de remessas ao exterior, em prejuízo da indústria nacional (DCN 2, 31.10.1973, p. 1.783). Adalberto Sena (MDB-AC), em 30.08.1976, reproduz "relatório às autoridades" de autoria do maestro Marlos Nobre ao Conselho de Cultura do Estado do Rio de Janeiro, o qual discorre sobre a concentração do mercado musical brasileiro na mão de empresas estrangeiras – 60% pertenceria a apenas três gravadoras –, resultando na importação massiva de obras, o que contrastaria com a má-situação financeira de nossos músicos e compositores: "Em 1971, o Brasil pagou 2 milhões de dólares em direitos autorais para ouvir músicas estrangeiras, soma esta que se elevou para 4 milhões em 1972 e para 5 milhões em 1973 (6 pagos aos estrangeiros e 1 recebido pelos nossos sucessos no exterior). Em 1976, estamos nos aproximando dos nove milhões de dólares. No total – direitos autorais, de execução, fonomecânicos, importação direta de discos, fitas, cassetes, vídeo-tapes e filmes musicais – pagamos anualmente pela música estrangeira 35 milhões de dólares. Ao mesmo tempo, a classe musical, entre nós, debate-se na maior crise de desemprego jamais vista: 60% dos sócios da Ordem dos Músicos do Brasil estão desempregados. Somente em São Paulo, há 6.500 músicos sem emprego fixo no seu ramo, segundo dados fornecidos pelo presidente da Ordem dos Músicos, Wilson Sandoli. A situação agrava-se no Rio de Janeiro que tem apenas a metade das casas de diversão de São Paulo e, quanto aos centros menores, o quadro é desalentador" (CONGRESSO..., 1976, p. 327).

Em igual sentido, Vandeval lima dos Santos (PTB/SP), na justificativa do PLC 1.940/1999: "Nossa luta é para acabar com a ganância dos produtores internacionais que dominaram o mercado da música nacional [...]", que "saquearam" os autores (DCN 1, 28.10.1999, p. 51.829). Também: "Hoje, além do que já existia de ruim, chegaram os grandes editores internacionais que fazem parte do ativo das fonográficas, açambarcando todo o mercado brasileiro com suas sedes no estrangeiro, ditando normas e regras que os favoreçam e até influenciam, através de lobby, os parlamentares para que ajam e façam leis que protejam os interesses deles: os estrangeiros". Tal controle externo influenciaria também a gestão do ECAD. Luiz Mainardi (PT/RS), na justificativa ao PLC 2.591/1996, diz que o sistema de arrecadação de direitos autorais, "[...] ao longo dos anos, constituiu-se em criminosa máquina de expropriação dos direitos dos verdadeiros criadores de obras musicais, tudo isto sob a orquestração de multinacionais do mercado fonográfico" (DCD, 11.12.1997, p. 41.350). Na mesma linha, Justificativa ao PLC 2.850/2003, no qual se alega que o ECAD é dominado pelos interesses do editores musicais, ou seja, as gravadoras estrangeiras.

[496] José Louzeiro, Presidente do Sindicato de Escritores do Rio de Janeiro, 3ª reunião de audiência pública, realizada em 27.04.1987, da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais, da Assembleia Constituinte de 1988, diz que editoras dão preferência aos best-sellers estrangeiros em detrimento do autor nacional (ASSEMBLEIA..., 1987).

[497] Ao discutir o Parecer Conjunto 2.234/2005, das Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania e de Educação, sobre a Emenda 1, de Plenário, oferecida por Marcelo Crivella (PRB/RJ), ao substitutivo do PLS 532/2003, a Senadora Heloísa Helena (PSOL/AL), em 07.12.2005, diz que, para alguns, o projeto atende aos interesses da indústria cinematográfica americana, enquanto, para outros, satisfaz os ditames de um grupo privado de exibidores brasileiros, contra o interesse dos artistas (CONGRESSO..., 2005b, p. 102). Já Paulo Octavio (PFL/DF): "Realmente, o debate, aqui, é estranho, porque parece que aqui, no Senado, queremos pagar direitos autorais aos americanos e aos europeus" (Ibidem, p. 106-107).

[498] No Parecer 37/1998, da Comissão de Educação, sobre o PLC 200/1995 (PLS 14/1996), que resultou na nossa atual Lei de Software, o Senador Rubens Requião associa a adoção do regime autoral a uma pressão internacional, ligada à elaboração do Acordo TRIPS, contrária aos interesses do Brasil.

para que Brasil adotasse uma nova legislação a respeito dos direitos autorais o mais rápido possível e absolutamente submissa aos ditames deles (CONGRESSO..., 1995, p. 54). Três anos mais tarde, era promulgada a nossa atual Lei de Direitos Autorais.

4.3 Verificação da hipótese

Neste capítulo, nos propusemos a analisar a maneira pela qual o legislador brasileiro, em dois períodos distintos (divididos entre antes e depois da década de 1950, quando emergiu o Popismo, quebrando definitivamente a barreira entre a atividade artística e a exploração comercial das obras), tratou dos seguintes pontos: (a) natureza jurídica do regime autoral; (b) as diferenças em relação à propriedade industrial, em especial no tocante à arte aplicada; (c) conceituação da figura do autor; (d) a questão econômica subjacente; e (e) o debate internacional entre as nações produtoras e importadoras de bens autorais.

Na primeira época considerada (isto é, entre a Independência e a queda do Estado Novo, na metade do século XX), notamos que as discussões legislativas acerca da tutela das obras artísticas, científicas e literárias não foram tão frequentes, tendo o Brasil tardado a editar normas sobre o assunto. Ainda assim, o debate, quando houve, centrou-se mais na natureza jurídica do regime, refletindo as orientações doutrinárias que lhe foram contemporâneas (tal como descrevemos no capítulo anterior). De forma geral, os parlamentares refletiram basicamente as mesmas preocupações dos juristas que escreveram sobre os direitos autorais na época, inclusive no que diz respeito à separação quanto ao regime da propriedade industrial (apesar de o legislador da época pouco ter dito a respeito da arte aplicada), a figura considerada de autor, além dos interesses e conflitos econômicos subjacentes, também no âmbito transnacional.

Nessa linha, o congressista brasileiro do período considerou a mesma figura romantizada de artistas, produzindo para sua subsistência miserável, e explorado pelas primeiras Indústrias Culturais que se desenvolviam – editoração e teatro. Nesse contexto, os parlamentares se diferenciaram um pouco da doutrina ao tratarem de forma mais direta dos interesses econômicos por trás da regulação do sistema autoral, deixando de lado mais facilmente sua justificação filosófica.

Em contraste, os deputados e senadores recentes (isto é, após 1950) foram muito mais prolíficos acerca do tema, tendo debatido algumas centenas de projetos de lei sobre a

matéria.[499] Também diferentemente do período anterior, os parlamentares mais recentes praticamente não se ativeram à natureza jurídica do regime, quase não se referindo à doutrina. Pelo contrário: a discussão foi mais pragmática, girando basicamente em torno dos interesses envolvidos na tutela das obras, como acesso à cultura, à educação e ao conhecimento[500] – havendo uma tendência, a partir da Constituição de 1988, em se defender a flexibilização do regime autoral, com base na sua função social. Ainda assim, o interesse mais considerado pelo legislador, na edição das normas, foi a proteção dos aspectos econômicos – seja do autor, seja dos titulares de direitos. Dessa forma, se mostra verdadeira a hipótese de que a edição dos nossos diplomas sobre o regime autoral foi pautada sobretudo por finalidades econômicas, em que pesasse o aparato filosófico usado para justificá-las.

Nesse sentido, o artista foi visto pelos nossos parlamentares de forma muito semelhante nos dois períodos em questão (antes e depois da década de 1950): a figura clássica da transição entre os séculos XVIII e XIX, um indivíduo que produz para seu bel-prazer fora da lógica de mercado, comercializando sua obra apenas para sua subsistência. Assim, os debates legislativos descrevem uma relação de hipossuficiência deste em relação aos titulares de direitos sobre as obras, que as exploram economicamente. Assim, se verifica a hipótese de que o legislador mais recente considerou uma concepção de artista muito semelhante àquela idealizada por seus colegas do período precedente: isto é, como um agente individual, que mal obtém das suas obras o seu meio de subsistência, mas que romanticamente persegue sua atividade por vocação.

Os congressistas, até a metade do século XX, trataram basicamente de duas classes de autores – os escritores e os dramaturgos –, na medida em que, conforme analisado, eram praticamente as únicas duas Indústrias Culturais que floresciam na época em questão. Pelo que verificamos, os parlamentares da época seguinte (a partir de 1946) abordaram um espectro mais amplo, abrangendo também fotógrafos, profissionais do audiovisual e, sobretudo, os integrantes do mercado da música – que, por sua vez, são divididos em duas classes: compositores e executantes.[501] Esses grupos, por sua vez, se

---

[499] Ainda que, como dito, boa parte dos projetos tenham sido repetidos, tratando basicamente das mesmas questões.

[500] Que, como vimos no capítulo anterior, também ocupou espaço na doutrina, ao lado dos argumentos filosóficos.

[501] Os artistas plásticos – sobre os quais se fundou uma grande parte de nossa análise no Capítulo 2 –, salvo por raros momentos, não são tratados pelo legislador.

distinguiriam internamente de outras duas formas: (i) entre aqueles artistas já consagrados e os que estão iniciando suas carreiras; e (ii) de acordo com a região brasileira a que pertencem.

É possível que os profissionais de alguns desses grupos, de fato, se aproximem da concepção clássica do artista, merecendo uma tutela especial por sua hipossuficiência. O que nos parece aqui, contudo, é que nossos parlamentares, por mais que às vezes tenham identificado artistas próximos da figura do empresário (que descrevemos no Capítulo 2), terminam, ao editar os diplomas, por colocá-los todos dentro de uma mesma categoria, coincidente com a ideia romantizada tida pela doutrina, analisada no Capítulo 3.

Como mencionado nos tópicos 4.2.3 e 4.2.4, os debates legislativos recentes revelam o conhecimento sobre uma série de Indústrias Culturais distintas e sobre a relevância da Economia Criativa. Nessa esteira, os parlamentares se referem às peculiaridades de cada um desses mercados, sugerindo, inclusive, algumas diferenças no tratamento jurídico, em conformidade com a lógica própria de cada setor – a exemplo da variação nos prazos dos direitos de exclusividade, proposição essa não aceita ao final. Dessa forma, a hipótese de que o legislador não teria considerado as transformações da Economia Criativa e o surgimento da empresa-artística (salvo no tocante à figura de autor, que permaneceu, em regra, consoante a visão clássica romantizada) não se mostra verdadeira.

Ao descreverem indústrias diferentes, os debates relevam também uma gama muito ampla de conflitos, além daquele entre titulares de direitos e os autores. Assim, vemos uma oposição entre artistas (assim como titulares de direitos) de classes distintas; consagrados e iniciantes; e de diferentes regiões brasileiras, na medida em que algumas concentram os mercados acerca das obras. Nesse mesmo contexto, o conflito de interesses entre autores se veria dentro das próprias sociedades arrecadadoras, a exemplo do ECAD.

A existência de interesses distintos – sobretudo econômicos e mesmo no plano internacional (que levou à inclusão de obras autorais num tratado da OMC, inserindo-as, assim, definitivamente na lógica do comércio exterior) – revela também uma situação contraditória: ao mesmo tempo em que os congressistas identificam o autor (visto de acordo com a figura clássica supramencionada) como o principal sujeito de tutela do regime autoral, por vezes paira a acusação de as normas serem editadas em conformidade com a vontade dos titulares de direitos. Esse pequeno autor individual, portanto, se veria

desprotegido pela própria legislação autoral, bem como outras falhas legais – por exemplo, na dificuldade de acessar o Judiciário.

Em que pese a ideia de captura do legislador, presenciamos, em uma série de discussões, artistas e representantes de classes autorais manifestarem suas opiniões sobre deliberações que lhe diziam respeito. Entretanto, não podemos saber: (i) se essas manifestações são inócuas, terminando acobertadas pelos interesses dos titulares de direitos; e (ii) se representariam uma unidade dos interesses dos artistas, na medida em que, como explicado anteriormente, não existe exatamente uma uniformidade da classe.

Por fim, chegamos à hipótese central do capítulo. Já sabemos que, ao contrário do pensado inicialmente nesta pesquisa, o legislador brasileiro de fato considerou a ascensão da Economia Criativa, ainda que não tenha incorporado propriamente a ideia de um artista-empresário. Entretanto, nossos congressistas apenas margearam os problemas enfrentados pelas indústrias exploradoras de obras artísticas, científicas e literárias ao depararem com a divisão clássica entre direitos autorais e propriedade industrial.

Com efeito, nossos deputados e senadores chegaram a regular os setores limítrofes, como o design, o desenho industrial, a publicidade e, sobretudo, o software.[502] Todavia, por mais que incomodados com a dificuldade de enquadrar os regimes clássicos a essa nova realidade, os parlamentares não questionaram a classificação existente, não obstante as soluções encontradas não parecessem apropriadas (a exemplo do tratamento dos programas de computador sob a tutela autoral, a despeito de seu caráter utilitário, sua relação com a tecnologia, e dos questionamentos sobre o prazo demasiado longo – escolha essa, segundo alguns, definida por pressão econômica internacional).

Assim, se mostra falsa a hipótese de que o legislador não considerou os problemas resultantes da incompatibilidade entre o sistema clássico da propriedade intelectual e a ascensão da Economia Criativa. Por outro lado, se mostrou verdadeira hipótese central desta parte da pesquisa – isto é, nosso Congresso não chegou a questionar a classificação dos bens intelectuais entre direitos autorais e propriedade industrial, com regimes de tutela extremamente distintos – ainda que protejam artigos os quais, na realidade atual, se tornaram muito semelhantes, conforme explicamos no Capítulo 2. No

[502] Nesse sentido, os deputados e senadores, em alguns poucos momentos, se referiram a estudiosos que mencionamos no Capítulo 2, reconhecendo uma ampliação do conceito de obra de arte.

capítulo seguinte, analisaremos com mais detalhes quais são esses problemas enfrentados na aplicação da divisão da propriedade intelectual à realidade contemporânea.

5 OS PROBLEMAS DA ATUAL DIVISÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Nos capítulos anteriores investigamos a evolução ocorrida nas formas de produção artística, bem como em que medida essa transformação foi reconhecida pela doutrina e pelo legislador brasileiro ao tratar dos direitos autorais. Nesta parte do trabalho, discorreremos sobre de que maneira a tradicional estrutura bipolar da propriedade intelectual[503] – em especial, o tratamento distinto estabelecido entre as criações artísticas, científicas e literárias, de um lado, e os artigos industriais, de outro – enfrenta dificuldades de se adaptar à nova realidade da Economia Criativa.

Começaremos explorando as diferenças entre o regime autoralista e a propriedade industrial, tanto no que diz respeito ao objeto de tutela de cada um desses institutos, como ao sujeito titular dos direitos atribuídos, e também aos argumentos econômicos que justificam essa distinção. Com base nesses três elementos, veremos como a Legislação prevê mais mecanismos de proteção às obras artísticas, literárias e científicas, seja pelos prazos de exclusividade mais extensos, pela prescindibilidade de registro ou pela existência de direitos morais, ligados à ideia de uma relação personalíssima entre o autor e sua criação.[504]

---

[503] Usando aqui a terminologia que, como adiantamos na Introdução (Capítulo 1), como explicamos, foi empregada por Reichman (1994 e 1995). Conforme já dissemos (vide nota 2), Reichman (1994, p. 2.436) também estudou o surgimento de novas áreas que puseram em xeque a divisão clássica da propriedade intelectual. No entanto, sua análise se foca mais no desenvolvimento de tecnologias baseadas na informação do que na aproximação entre arte e indústria (Ibidem, p. 2.443). Nesse sentido, grande parte do objeto de seu estudo são as cultivares e circuitos integrados. De igual maneira, Reichman (Ibidem, p. 2.464) identifica um padrão cíclico na forma de tutela desses bens: a subproteção por meio da propriedade industrial (por meio de regimes *sui generis* como o desenho industrial, para o design) gera uma pressão para que se mude o marco legal, o que dá lugar a uma superproteção por meio do direito autoral/copyright ou da concorrência desleal. Isso, no entanto, beneficia de imediato alguns agentes, mas provoca um efeito tão destrutivo para o mercado quanto o cenário anterior. Por mais interessante que seja, há dois problemas nessa análise. Primeiramente, o espaço de tempo investigado por Reichman (200 anos) é muito curto para estabelecer esse padrão repetitivo – os regimes contemporâneos da propriedade intelectual se formaram entre os séculos XVIII e XIX, como vimos no Capítulo 3 deste trabalho –, e o próprio Reichman assume que os problemas da divisão bipolar até o século XX foram pontuais (Ibidem, p. 2.443). De fato, talvez alguns miniciclos sejam observados (como na tutela do design na Inglaterra, como veremos nos tópicos 5.3.1.2 e 5.3.1.3) mas é provável que decorram de uma superproteção como erro ou efeito colateral – isto é, cobrindo bens que não eram visados inicialmente, como foi o caso do copyright industrial britânico: uma lacuna legislativa que levou à tutela de artigos para os quais nunca houve a intenção de se proteger sob o regime autoralista, como analisaremos adiante. Ou seja, de maneira geral, identificamos uma tendência de expansão do direito de autor/copyright para as novas indústrias que surgiram na Economia Criativa, devido a sua proteção mais restritiva (como explicaremos neste capítulo). No Capítulo 6, explicaremos outras ressalvas que temos à análise desse autor (vide nota 855).

[504] Outra diferença, no caso específico brasileiro, são as licenças compulsórias, previstas para a propriedade industrial, mas defasadas no que diz respeito ao direito autoral. No entanto, como tais licenças existem em outras jurisdições e estão previstas em tratados internacionais, como os Artigos II a IV do Anexo à

Em seguida, investigaremos como o descompasso entre, de um lado, essa fundamentação romantizada, ocasionando uma regulação mais estrita, e, de outro, o cenário contemporâneo da Economia Criativa resulta num anacronismo do sistema autoralista. Esse fenômeno, conforme explicaremos, se dá em quatro frentes: (i) a existência de um avesso aos direitos autorais; (ii) seu tratamento como direitos de personalidade; (iii) sua configuração como direitos humanos; e (iv) a dificuldade de adaptá-los ao entorno digital.

A partir daí, veremos como a diferença entre as duas grandes categorias da propriedade intelectual (marcada pelo caráter anacrônico dos direitos autorais) se mostra problemática quanto à tutela de artigos resultantes da aproximação entre arte e indústrias. Analisaremos como esses produtos, por juntarem aspectos dos objetos classicamente abrangidos tanto por um como pelo outro regime (em especial, esteticidade e funcionalidade), causam dúvidas sobre qual instituto deveria se aplicar, por vezes gerando sobreposição entre eles ou mesmo uma lacuna de proteção. Como exemplos, abordaremos regulação do design no Brasil e no Reino Unido, cuja evolução legislativa acompanhou as transformações artísticas do século XX. Em seguida, estudaremos o software, cujas características peculiares, somadas ao lobby internacional dos agentes que o comercializam, levaram a uma controvérsia quanto ao tratamento jurídico adequado.

5.1 Direitos autorais *vs.* propriedade industrial

Neste tópico, veremos quais as características que, embasadas na fundamentação distinta de cada um dos regimes da propriedade intelectual (voltados para tutelar bens entre os quais havia clara delimitação, conforme explicado nos capítulos anteriores), os tornam substancialmente diferentes entre si, fazendo do sistema autoralista um mecanismo muito mais protetivo (isto é, atribuindo, de uma forma geral, mais direitos ao seu titular) do que as categorias da propriedade industrial. São elas: (i) o objeto de tutela; (ii) o sujeito titular de direitos; (iii) a fundamentação econômica; (iv) os prazos de proteção; (v) a necessidade ou não de registro; e (vi) a atribuição de direitos morais.

Convenção de Berna, optamos por deixá-las de fora deste trabalho. Para uma maior compreensão sobre o tema e proposições de alteração da nossa legislação, de modo a incluir tais licenças, consultar: Leonardi (2014).

5.1.1 O objeto de tutela dos direitos autorais

Como vimos no Capítulo 3, os direitos autorais, em um primeiro momento – alinhados à noção preponderante de belas-artes vigente no período (com regras claras de forma e estilo e marcando uma distinção em relação à criação que não fossem essencialmente estéticas, conforme analisamos no Capítulo 2) –, protegeram as obras de literatura, artes plásticas e dramaturgia.[505] Ao longo dos séculos XIX e XX, o regime seria expandido em termos do objeto de tutela, passando a cobrir todas "[...] as produções do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão", nos termos do Artigo 2 da Convenção de Berna.

Nesse sentido, a atual Lei de Direitos Autorais brasileira, conforme seu art. 7º, aplica-se às "[...] criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro [...]", em seguida listando um rol exemplificativo – não taxativo – de obras intelectuais protegíveis.[506] Mas, afinal, o que são "produções do domínio artístico" e "criações do espírito"?

Como analisamos nos Capítulos 3 e 4, tanto na doutrina (nacional e estrangeira) quanto nos debates legislativos brasileiros, os construtores do regime autoral se preocuparam com a atribuição de um direito ao artista como consequência de seu trabalho. Tal visão correu em paralelo com a ideia de um direito natural em decorrência de a obra ser uma expressão da personalidade do criador, conforme também tratamos nos capítulos anteriores. A primeira corrente preponderou no sistema anglo-saxão do copyright, por meio da doutrina do *sweat of the brow* (literalmente, suor da sobrancelha, em alusão ao esforço envolvido no processo criativo), ao passo que a segunda pautou a evolução do

---

[505] Como vimos no tópico 3.1.2, no caso do copyright, o regime começou tutelando apenas obras literárias, por meio do Estatuto da Rainha Ana, discutido anteriormente neste trabalho. A Lei do copyright regulava efetivamente apenas os editores, tendo por escopo "mapas, tabelas e livros", sendo livres todos os demais aspectos da vida criativa (músicas poderiam ser executadas sem licença, romances poderiam ser adaptados para o teatro sem violação, tramas poderiam ser utilizadas como base para outras histórias). Dessa forma, o domínio público era muito amplo.

[506] Ou seja, qualquer obra que seja uma "criação do espírito" é sujeita à tutela do regime autoral brasileiro. Por um lado, isso parece ser condizente com as transformações do século XX, que, como vimos no Capítulo 2, borraram as fronteiras e parâmetros dos diferentes campos artísticos (pintura, escultura etc.) bem delineados pelo Academicismo. Por outro, parece associado ao fenômeno de expansão do regime autoral, que veremos no tópico 5.1.2. Note-se que outros países ainda estabelecem um rol taxativo em sua legislação autoral, como o Reino Unido, cf. s. 1 do *Copyright, Designs and Patents Act* de 1988. Mesmo assim, existe margem interpretativa quanto às obras que se qualificam nas categorias elencadas nas listas fechadas, como trataremos em seguida, neste tópico.

regime do *droit d'auteur*.[507] Em outras palavras, ambos os sistemas excluíram da proteção o mero conceito ou ideia da obra, sendo que o primeiro (vigente nos países de colonização inglesa) sujeitou a tutela às criações que exigissem habilidade, trabalho e discricionariedade[508] (*skill, labour and judgement*) do autor,[509] enquanto o regime

---

[507] O que não significa, como vimos nos capítulos anteriores, que a corrente jusnaturalista também não tenha sido marcante no *droit d'auteur*.

[508] Judge e Gervais (2009, p. 377) nos explicam que há três tipos de escolhas que o autor assume ao criar: (i) técnicas, ditadas essencialmente pelos métodos usados (por exemplo, na fotografia e na pintura); (ii) funcionais, ditadas pela função que uma obra utilitária vai ter (por exemplo, aspectos anatômicos e ergonômicos de uma cadeira); e (iii) criativas, sendo as que verdadeiramente emanam do autor. Essa categorização, contudo, não está livre das críticas que vimos expondo aqui no tocante às criações contemporâneas: em algumas áreas, temos hoje um nível tal de abstracionismo (por exemplo, nas artes plásticas e performáticas) que as escolhas técnicas parecem irrelevantes, ao passo que, em outros ramos, como os softwares, são justamente os elementos técnicos e funcionais que parecem predominar (cf. veremos no tópico 5.3.2); ao mesmo tempo, a ideia de escolhas criativas é extramente vaga, tornando-se difícil de averiguar no caso concreto, enquanto a noção de derivarem da personalidade do autor reflete certo romanticismo, discrepante da dinâmica comercial da Economia Criativa, em que a "criatividade" cada vez mais dá espaço para as preferências do consumidor avaliadas com base de pesquisas de mercado – como falaremos ainda neste tópico.

[509] No sistema do copyright inglês, essa doutrina foi consolidada e desenvolvida ao longo da jurisprudência. Inicialmente, segundo Gould e Herman (2017, p. 161, nota 9), a legislação daquele país (vide o *Copyright Act* de 1842) não exigia que a obra fosse original para que coubesse proteção – no que concordamos, dado que não encontramos referência a originalidade em referida norma. Nesse sentido, em *Walter v Lane* [1900] A.C. 539, a Câmara dos Lordes decidiu que a transcrição literal de um discurso seria protegível, uma vez que exigira considerável esforço e habilidade do transcritor.

Já em *University of London Press Ltd v University Tutorial Press Ltd* [1916] 2 Ch 601 – período em que já estava vigente o *Copyright Act* de 1911, estabelecendo originalidade como requisito para proteção, cf. s. 1(1) –, observa-se primeiramente uma aproximação à dicotomia ideia-expressão, ao se discutir se provas, exames e avaliações se qualificariam como obras literárias protegidas pelo copyright. Tal aproximação se deu na medida em que *Justice* Peterson entendeu que o conceito de originalidade, para fins da legislação vigente, não significaria um "pensamento original ou inovador" ("original or inventive thought"), de modo que não se protegeriam ideias, mas sim expressões originais. No entanto, essa mesma decisão se aproxima do *sweat of the brow*, ao reduzir o conceito de expressão original à obra não resultar de uma cópia – em outras palavras, é original a obra que resulta de um esforço criativo independente. Mais ainda, o julgado estabeleceu o teste de que, se uma obra é digna de cópia, deve ser protegida pelo copyright – um critério muito mais econômico do que os argumentos filosóficos que permearam o sistema do *droit d'auteur*, como já exploramos.

Nos anos 1960, o caso *Ladbroke Football Ltd v William Hill Football Ltd* [1964] 1 WLR 273 foi marcante para consolidar a doutrina do *sweat of the brow*. Esse litígio é interessante por uma série de razões: por exemplo, por envolver duas das maiores companhias de apostas inglesas (o que nos remete ao ponto de quem é o titular de direitos e interesses autorais na Economia Criativa, conforme veremos no tópico 5.1.3), além de, em segunda instância (*Court of Appeal*), ter-se levantado que o apelo estético seria um critério para definir uma obra artística (conforme entendido por *Lord* Denning). O caso gira em torno da proteção sob copyright de cupons de aposta referentes ao placar de jogos de futebol. Na instância final, a Câmara dos Lordes acabou por consolidar, na jurisprudência inglesa, a tríade habilidade, trabalho e discricionariedade como critério para definir a originalidade de uma obra e, assim, a aplicabilidade do copyright, tendo-se focado também no investimento financeiro feito pela parte autora da criação.

A tríade seria revisada no final da década de 1980 em *Interlego AG v Tyco Industries Inc* [1989] AC 217, também conhecido como o caso *Lego*. O processo envolveu a disputa acerca da violação de direitos tanto sobre as peças de *Lego* (as quais, protegidas como design registrado – *registered design* –, levaram à discussão sobre a possibilidade de cumulação de regimes, à qual voltaremos ainda neste tópico) como sobre os desenhos que precederam a confecção de referidas peças (protegidos por copyright) – desenhos esses que eram alterados de tempos em tempos, dando origem a pequenas inovações nas peças. A decisão do *Judicial Committee of the Privy Council* (o último tribunal de apelação para alguns dos países do

continental (adotado pelo Brasil)[510] privilegiou aquelas que manifestassem a expressão da personalidade do artista.

Commonwealth) determinou não bastar a tríade para haver originalidade e, portanto, proteção. Exemplificadamente, o julgado diz que uma cópia de uma pintura ou fotografia, independentemente do esforço requerido, não seria original, por carecer de um elemento de modificação material ou embelezamento – o qual tampouco poderia ser uma alteração mínima. Em outras palavras, o precedente elevou o teste de originalidade, que deixou de ser restrito à existência de habilidade, trabalho e discricionariedade.

Já em 2005, em *Hyperion Records Ltd v Sawkins* [2005] EWCA Civ 565, a *Court of Appeal* limitou o entendimento anterior do caso *Lego* ao tipo de obra abrangido – isto é, desenhos técnicos. O caso mais recente disse respeito à elaboração de novas edições performáveis de obras musicais da Era Moderna – isto é, "traduzidas" para uma linguagem musical contemporânea – uma vez que tais novas edições foram executadas, tendo a performance sido gravada e comercializada. A *Court of Appeal* entendeu que haveria copyright sobre as edições performáveis, na medida em que exigiram habilidade, trabalho e discricionariedade, e que o critério de originalidade de uma obra se limita ao fato de ter se originado do autor – isto é, por seus próprios esforços, em vez de uma cópia servil de uma obra resultante dos esforços de outrem. Para Gould e Herman (2017, p. 162), isso contradiz o que se poderia supor a partir do caso *Lego*, quanto a um movimento dos tribunais ingleses no sentido de que o requisito de originalidade deveria ser revisado para cima, com fins de restabelecer o equilíbrio previsto pelo copyright, que poderia estar pendendo mais para o lado dos titulares de direitos.

[510] Vide o art. 7º da Lei de Direitos Autorais: "São obras intelectuais protegidas as *criações do espírito, expressas* por qualquer meio [...]" (grifos nossos). No mesmo sentido, a jurisprudência brasileira, baseada na nossa doutrina, historicamente sujeita o critério de originalidade – requisito para aplicação do regime autoral – à criatividade intelectual e expressão da personalidade ou espírito do artista. Por outro lado, essas mesmas decisões demonstram a adoção de conceitos vagos por parte tanto dos nossos tribunais como dos doutrinadores aos quais se referem, bem como a ausência de uma reflexão mais profunda ao recorrer a tais conceitos e, ainda, leituras contraditórias na sua adoção. Quase todas as decisões sustentam que só são protegíveis criações intelectuais ou criações do espírito dotadas de originalidade. No entanto, nem todos os julgados definem o que seria originalidade – a exemplo do Recurso Especial 69.134/SP (1995/0032942-5) e da Apelação Cível 9072226-50.2000.8.26.0000 (994.00.016185-6), do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). Outras decisões, como a Apelação Cível 2002.61.00.006652-5 1023985 AC-SP, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3), e a Apelação Cível 94.03.051853-7, do TJSP, definem originalidade como novidade relativa, sem tampouco explicar esse outro conceito.

De forma geral, os tribunais costumam expressamente recusar o *sweat of the brow*, como o TRF3, na Apelação Cível 2002.61.00.006652-5 1023985 AC-SP (supramencionada), dizendo não bastar trabalho, esforço, perícia e técnica para haver proteção. De outro lado, há decisões como a Apelação Cível 94.03.051853-7, do TJSP (também supramencionada), que são, no mínimo, confusas, ao citar dois autores com opiniões contrárias (Plínio Cabral e João Henrique da Rocha Fragoso), sem parecer se atentar para essa oposição. Nos trechos referidos pelo acórdão, Cabral argumenta que a Lei protege o "empenho intelectual", ao passo que Fragoso diz não ser suficiente o "mero labor intelectual", necessitando-se "o caráter de criação" e "novidade temática" (sendo esta o cerne da originalidade) – a despeito da passagem de Cabral transcrita, a orientação geral do acórdão vai no sentido manifestado por Fragoso. Já no Recurso Especial 57.499(94/0036587-0)-RJ, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) relacionou a proteção ao "esforço intelectual", o que parece aproximar-se do padrão anglo-saxão. Note-se, porém, que nenhum desses julgados faz uma análise aprofundada das diferenças entre o *sweat of the brown* e o critério de expressão criativa do autor, indicando que essas divergências se dão mais por desconhecimento dos nossos magistrados, que mantêm-se na superficialidade ao julgar questões relativas ao direito de autor.

Outra evidência da atecnia jurisprudencial observa-se no Recurso Especial 1.311.629/SP (2012/0016802-1), em que o STJ, ao discorrer sobre um suposto caso de violação de direito autoral por utilização de um mesmo título em obra de teatro e telenovela, concluiu que, naquele caso, o título não seria protegível por não ser inventivo. Ora, uma distinção básica entre as obras autorais e os artigos industriais – conforme exploraremos mais no tópico seguinte – é que a originalidade das "criações do espírito" se mede justamente pela tal "novidade relativa" – isto é, se protege determinada expressão, e não uma ideia ou tema, que pode ser explorada por infinitas obras de formas distintas (a chamada dicotomia ideia-

A figura da expressão do espírito criador parece se relacionar com uma separação entre arte e artesanato/indústria (tal como analisamos no tópico 2.2), na medida em que prioriza o caráter subjetivo da obra – isto é, a manifestação da personalidade – em detrimento do esforço físico. Por outro lado, o *sweat of the brow* aparenta maior proximidade com o argumento econômico em prol da proteção legal, uma vez que se foca na remuneração pelo esforço, o que talvez justifique o fato de ter preponderado no regime do copyright, o qual, como vimos no Capítulo 3, historicamente se baseou menos em argumentos personalíssimos.

Mesmo no sistema copyright o *sweat of the brow* vem perdendo peso após o final do século passado, com o caso *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.* (1991). Nesse julgado, a Suprema Corte Estadunidense decidiu que, por mais que a coleta e a organização de informações demandassem esforço, uma lista telefônica não poderia ser protegida pelo copyright por não consistir numa expressão criativa e original. Em igual sentido, o julgamento pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) no caso C-5/08 *Infopaq v Danske Dagblades Forening* (2009) pode trazer o fim do *sweat of the brown* no Reino Unido.[511] Na sua decisão, o TJUE, baseando-se em diretivas europeias que visavam à uniformização dos direitos autorais no continente,[512] estabeleceu como

expressão, de que falaremos adiante). Por sua vez, os bens industriais, em especial as patentes de invenção, são monopolizados com base no seu caráter inovador, no sentido de uma nova solução proposta, e não de uma nova expressão.

511 Dizemos que é apenas uma possibilidade, pois a jurisprudência inglesa não tem sido unânime quanto ao fato de o caso *Infopaq* ter alterado o teste de originalidade inglês – isto é, a obra deve ser originada pelo autor, o que se liga à tríade habilidade, trabalho e discricionariedade – pela expressão do espírito criador do artista, conforme explicado a seguir. Nesse sentido, no caso *The Newspaper Licensing Agency Ltd & Ors v Meltwater Holding BV & Ors [2011] EWCA Civ 890* (mais conhecido como caso *Meltwater*), a *Court of Appeal* decidiu que *Infopaq* não havia modificado o critério de originalidade britânico, na medida em que o TJUE, naquela decisão, ao falar de criação intelectual, se referiria à origem da obra, em oposição à sua novidade ou mérito. Já o caso *Temple Island Collections Ltd v New English Teas Ltd* [2012] EWPCC 1, ao qual voltaremos na nota 525, referiu-se a ambos os testes, como se ambos fossem aplicáveis ou equivalentes. Por sua vez, em *SAS Institute Inc v World Programming Ltd* [2013] EWCA Civ 1482, a *Court of Appeal* deu a entender que *Infopaq*, de fato, mudara o critério de originalidade inglês. Para além disso, com a saída do Reino Unido da União Europeia – o chamado *Brexit* –, as decisões do TJUE deixarão de ser vinculantes para as cortes britânicas, o que as tornará livres para expressamente recusarem o parâmetro de originalidade europeu e reestabelecerem o teste antigo, baseado no *sweat of the brow*.

512 Como a 96/9/CE, relativa às bases de dados, a 2009/24/CE, referente aos programas de computador, e a 2001/29/CE, sobre a harmonização de certos aspectos de direitos de autor e conexos na sociedade da informação, mais conhecida como *InfoSoc*. As duas primeiras diretivas mencionadas já haviam representado o estabelecimento de um critério de originalidade comum para a União Europeia, baseado na tradição continental – isto é, a criação intelectual do autor –, especificamente no que diz respeito às obras que regulam – notadamente, bases de dados e programas de computador. Nesse sentido, em 1998, o Reino Unido alterou sua lei de direito autoral (o *Copyright Design and Patents Act* 1988), de modo a refletir o critério europeu de originalidade para bases de dados. Na mesma linha, no caso C-604/10 *Football Dataco Ltd and Others v Yahoo! UK Ltd and Others* (2012), a *Court of Appeal* inglesa remeteu

critério para a proteção contra a reprodução parcial de uma obra o fato de os elementos reproduzidos serem a "expressão da criação intelectual de seu autor", refletindo as escolhas criativas que ele assumira para realizar a obra.[513-514]

Ou seja, vem se consolidando entre os dois sistemas (copyright e direito de autor) que a tutela legal seria atribuível à criação intelectual, isto é, uma expressão original da personalidade do artista, sendo positivada no plano internacional por meio do art. 9(2) do Acordo TRIPS.[515] A questão é que, conforme já exploramos, a expressão como critério de originalidade reflete uma concepção de arte típica do período entre o final do século XVIII e o início do século XIX, em que a obra era criada individualmente, fora de uma lógica de mercado, e com a finalidade principal de cultuar o belo ou expressar uma visão pessoal.[516-517] No entanto, como analisamos no Capítulo 2, esse paradigma sofreu fortes

---

para o TJUE uma série de questões quanto ao novo critério de originalidade para as bases de dados – especificamente, se os esforços intelectuais e a perícia exigidos na criação dos dados e construção da base acarretariam a proteção, tendo o TJUE entendido que não. Falaremos na nota 527 do tratamento das bases de dados na União Europeia.

513 O caso em questão girou acerca da reprodução, pela *Infopaq*, de artigos de imprensa por meio de um processo automatizado, consistindo na digitalização por scanner de artigos e na sua conversão em arquivo digital, seguida do processamento eletrônico deste arquivo. Em linhas gerais, a *Infopaq* digitalizava os artigos e os processava digitalmente, de modo que fosse possível buscar neles determinadas palavras-chave, gerando um novo arquivo no qual se indicaria a recorrência da palavra-chave, onde localizá-la no arquivo, bem como as cinco palavras imediatamente antecedentes e subsequentes à palavra-chave – esse arquivo, então, seria impresso e deletado imediatamente em seguida. Esse serviço era comercializado para clientes sem a autorização dos autores dos artigos, o que levou ao questionamento por parte do DDF (sindicato de editores de jornais dinamarqueses). O cerne do caso girou em torno de 11 pontos principais, dos quais destacamos o primeiro, por ser o único que nos diz respeito neste momento: se o trecho composto por 11 palavras seria protegível, de modo que o armazenamento e subsequente impressão do excerto seria ou não uma reprodução autorizada. Conforme explicado acima, o TJUE entendeu que mesmo apenas 11 palavras seriam conjuntamente protegíveis se fossem a "expressão da criação intelectual do autor". De acordo com a decisão: "[...] apenas através da escolha, da disposição e da combinação destas palavras que é permitido ao autor exprimir o seu espírito criador de modo original e chegar a um resultado que constitui uma criação intelectual".

514 Ainda que, formalmente, decisões estadunidenses não determinem o Direito Britânico e vice-versa, na prática se observa que os países de *common law*, ao menos no que diz respeito a copyright, consideram os julgados um dos outros (ou, pelo menos, aqueles proferidos por tribunais dos Estados Unidos e da Grã-Bretanha).

515 Nesse sentido, no caso *SAS Institute Inc v World Programming Ltd* [2013] EWCA Civ 1482 – ao qual nos referimos na nota 511 –, a *Court of Appeal* Britânica reconheceu que *Infopaq* servira especificamente para harmonizar o critério de originalidade na União Europeia, tendo por base o conceito de "criação intelectual" previsto nos artigos 2(5) e (8) da Convenção de Berna.

516 "A categoria original consagrada na Convenção de Berna no final do século XIX, e mantida substancialmente até a segunda metade do século XX, concentra-se em obras suscetíveis de aproveitamento puramente intelectual/estético ('*oeuvres littéraires et artistiques*', como declarado e exemplificado no 'catálogo' do art. 2.1 [...]" (GHIDINI, 2018, p. 166, tradução nossa).

517 A jurisprudência brasileira demonstra essa problemática. Nossos tribunais não têm muita clareza sobre no que consideram consistir a originalidade. Por exemplo, na Apelação Cível 9072226-50.2000.8.26.0000 (994.00.016185-6), o TJSP entendeu que a obra tutelada pelo direito autoral é aquela que, dentre outras características, é dotada de valor estético. Esse critério é extremamente complicado, primeiro por dar margem para que os magistrados entrem no mérito da qualidade artística da obra; em segundo plano, pois

abalos no decorrer do século XX, com a aproximação entre arte e indústria, o desenvolvimento da Economia Criativa e a maior aceitação da exploração comercial como finalidade da produção artística.[518]

Nesse sentido, passamos a ter uma série de obras muito mais direcionadas para seu aproveitamento econômico do que a expressão da personalidade do criador, o que se observa pelos estudos de mercado que a precedem, bem como pelas alterações que são realizadas no seu decorrer, em função das demandas do público consumidor. Por exemplo, filmes, CDs e mesmo livros comumente são alvo de testes antes da publicação da versão final; séries e outros programas televisivos têm episódios piloto antes da exibição da temporada completa; serviços de *streaming* utilizam *big data* coletados de seus espectadores ao produzirem novos conteúdos (BIZUTTI ANDRADE, 2016), voltados especificamente para agradar as preferências dos usuários; ao passo que telenovelas podem

---

inúmeras obras contemporâneas são completamente desprovidas de valor estético, como produções conceituais, de caráter informativo (a exemplo de artigos científicos e acadêmicos), ou softwares. Nesse sentido, temos também jurisprudência expressa quanto ao valor estético não ser relevante na verificação da originalidade (TRF3, Apelação Cível 2002.61.00.006652-5 1023985 AC-SP).

De qualquer forma, os julgados nacionais (como já adiantamos na nota 510) são relativamente simplistas – por mais que recorram à doutrina – ao tratar do conceito de originalidade e dos requisitos para aplicação do regime autoral. Por exemplo, decisão do TRF3 supramencionada cita Chaves para definir a obra autoral, chamando-a de "emanação do espírito criador" e associando originalidade a novidade relativa. Na mesma linha, na Apelação Cível 9068285-82.2006.8.26.0000, o TJSP transcreve Bittar para definir novidade relativa: "[a obra] deve ser integrada de componentes individualizadores, de tal sorte a não se confundir com outra preexistente. Há que ser, intrínseca e extrinsecamente, diferente de outras já materializadas. Deve revestir-se de traços ou de caracteres próprios, distintos de outros já componentes da realidade". Entretanto, como vimos apontando aqui, esses elementos são de difícil verificação prática na realidade atual. Por exemplo, a emanação do espírito aproxima-se da noção romântica de criação artística, própria dos séculos XVIII e XIX, que ignora a produção em massa voltada para o mercado. Por sua vez, o conceito de novidade relativa, baseado em "componentes individualizadores", parece não dizer nada. Afinal, não só toda obra é construída de elementos presentes em criações precedentes, como também, na contemporaneidade, a facilidade técnica de reprodução (vide na nota 525 a problemática relativa à fotografia) e a aproximação entre arte e práxis da vida (cf. explicado no Capítulo 2) reduzem a presença desses elementos únicos. Por exemplo, como dizer que *The Fountain*, de Duchamp, ou *Green Coca-Cola Bottles* e *Campbell's Soup Cans*, de Warhol – ambas mencionadas no Capítulo 2 –, revestem-se "de caracteres próprios, distintos de outros já componentes da realidade"?

518 Essa visão se mostra clara na jurisprudência brasileira. No Recurso Especial 57.499 (94/0036587-0)-RJ, por exemplo, o STJ citou uma descrição romântica do trabalho intelectual proposta por Antônio Chaves, assemelhando o processo artístico à concepção de uma criança (noção essa que, como vimos nos Capítulos 3 e 4, está presente na doutrina e nos debates legislativos desde há muito tempo, e que se mostra presente em outros doutrinadores, como CHINELLATO, 2008, p. 95). Ocorre que esse julgado versou sobre a elaboração de uma logomarca para uma empresa – o que gerou discussões acerca da interação com a propriedade industrial, como veremos a seguir. De forma semelhante, novamente Chinellato (2008, p. 9-10) critica o fenômeno de transformação da "criação do espírito" ou "obra do engenho" em "produto cultural", "[...] mercadoria que deve atender primordialmente às leis de mercado, banalizando a obra como produto e o criar, em serviço, interferindo com agressividade no próprio ato da criação" – o que seria fruto da influência do copyright, segundo ela. Nesse sentido, note-se que a professora, ao mesmo tempo em que reconhece as mudanças ocorridas na Economia Criativa (que mencionamos no Capítulo 2), mantém uma visão extremamente romantizada da produção artística.

ter sua trama completamente alterada após a exibição dos primeiros capítulos, conforme recepção do público.[519-520]

A progressiva substituição do *sweat of the brow* pelo critério de expressão artística também levanta a possibilidade de se estarem reduzindo os requisitos para configuração de originalidade e, assim, ampliando o espectro de obras tuteladas pelo regime autoral (aqui englobando-se também o copyright). Por mais que pareça mais restritiva[521]ao exigir a manifestação do "espírito criador", a concepção de originalidade continental – na medida em que abandona a tríade habilidade, trabalho e discricionariedade – dá margem à proteção de obras que prescindiram de qualquer desses três elementos na sua confecção.

Da mesma forma, observamos desde seu surgimento um fenômeno de expansão dos direitos autorais e do copyright, por quatro frentes.[522] De um lado, temos os sucessivos aumentos de prazo de proteção dos direitos patrimoniais e a não obrigatoriedade do registro (pontos aos quais voltaremos nos tópicos 5.1.5 e 5.1.6). De outro, temos uma ampliação do espectro das práticas tuteladas sob o direito de exclusivo.[523] Mais ainda, o

---

519 Conforme José Louzeiro, Presidente do Sindicato de Escritores do Rio de Janeiro, na 3ª reunião de audiência pública, realizada em 27.04.1987, da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais, da Assembleia Constituinte de 1988 (ASSEMBLEIA..., 1987), como relatamos no capítulo anterior.

520 O *sweat of the brow* tampouco está afastado de críticas. Primeiramente, porque a cópia de uma obra, por mais que envolva esforço, técnica e mesmo escolhas quanto à forma de reprodução, em essência, não é original. Além disso, no cenário a partir do século XX, muitas obras consideradas artísticas passam a não ser fruto de trabalho, habilidade e discricionariedade. Se pensarmos desde os *ready-mades*, por exemplo, de que falamos no Capítulo 2, há de fato uma escolha na confecção dessas obras, mas o trabalho e a habilidade são praticamente ausentes, uma vez que elas consistem apenas na eleição de objetos cotidianos para serem expostos como arte. O Dadaísmo e o Surrealismo, por sua vez, ao priorizarem as escolhas do inconsciente na manifestação artística, em detrimento de decisões racionais, prejudicam o critério da discricionariedade. Já o Popismo e demais correntes contemporâneas, na medida em que incorporaram processos de replicação industrial, também minimizam a presença de esforço e habilidade. De certa forma, o conceito passa a ser mais importante do que a execução. Em igual sentido, a produção focada para as demandas de mercado, conforme supracitado, também reduz a ideia de discricionariedade, na medida em que as escolhas artísticas passam a ser pautadas principalmente por preferências do público consumidor.

521 Nesse sentido, ao julgar *SAS Ins titute Inc v World Programming Ltd* [2013] EWCA Civ 1482, *Lord Justice* Lewison defende que o novo teste de originalidade elevou o critério para proteção. É a mesma opinião de Gould e Herman (2017).

522 Uma expansão também se observa na propriedade industrial, especialmente no campo dos objetos sobre os quais recai e nas condutas cobertas sobre o direito de exclusividade.

523 Como vimo no Capítulo 3, o Estatuto da Rainha Ana concedia apenas a exclusividade sobre a impressão e publicação das obras literárias, enquanto a Lei francesa de 1793 garantia apenas o controle sobre a venda e distribuição das criações (art. 1º). Hoje em dia, em contraste, a Lei Autoral brasileira atribui ao autor os direitos exclusivos de reprodução, edição, adaptação, tradução, inclusão em fonograma ou produção audiovisual, comunicação ao público e quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas (art. 29).

regime é estendido para abarcar novas criações e formas de expressão que surgiram com os avanços tecnológicos, o que Ghidini (2018, p. 158) chama de direito de autor/copyright tecnológico:[524] uma extensão para além da área de trabalhos de fruição intelectual, passando a cobrir certas produções intelectuais/tecnológicas e utilitárias/industriais, de modo que a tecnologia se torna também objeto de proteção, não apenas como meio de criação de difusão de obras. Temos como maior exemplo a fotografia, um processo essencialmente mecânico, capaz de reproduzir instantaneamente e nos mínimos detalhes o que as técnicas tradicionais (desenho, pintura etc.) levam substancialmente muito mais tempo. Não à toa, desde seu surgimento (no final do século XIX), vem gerando questionamentos quanto à sua proteção sob o regime autoral, em especial pela dificuldade de se aplicar a ideia tradicional de originalidade (uma vez que a foto é uma reprodução literal da realidade).[525]

---

[524] Apesar de ser italiano, Ghidini escreveu em inglês, de modo que adotou ao longo do seu trabalho o termo copyright. No entanto, ao longo de seu trabalho, constatamos que se refere tanto ao sistema britânico como aos regimes continentais de direito de autor.

[525] Já em 1869, essa questão foi levantada sob o sistema do copyright inglês, em *Graves v Walker*. O caso versou sobre a reprodução indevida, por J. B. Walker, de fotografias de gravuras de titularidade de Henry Graves. O Judiciário britânico, em sua decisão, entendeu que todas as fotografias são cópias de algum objeto, como uma pintura ou uma estátua, de modo que uma fotografia de gravuras seria original.

Mais de um século após, a jurisprudência estadunidense adotou caminho diverso, em *Bridgeman Art Library v. Corel Corp.*, 36 F. Supp. 2d 191 (S.D.N.Y. 1999), determinando que a fotografia de obras em duas dimensões (como quadros e pinturas) não seria protegida pelo copyright, uma vez que seria cópia literal de outras obras, carecendo, portanto, de originalidade – o problema aqui se conecta diretamente com a expansão dos direitos autorais, na medida em que museus e galerias tentam pleitear a proteção sobre fotografias de seus acervos já caídos em domínio público como forma de perpetuar a exclusividade sobre tais obras, garantindo, portanto, o monopólio sobre sua exploração econômica. Ainda que não seja vinculante ao Judiciário britânico, essa decisão parece alinhada com opiniões proferidas em casos recentes da Grã-Bretanha que não versaram diretamente sobre a questão, como o caso *Lego* (vide nota 509), no qual se entendeu que a mera cópia de um objeto original – por mais esforço e habilidade que exija – não é dotada de originalidade, não ensejando copyright, e *Antiquesportfolio.com plc v Rodney Fitch & Co Ltd* ([2001] FSR 345), ao se dizer que reutilizar um negativo fotográfico, fotografar novamente uma impressão ou recriar o efeito de uma fotografia anterior implicam em cópia servil.

Em sentido semelhante, em *Temple Island* (citado na nota 511), o Judiciário inglês entendeu que recriar a cena de uma fotografia consiste em violação de copyright. Tal decisão reflete o padrão europeu estabelecido no considerando 17 e no art. 6º da Diretiva do Conselho Europeu 2006/116/CE, considerando fotografias originais aquelas que são criação intelectual própria do respectivo autor, refletindo a sua personalidade – observe-se que, em se tratando de uma Diretiva, o texto serve meramente como orientação para que os Estados-membros elaborem suas normas locais –, e em C-145/10 *Painer* v. *Standard Verlags-GmbH*.

O problema, no entanto, persiste, pois como decidir no caso concreto se uma fotografia expressa ou não a personalidade – ou, nos termos do *sweat of the brow*, origina-se – do seu autor? Stokes (1998, p. 364, nota 24), nesse sentido, nos diz que a fotografia traz dificuldades por ser uma cópia de uma realidade e não necessariamente depender de habilidade e trabalho, de forma que a originalidade seria verificável pelas escolhas do fotógrafo, como o ângulo, *exposure*, uso de filtros, escolha do tema e do sujeito e criação de uma cena. Na mesma linha, Laddie, Prescott e Vitoria (1995) elencam três pontos em que a fotografia pode ser original: (i) as técnicas utilizadas; (ii) a criação da cena ou sujeito a ser fotografado; ou (iii) estar no lugar certo, na hora certa. Gould e Herman (2017, p. 166, nota 34), por sua vez, ensinam

Nessa esteira, o direito autoral passou a cobrir inovações que têm pouco ou nenhum caráter expressivo, como mapas, projetos de engenharia, softwares e bases de dados,[526] bem como aquelas cobertas pelos direitos conexos, como a exclusividade dos produtores sobre os fonogramas musicais gravados e das emissoras sobre suas transmissões.[527]

5.1.2 O objeto de tutela da propriedade industrial

Se os direitos autorais (e o copyright) tutelam as "obras do espírito" (ou aquelas fruto de esforço, habilidade e discricionariedade), os regimes da propriedade industrial ficam encarregados das criações intelectuais dotadas de novidade, atividade inventiva[528] e aplicação industrial[529] (patentes), distintividade (marcas)[530] ou configuração ornamental

---

que em outros países europeus (como Itália e Alemanha), a Lei diferencia diferentes tipos de fotografias, ensejando formas distintas de tutela, de modo que fotos instantâneas são menos protegidas do que trabalhos fotográficos. Essa solução, contudo, não necessariamente é satisfatória. Misquitta (2009, p. 228), por exemplo, chama a atenção para o fato de que, sob a Lei Inglesa, as fotografias são protegidas independentemente da qualidade artística (cf. s. 4(1)(a) do *Copyright, Designs and Patents Act*), defendendo que um retrato familiar e um clique sacado por um paparazzi oportunista devem ser protegidos, mesmo que motivados por fins nostálgicos ou comerciais, em vez de artísticos.

Tais problemas também aparecem na jurisprudência brasileira: em nosso país, as decisões reconhecem a controvérsia histórica acerca da fotografia, vinculando originalidade aos requisitos supramencionados (TRF3, Apelação Cível 2002.61.00.006652-5 1023985 AC-SP; e STJ, Recursos Especiais 617.130/DF (2003/0208381-6) e 1.322.704/SP (2012/0092034-4)).

526 No caso brasileiro, respectivamente, nos incisos, IX, X, XII e XIII do art. 7º da Lei de Direitos Autorais. No tópico 5.3.2.1, analisaremos a questão da expressividade no software.

527 No Brasil, respectivamente, de acordo com os arts. 93 e 95 da Lei de Direitos Autorais. A questão das bases de dados é extremamente interessante e controversa, especialmente por colocar em polos opostos a União Europeia – que reconhece sua proteção tanto sob a forma de direito de autor (sob o critério da originalidade) como por meio de um regime *sui generis* de 15 anos, a contar de 1º de janeiro do ano seguinte à conclusão de sua elaboração (direito este voltado a proteger o investimento), cf. Diretiva 96/9/CE, mencionada na nota 512 (em especial, Artigos 3º, 7º e 10º) – e Estados Unidos, que, de forma geral, lhe negam proteção, cf. caso *Feist v. Rural Telephone* (1991), supracitado. Segundo Dreyfuss (2010, p. 11), a razão para a criação de tal tutela na União Europeia foi econômica: dar competitividade ao Velho Continente em face dos Estados Unidos. Para um melhor entendimento sobre a questão da regulação das bases de dados: Ginsburg (2001).

528 Cf. a Lei de Propriedade Industrial: "Art. 13. A invenção é dotada de atividade inventiva sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica" e "Art. 14. O modelo de utilidade é dotado de ato inventivo sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira comum ou vulgar do estado da técnica".

529 Art. 15 da Lei de Propriedade Industrial: "A invenção e o modelo de utilidade são considerados suscetíveis de aplicação industrial quando possam ser utilizados ou produzidos em qualquer tipo de indústria".

530 Além da distintividade, são requisitos para a proteção marcária também a veracidade (marca não deve induzir falsa indicação quanto à origem, procedência, natureza, qualidade ou utilidade do produto ou serviço) e novidade relativa (não deve reproduzir ou imitar marca alheia), conforme o art. 124, X e XIX, da Lei de Propriedade Industrial. Trataremos do conceito de distintividade ainda neste tópico.

original[531] que possa servir de tipo de fabricação industrial (desenho industrial) – respectivamente, cf. arts. 8º, 122 e 95 da nossa Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279, de 14 de maio de 1996).[532]

Num primeiro momento, parece haver uma separação natural entre as obras cobertas por cada um desses regimes – afinal, conseguimos distinguir, por exemplo, um trabalho científico de uma nova solução técnica que ele proponha para determinado problema técnico.[533] Entretanto, não são ambos – obra científica e invento – muitas vezes fruto de anos de pesquisa e dedicação, requerendo esforço, habilidade e discricionariedade? Da mesma forma, não podem ser uma "criação do seu espírito", na medida em que tanto o trabalho quanto a solução técnica que descreva representem uma visão pessoal do seu autor?[534]

Pode-se argumentar que a diferença está no fato de as patentes protegerem ideias, ao passo que os direitos autorais tutelam uma expressão.[535] A dicotomia ideia-expressão é um dos pilares dos regimes autoralistas, tendo sido positivado no artigo 9(2) do Acordo TRIPS e no art. 8º, I e VII, da nossa Lei Autoral.[536] Contudo, isso não significa que não seja passível de críticas. Uma ideia não pode existir separada de uma expressão, na medida em que qualquer conteúdo precisa, necessariamente, ter uma forma, de modo que distinguir entre esses dois conceitos não pode servir como determinante fundamental para decidir o que é protegível sob direito de autor (JONES, 1990, p. 552).[537]

---

[531] Art. 97 da Lei de Propriedade Industrial: "O desenho industrial é considerado original quando dele resulte uma configuração visual distintiva, em relação a outros objetos anteriores". Parágrafo único: "O resultado visual original poderá ser decorrente da combinação de elementos conhecidos".

[532] Reconhecemos a existência de outros regimes da propriedade industrial, como os cultivares, as indicações geográficas e a topografia de circuitos. No entanto, para fins didáticos, resumimos a discussão às três categorias clássicas do instituto. Por sua vez, as marcas, neste trabalho, englobam o tratamento dos demais sinais distintivos, como insígnias e tabuletas.

[533] Nesse sentido, o art. 10, IV, da Lei de Propriedade Industrial exclui das categorias de invenção e modelo de utilidade "as obras literárias, arquitetônicas, artísticas e científicas ou qualquer criação estética". Por sua vez o art. 8º, VII, da Lei de Direitos Autorais exclui de sua proteção o aproveitamento industrial das ideias contidas nas obras.

[534] Não à toa, nossa Lei de Propriedade Industrial concede ao inventor o direito de atribuição, conforme o art. 6º, § 4º. No mesmo sentido, diz o art. 4 *ter* da Convenção da União de Paris. Voltaremos a esse ponto no tópico 5.1.7.

[535] Como vimos parte da doutrina histórica argumentar, no Capítulo 3.

[536] Conforme *Justice* Stanley F. Reed, em *Mazer v. Stein*, 347 U.S. 201 (1954): "Diferentemente de uma patente, o direito autoral (copyright) não dá direito exclusivo à arte divulgada; proteção é dada apenas para a expressão da ideia – não à ideia em si". Para uma análise econômica da dicotomia ideia-expressão, consultar Landes e Posner (1989, p. 347-353).

[537] Jones (1990, p. 593) propõe como alternativa que se faça uma distinção entre expressões criativas (objeto de proteção) e aquelas desprovidas de criatividade – o que nos remete aos mesmos problemas já

Um exemplo disso é observado nos programas de computador, em que, dada sua funcionalidade, é difícil separar a ideia da expressão (como explicaremos no tópico 5.3.2.1). Da mesma forma, as bases de dados, objeto de proteção autoral no Brasil e na União Europeia,[538] são compostas unicamente por informações – ou seja, ideias.[539] Também na Arte Contemporânea, essa distinção apresenta problemas (MASIYAKURIMA apud ROSATTI, 2014, p. 62).[540]

No que diz respeito às marcas, o art. 122 da Lei de Propriedade Industrial as classifica como sinais distintivos. Por sua vez, "[é] distintivo, objetivamente considerado, o que não tem características próprias, o que não significa, de forma a desempenhar a função marcária que lhe é própria" (BARBOSA, 2003, p. 702). Em outras palavras, a característica principal da marca é dissociar-se de qualquer significado comum, tornando-se, assim, capaz de assumir uma de suas funções, qual seja, denotar a procedência de um produto ou serviço. A ideia de distintividade atribui à marca dois elementos de semelhança em relação à obra autoral: ambas são originais e resultam de uma atividade criativa.[541]

---

apontados acima: o que é criatividade? Toda e qualquer obra autoral é criativa? Uma invenção, como solução para um problema técnico, não é fruto da criatividade de seu autor?

538 Vide noda de rodapé 533.

539 No mesmo sentido, Ghidini (2018, p. 162) diz que o copyright tecnológico (de que tratamos no tópico anterior), ao estender a proteção autoral a bens utilitários, como o design industrial (ao qual voltaremos no tópico 5.3.1), desafiou a dicotomia ideia-expressão.

540 Rosatti (2014, p. 69) menciona decisão jurisprudencial estadunidense (*Court of Appeal* do Segundo Circuito): "[o] teste para violação de direito de autor (copyright) é necessariamente vago [...]. Obviamente, nenhum princípio pode ser enunciado quanto a se um imitador foi além de copiar a 'ideia', e tomou emprestada sua 'expressão'. Assim sendo, decisões serão inevitavelmente *ad hoc*" (tradução nossa). Em seguida, Rosatti conclui que a dicotomia ideia-expressão não é um aliado (*friend*), senão um inimigo (*foe*) ao correto entendimento dos limites da proteção autoral (Ibidem).

541 A princípio, poder-se-ia contestar essa afirmação, dizendo que marcas não seriam criações, diferentemente de obras autorais ou mesmo de inventos, de modo que a originalidade não seria requisito para sua proteção (COOMBE, 2008, p. 60; MORO, 2009, p. 295). Isso porque as marcas nada mais seriam do que a apropriação de um signo, como um vocábulo usual, para indicar a origem de um produto. Três ressalvas devem ser feitas. Primeiro, nem toda marca é nominativa (isto é, constituída apenas por palavras): há também as marcas figurativas (compostas somente por imagens) e mistas (que combinam palavras e imagens). Assim, uma marca pode consistir de um desenho criado especificamente para esse fim (o que gera a questão de sobreposição com o regime autoral, cf. mencionaremos a seguir). Em segundo lugar, mesmo marcas nominativas podem ser criações, na medida em que utilizem palavras novas, não retiradas do vocabulário comum. Gama Cerqueira (1982, p. 823) fala, por exemplo, em marcas de fantasia: aquelas criadas arbitrariamente para designar o produto/serviço ou escolhidas a partir da linguagem comum, sem guardar relação inicial com o produto ou serviço que indicam. Exemplo clássico são as marcas *Kodak* e *Xerox*. Por fim, mesmo que pensemos apenas em marcas compostas de palavras ou sinais gráficos já conhecidos, por acaso obras autorais (e também inventos) não são construídos com base no domínio público/estado da técnica (incluindo os idiomas existentes)?. Por acaso, o que lhes confere exclusividade – a originalidade da expressão (no caso das obras autorais) ou a novidade (no caso das patentes) – não é justamente um novo uso daquilo que já se conhece? Esse novo uso, ao final, não é uma criação?

De igual maneira, se pensarmos na figura dos pequenos agentes individuais – que, conforme vimos nos Capítulos 3 e 4, ocupou tradicionalmente o imaginário dos doutrinadores e legisladores ao tratarem de direitos autorais –, a marca, ao indicar origem, pode se relacionar intimamente à personalidade do produtor/comerciante de um produto ou do prestador de um serviço.

Além disso, na economia contemporânea, mais do que ser um referencial de origem, os sinais distintivos assumem cada vez mais a função de transmitir sensações e valores, adquirindo um apelo estético e emotivo próximo do que se atribui às obras artísticas e literárias.[542]

Esses pontos de aproximação – notadamente, originalidade/criatividade, associação com a personalidade e apelo estético/emotivo – se tornam mais claros quando há uma interseção entre bens autorais e marcas, como no uso de personagens, títulos[543] (de livros, filmes, peças e músicas, por exemplo), ou a obra em si, no caso de marcas figurativas ou mistas (incluindo marcas tridimensionais). Nesse sentido, há uma possibilidade de sobreposição dos regimes marcário e autoral[544] – algo extremamente vantajoso para o titular dos direitos, já que, como analisaremos no tópico 5.1.5, as marcas

---

[542] Se pensarmos, por exemplo, em telenovelas – talvez a indústria cultural mais relevante do Brasil –, raramente nos lembramos quem é o seu autor ou diretor, sempre nos referindo ao estúdio à qual pertence, cujos valores associamos à obra. Dessa forma, sabemos que uma trama da *Rede Record* provavelmente transmitirá ideais evangélicos, enquanto uma da *Rede Globo* terá uma "aura" relativamente liberal. O mesmo se observa em filmes (facilmente identificamos uma produção da *Disney*, tanto pela sua estética como pela narrativa, apesar de raramente sabermos quem é o diretor) e artigos de moda (muitas vezes desconhecemos o estilista por trás da coleção, mas percebemos a "alma" da grife). Não à toa, a marca *Disney*, assim como inúmeras marcas no mundo da moda, leva o nome de seus criadores originais, já falecidos, mas cuja "personalidade" foi passada para o "espírito" da empresa. Nesse sentido, Coombe (2008, p. 54), ao explorar a interação entre propriedade intelectual e Antropologia Cultural, diz que, por meio da mídia de massa, o sinal substitui progressivamente o produto com site de fetichismo. Assim, a distinção da marca passa a ser o seu valor de troca, de publicidade, de imagem, ou de conotação de status. Dessa forma, hoje não é mais a produção de bens, mas a produção de consumidores e o aumento da demanda que são fundamentais à expansão dos lucros. De forma semelhante, Moro (2009, p. 291).

[543] Títulos de obras são protegidos de acordo com o art. 10 da Lei de Direitos Autorais.

[544] Heymann (2013, p. 250, tradução nossa) minimiza o risco de sobreposição: "Ao contrário dos direitos autorais/copyright e do direito sobre patentes de design, que proíbem semelhanças não autorizadas entre dois conjuntos de produtos, o direito marcário proíbe falsas declarações de semelhança entre dois conjuntos de produtos, expressos pelo uso da marca. Com efeito, se os dois conjuntos de produtos são de fato os mesmos – o réu está usando a marca registrada da Louis Vuitton para vender uma genuína bolsa Louis Vuitton, por exemplo – não deve haver nenhuma infração de marca registrada". Essa separação, no entanto, nos parece um tanto confusa. Muitas vezes, a "falsa declaração de semelhança" se traduz na própria semelhança entre os produtos, seja pelo fato de o produto também ser registrado como marca ou por portar em si a marca. Veremos alguns exemplos disso no tópico 5.3.1, ao tratarmos da proteção do design.

podem ter seu registro estendido sucessivamente (cf. art. 133 da Lei de Propriedade Industrial) para além dos prazos atribuídos às obras autorais.[545]

Por sua vez, o desenho industrial, ao tutelar configurações ornamentais, acaba por ter pontos de contato com as criações artísticas muito mais aparentes. Ainda que o art. 98 da Lei de Propriedade Industrial vise a evitar a sobreposição, excluindo da tutela daquele regime as obras puramente artísticas, a aproximação entre arte e indústria – iniciada com os movimentos do final do século XIX, como o *Arts & Crafts*, e impulsionada ao longo do centênio subsequente (conforme analisado no Capítulo 2) – resultou na disseminação de criações intermediárias, dotadas de elementos funcionais,[546] puramente ornamentais e também artísticos. É o caso do design, cujas características híbridas levam a um tratamento complexo, contraditório e, muitas vezes, com lacunas, conforme abordaremos no tópico 5.3.1.[547]

Dada a aproximação entre os bens objeto do regime autoralista e da propriedade industrial, cabe ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI)[548] e ao Judiciário determinar, caso a caso, qual a forma de tutela aplicável. Isso, em si, traz o problema de termos autoridades administrativas e judiciais decidindo sobre o que é ou não arte. Dessa forma, agrava-se a situação de termos artigos semelhantes sujeitos a formas díspares de proteção (pelas características de cada instituto, que veremos nos tópicos 5.1.5 a 5.1.7).[549]

Além disso, também a possibilidade de cumulação é problemática, uma vez que cada um desses regimes tem uma fundamentação distinta – seja nos planos econômico ou moral –, conforme discutimos nos Capítulos 3 e 4 e ao que voltaremos no tópico 5.1.4. Assim sendo, existe o risco de se conceder uma tutela excessiva e ineficiente do ponto de vista de ganhos sociais, por desequilibrar o sopesamento entre os interesses do titular, de seus concorrentes e da coletividade.

---

[545] O art. 124, VII, da Lei de Propriedade Industrial tenta mitigar a sobreposição ao excluir da possibilidade de registro obras artísticas, científicas e literárias, incluindo seus títulos, quando possam criar confusão ou associação, caso não haja permissão do autor ou titular – o que, naturalmente, mantém a possibilidade de cumulação, nos casos em que há autorização.

[546] A funcionalidade não é objeto do desenho industrial, como veremos no tópico 5.3.1.1.

[547] A publicidade é outro setor que levanta dúvidas quanto aos regimes jurídicos aplicáveis, dada a ampla gama de obras utilizáveis, dotadas tanto de caráter estético, como funcional e comercial. Como vimos no capítulo anterior, houve iniciativas no Brasil de incluir sua proteção expressamente na legislação autoral, por vezes com prazo inferior às demais obras – no entanto, nenhum desses projetos vingou. A respeito desse tipo de obras, consultar: Bittar (1981).

[548] Responsável pelo depósito de patentes e registro de marcas e desenhos industriais.

[549] O que podemos constatar das decisões mencionadas neste capítulo.

De outro lado, a ausência de um instituto típico que cubra determinado artigo[550] faz da repressão à concorrência desleal a última forma de proteção. Isso porque, se, do ponto de vista penal, o rol de condutas combatidas é taxativo[551] (art. 195 da Lei de Propriedade Industrial), sob o âmbito civil, tal lista é meramente exemplificativa (arts. 207 e 208). Tamanha amplitude e ausência de parâmetros definidos dão margem a decisões judiciais discricionárias e contraditórias, aumentando ainda mais a discrepância na tutela dos bens intelectuais.[552]

O advento da Economia Criativa não diminuiu a distância apenas entre as obras que, tradicionalmente, se enquadram nos regimes do direito autoral e da propriedade

---

[550] Como ocorre, por exemplo, com perfumes e pratos gastronômicos. No caso dos perfumes, não há possibilidade de tutelá-los como marca no Brasil, uma vez que nossa Lei de Propriedade Industrial não reconhece apenas sinais distintivos visuais (art. 122). Por sua vez, nossa Lei de Direitos Autorais não menciona esse tipo de criação. Não obstante, como explicado, o rol indicado no art. 8º é meramente exemplificativo, de modo que não há impedimento, do ponto de vista normativo, à aplicação desse regime aos perfumes. Infelizmente, até a presente data, não encontramos nenhum julgado no Brasil a respeito desse tipo de criação – na Holanda, por exemplo, há decisão reconhecendo a proteção por esse regime (LJN: AU8940, *Hoge Raad*, C04/327HR).

Já para as receitas gastronômicas, não existe clareza quanto a se poderiam ser protegidas pelos direitos autorais ou por meio de patente. Por um lado, pode-se dizer que não, uma vez que consistiriam em método, esquema ou plano (cf. arts. 8º, I e II, da Lei de Direitos Autorais, e 10, III, da Lei de Propriedade Industrial). Nesse sentido, há decisões no Brasil que vedam a tutela das receitas tanto sob um como outro regime, com base nesses dispositivos, bem como no fato de não serem – nos casos concretos analisados – novas ou originais, senão mera variação de pratos já conhecidos mundialmente (Apelação 0211474-05.2005.8.26.0100, TJSP, 5ª Câmara de Direito Privado; e Apelação Cível 1114716-29.2014.8.26.0100, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). Por outro lado, a respeito especificamente do regime autoralista, há jurisprudência que admite, em tese, sua aplicação (Apelação 0015382-46.2011.8.08.0035, Tribunal de Justiça do Espírito Santo, 1ª Câmara Cível). Em sentido contrário, na Europa, o TJUE recentemente (em novembro de 2018) entendeu não existir tutela autoral sobre o gosto de determinado alimento – no caso concreto, um tipo de queijo – (*Levola Hengelo BV v Smilde Foods BV* – C-310/17).

Para além da receita em si, há a questão de se o empratamento poderia ser protegido, por exemplo, de forma análoga a uma obra de artes plásticas ou mesmo sob o regime marcário. Infelizmente, até a data de término do presente trabalho, não encontramos decisões que tratassem desse tema. Fora dos regimes específicos, sobra a tutela via repressão da concorrência desleal (como mencionamos acima). A esse respeito, há no Brasil decisões que condenam restaurante por copiarem uma série de elementos identificadores de um concorrente (o chamado *trade dress*), incluindo o seu cardápio e o estilo de empratamento (Agravo de Instrumento 0138158-21.2012.8.26.0000, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; e Apelação 0136231-53.2008.8.26.0002, TJSP, 7ª Câmara de Direito Privado); julgado que negam a ocorrência de *trade dress* quanto à reprodução de determinado prato (Apelação Cível 1114716-29.2014.8.26.0100, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial); e decisão que, no caso concreto, nega usurpação de uma receita por antigo funcionário que se tornou concorrente, em razão de a receita ter sido considerada de uso comum (Apelação 497.819.4/3-00, TJSP, 5ª Câmara de Direito Privado).

[551] Cobrindo, de forma geral, a violação de direitos de propriedade intelectual reconhecidos.

[552] A isso, soma-se o problema de haver pouca uniformidade, no nível internacional, acerca do regime da concorrência desleal, de forma que seu uso como recurso para proteção em caso de ausência de instituto apropriado pode levar a uma maior discrepância entre a forma como diferentes jurisdições protegem suas criações intelectuais. Nesse sentido, Masiyakurima (2005, p. 433) defende que, se houvesse harmonização nas leis de concorrência desleal e *misappropriation*, o direito autoral/copyright estaria livre para tratar das obras condizentes com os ideais personalíssimos que mencionamos no Capítulo 3.

industrial. No decorrer do século XX, houve também uma identificação dos sujeitos titulares desses direitos. É o que analisaremos no tópico seguinte.

5.1.3 O sujeito titular de direitos

Como descrevemos nos capítulos anteriores, prepondera na doutrina histórica e nos debates legislativos que precederam a edição das normas autoralistas no Brasil uma visão clássica e romantizada do artista, tido como um criador individual, motivado predominantemente pela vontade de expressar "seu espírito" na obra. Por sua vez, a propriedade industrial é mais naturalmente associada ao empresário ou à empresa como sujeito da tutela. Não à toa, diferentemente do que ocorre com as obras autorais, praticamente não há direitos morais dos titulares de registros e patentes, conforme veremos no tópico 5.1.7.

Essa dicotomia se torna um problema com o desenvolvimento da Economia Criativa e o consequente surgimento das figuras do artista-empresário e da empresa-artística, que analisamos no Capítulo 2. Nesse cenário, as criações individuais passam a dividir o espaço com artigos elaborados em função de prestação de serviços ou de relação empregatícia,[553] bem como obras coletivas,[554] produzidas com a participação de uma série de agentes, numa divisão de papéis própria da organização empresarial.[555]

---

[553] Ressalvados os casos de atribuição de autoria à pessoa jurídica, conforme veremos ainda neste tópico, algumas jurisdições como o Reino Unido (s. 11(2) do *Copyright, Designs and Patent Act* de 1988) preveem que os direitos patrimoniais, nos casos de obra por encomenda ou criada pelo empregado (em função do exercício de sua atividade de trabalho) são do contratante (o que a jurisprudência histórica francesa também reconheceu, como vimos no Capítulo 3). Essa postura alinha-se ao que geralmente é previsto para os inventos (no Brasil, por exemplo, está disposto no art. 88 da Lei de Propriedade Industrial, com as ressalvas dos arts. 90 e 91). Por outro lado, a Lei de Direitos Autorais brasileira foi um pouco mais protetiva do contratado ou empregado. Nesse sentido, por mais que preveja a possibilidade de transmissão dos direitos patrimoniais (art. 49), também estabelece uma série de limites, como: a necessidade de estipulação por escrito para a cessão total (II); o prazo máximo de cinco anos para o licenciamento, se não houver contrato por escrito (II); cessão limitada ao país-sede do contrato como regra geral derrogável (III); cessão apenas para modalidades existentes à época de celebração do contrato (IV); interpretação restritiva do contrato (V); obrigatoriedade de contrato escrito para a cessão, com presunção de onerosidade (art. 50); e prazo máximo de cinco anos para cessão de obras futuras (art. 51). Essa maior tutela do autor – que se relaciona à figura do artista individual e de hipossuficiência em face dos exploradores da obra, conforme analisamos nos Capítulos 3 e 4 – diferencia o regime autoralista da propriedade industrial no Brasil, assim como da regulação do software, como veremos no tópico 5.3.2.

[554] Conforme define a Lei de Direitos Autorais, em seu art. 5º, VIII, "h": "[obra] coletiva – a criada por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, que a publica sob seu nome ou marca e que é constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma". Ascensão (1997, p. 87) explica a diferença entre obras coletivas e em colaboração: "Imaginemos que três autores decidem elaborar um dicionário. Enquanto o caráter pessoal sobressair, a

O descompasso entre essa nova realidade e o sujeito original do regime autoralista – isto é, o pequeno artista individual – cria uma posição complexa para a pessoa jurídica.[556] Há países, como o Japão (cf. art. 15 da Lei Autoral japonesa)[557] e a Coreia do Sul (art. 9 da Lei Autoral sul-coreana),[558] que expressamente reconhecem a sua autoria em caso de obras criadas pelo empregado em sede de contrato de trabalho.[559] De forma

obra é de colaboração. Mas se a tarefa é complexa, as pessoas individuais tornam-se insuficientes. A organização toma um peso prevalente. Cria-se uma estrutura, que enquadra e dirige as atividades individuais. A obra é de atribuir à empresa, pois esta se torna o elemento essencial".

Também Gandelamn (2001, p. 110-111): "Entender o indivíduo, a pessoa física, como o criador de obras intelectuais não tem sido difícil através dos tempos e até mesmo hoje. Leonardo da Vinci, Mozart, Proust, Picasso, Villa-Lobos, Graciliano Ramos, Chico Buarque, Rachel de Queiroz, todos são autores de obras nas quais a sua personalidade aflora desde logo, e refletem vigorosamente a criação individual e única. No entanto, com a explosão tecnológica deste século, cada vez mais a produção de obras intelectuais se torna coletiva, envolvendo várias participações, e com isso aumentando a complexidade para se compreender corretamente a finalidade e proteção jurídica dos direitos autorais. A presença das pessoas jurídicas ao lado das pessoas físicas ganha neste contexto uma forte e decisiva importância na criação, produção e distribuição de bens culturais. O nosso Jorge Amado, com sua extrema sensibilidade, definiu muito bem a situação: Uma coisa é o romance, um livro. Você lê. Outra coisa, é um filme ou uma obra de TV, que você vê. Um romance é um trabalho artesanal, uma obra de TV é industrial. Quando eu faço romance sou eu que arranco aquilo da minha cabeça, do meu coração, das minhas tripas. Para fazer uma novela, você tem o produtor, o diretor, o diretor de atores, o operador, não sei quantos atores. Não pode ser a mesma coisa. (in Revista Domingo do JB, nº 972, 18.12.1994) O grande desenvolvimento tecnológico deste século – principalmente dos meios de comunicação, os chamados *mass media* – trouxe para as obras coletivas e as criadas sob encomenda uma forte presença da pessoa jurídica. Compreende-se tal fato pela própria complexidade operacional que as obras intelectuais de hoje estão exigindo, desde sua concepção criativa até sua produção e distribuição".

Interessante a citação de Jorge Amado no excerto acima. Não concordamos com a ideia de que, necessariamente, todo romance será criado individualmente – como já dissemos, existe uma literatura de massa produzida com a colaboração de distintos agentes, como *ghostwriters*, sob o nome de um único autor. Ainda assim, a frase chama a atenção para o fato de que existem lógicas distintas entre os diferentes campos artísticos, tema que abordaremos no tópico 6.2.5, ao tratarmos de possíveis soluções para os problemas criados pela divisão da propriedade intelectual.

555 Jaszi (1994 e 2011) analisa duas decisões em casos movidos contra Koons – *Rogers v. Koons* 960 F.2d 301 (*2d Cir.* 1992) e *Blanch v. Koons* 467 F.3d 244 (*2d Cir.* 2006) – ambas nos Estados Unidos), girando sobre a reprodução pelo artista americano de elementos presentes em obras anteriores. Para Jaszi (1994, p. 42), na primeira das ações o Judiciário não deu ganho à argumentação de Koons, no sentido de que se trataria de uma paródia, em razão de uma visão romantizada de autoria, reduzindo a questão a uma disputa entre um "artista puro" e um corrupto "agente do mercado de arte". Já no segundo litígio, a defesa da paródia teria sido aceita por Koons, uma década depois, ser mais amplamente tido como um artista consagrado (JASZI, 2011, p. 420). Isso, para Jaszi, mostraria uma tendência de magistrados estadunidenses começarem a considerar formas pós-contemporâneas de autoria. A nosso ver, parece antecipada essa conclusão: nos parece muito mais factível que seja justamente a fama do artista a permitir uma maior aceitação da "originalidade" de seu trabalho – o que não afasta, mas sim se baseia na noção romântica de autoria, e pouco considera o fato de artistas como Koons terem um modelo empresarial de produção, cf. explicamos no Capítulo 2.

556 Por exemplo, a maioria esmagadora dos casos judiciais mencionados neste trabalho envolvem pessoas jurídicas.

557 Disponível (em inglês) em: <http://www.cric.or.jp/english/clj/cl2.html>. Último acesso em: 28 maio 2018.

558 Disponível (em inglês) em: <http://www.moleg.go.kr/english/korLawEng?pstSeq=52683>. Último acesso em: 28 maio 2018. Possivelmente desatualizada.

559 Rajan (2015, p. 242, tradução nossa) acredita que a justifica para tanto é a "[...] cultura corporativa peculiar desses países, em que empresas historicamente tiveram obrigações sociais bem definidas [...]".

análoga, os Estados Unidos atribuem autoria a pessoas jurídicas no caso de obras audiovisuais não publicadas (cf. definição de "United States work" na s. 101 do *Copyright Act* de 1976).

Já no Brasil, ainda persiste a controvérsia quanto à possibilidade de entes que não pessoas físicas serem considerados autores e titulares originários dos direitos – patrimoniais e morais – sobre uma obra.[560] Isso porque, segundo a lei anterior (nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973), havia atribuição expressa de autoria às empresas organizadoras de obra coletiva. Por sua vez, a nova lei criou um cenário confuso. O art 5º, VIII, "h", ao definir obra coletiva, reconhece que esta pode ser criada por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa jurídica. Já o inciso XIV elenca como titulares originários o autor criador da obra e as empresas de radiodifusão (o que parece se referir aos direitos conexos sobre transmissões, que abordaremos mais à frente).

O problema reside no art. 11, o qual define autor como pessoa física no caput, ao mesmo tempo em que, no seu parágrafo único, estende às pessoas jurídicas a proteção concedida ao autor, nos casos previstos naquela Lei. A questão é justamente a identificação dessas hipóteses. O inciso VIII, "h", do art. 5º, supramencionado, basicamente reconhece a autoria de pessoas jurídicas sobre as obras coletivas criadas no seio de sua atividade – ou seja, sem a predominância de qualquer indivíduo, mas sim como resultado da congregação de esforços de seus membros –, enquanto o inciso XIV admite que pessoas jurídicas podem ser titulares originários (aparentemente, referindo-se a direitos conexos), ao lado do autor criador. Por sua vez, o § 2º do art. 17 atribui ao organizador (que, repetimos, pode ser pessoa jurídica) a titularidade dos direitos patrimoniais sobre a obra coletiva.

Ou seja, entendemos que, sob a lei atual, a pessoa jurídica formalmente não pode ter o status de autor, mas pode, ao mesmo tempo, ter o mesmo tratamento, sendo titular originária ao menos dos direitos patrimoniais. Seguimos, portanto, o entendimento de Carboni (2003, p. 79), para quem o Direito Brasileiro não atribui direitos morais de autor à pessoa jurídica, pois estes pertencem ao autor (o qual, como vimos, formalmente não pode ser pessoa jurídica) que criou a obra, conforme o art. 22 (ainda que, como dito, a Lei reconheça que a pessoa jurídica pode criar).[561]

---

[560] Conforme vimos no capítulo anterior, nos debates legislativos acerca dos direitos autorais, os dois posicionamentos (a favor e contra a atribuição de autoria às pessoas jurídicas) se mostraram presentes.

[561] Tal disposição contraditória da Lei reflete a visão clássica de que os bens autorais são criações do espírito, manifestação de sua personalidade, elementos ausentes numa pessoa jurídica. Contudo,

Todavia, há entendimento doutrinário (BITTAR, 2013, p. 57;[562] CHINELLATO, 2008, p. 209-210) e jurisprudencial diverso, como sustentado pela 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), na Apelação Cível 9182936-93.2007.8.26.0000, de acordo com a qual:

> [...] a pessoa jurídica pode ser *titular derivado de direitos patrimoniais* do autor, cedidos pela pessoa física criadora, mas também, em determinadas situações, ser *titular originário* de direitos de autor, não somente em seus aspectos *patrimoniais*, mas também em seus aspectos *morais* (Lei 9.610/98, artigo 11, parágrafo único e 5º, VIII, *h*).[563]

---

deixando de lado as críticas que apresentamos neste trabalho e adotando essa mesma linha, por acaso a criação de uma obra coletiva organizada por uma empresa não refletirá os valores e princípios dessa instituição, equivalentes à sua "personalidade" ou "espírito"? Não à toa, o Código Civil atribui direitos de personalidade à pessoa jurídica (art. 52), da mesma forma que há jurisprudência reconhecendo serem cabíveis danos morais no caso de violação de propriedade industrial (Apelação 4002001-17.2013.8.26.0071, TJSP). Claro, reconhecemos que a personalidade jurídica é uma ficção legal; mas, ao mesmo tempo, os conceitos de autoria e originalidade e o próprio instituto dos direitos autorais também não o são?

[562] Bittar (1995, p. 13) enumera o direito moral sobre obras coletivas como um dos direitos de personalidade de pessoas jurídicas, ao lado do direito à honra objetiva, ao nome e à marca.

[563] A decisão liga a tutela dos direitos morais da empresa ao fato de esta ser sujeito de direitos de personalidade (na linha de BITTAR, 1995, supramencionada), apesar de reconhecer a divergência doutrinária a esse respeito – falaremos no tópico 5.2.2 da relação entre direitos autorais e direito de personalidade. Mais ainda, de acordo com o julgado: "Nas palavras de Aline Rodrigues Cavalheire, '*mesmo sendo, por natureza, própria de pessoas físicas, a criação de obras intelectuais nasce também no âmbito da pessoa jurídica, inclusive do próprio Estado, havendo em diversos setores (como de publicidade, comunicação e de literatura), empresas especializadas em criar! Como não haver proteção a tais esforços? As pessoas que compõem tais empresas mudam entre si, mas em muitos casos as empresas continuam a execução de suas atividades através de outras pessoas (...) a abordagem dos direitos da personalidade realizada neste estudo teve o objetivo de reafirmar a posição da pessoa jurídica como titular de direitos de natureza incorpórea, como os direitos ao nome e à imagem, e inclusive passível de sofrer danos morais. E agora, no mesmo sentido, o reconhecimento à pessoa jurídica de direitos autorais, tudo na linha da evolução do pensamento jurídico*' (Os direitos autorais e a pessoa jurídica. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; GAGO, Viviane Ribeiro; FIGUEIREDO, Fernando Vieira de. *Advocacia corporativa: desafios e reflexões*. São Paulo, Revista dos Tribunais: 2010, p. 132-133).

> [...] Na espécie, a afirmação de que à pessoa jurídica pertencem os direitos *morais* de autor deve ser examinada à luz da relação estabelecida entre ela, pessoa jurídica (autora *Equilíbrio*), e a(s) pessoa(s) física(s) que participou(aram) diretamente da criação da obra. Tendo em conta os elementos de fato que o caso concreto oferece, essa relação pode ter duas naturezas, a saber, 'obras sob contrato de trabalho' ou 'obras coletivas'. Se a hipótese for de 'obras sob contrato de trabalho', o empregado contratado pela pessoa jurídica para o exercício de atividade criativa intelectual mantém seus direitos autorais morais, cabendo ao empregador tão somente os respectivos direitos patrimoniais, em aplicação analógica do artigo 88 da Lei 9.279/96 (CAVALHEIRE, Aline Rodrigues. Op. cit., p. 136). Ao reverso, nas chamadas 'obras coletivas', a pessoa jurídica encomendante atua, de modo criativo, em caráter de coordenação e direção, proporcionando aos elaboradores (pessoas físicas) os instrumentos e materiais de que necessitam, reduzindo-os à condição de meros executores. Em casos tais '*pelo próprio fenômeno da criação, que é do encomendante empresa que remunera e dirige os trabalhos –, os direitos pertencem originariamente ao organizador empresa tanto no âmbito moral como patrimonial, conforme expressa a Lei 9.610 em seu art. 5º, VIII, h. Para tal constatação são necessários os seguintes elementos: direção e coordenação do encomendante; trabalho intelectual remunerado de vários elaboradores que produzem em equipe, assalariados para criar; fusão dos respectivos esforços na obra final encomendada. Assim, no conjunto das elaborações, se puder destacar qualquer contribuição autônoma, os direitos dos*

Independentemente do seu reconhecimento como autora ou titular originária, o fato é que pessoas jurídicas recorrem aos direitos autorais para proteger seus ativos em diversas indústrias,[564] o que, por vezes, gera um conflito de interesses entre elas e os

próprios pertencerão ao respectivo titular, sem prejuízo dos direitos sobre o conjunto' (CAVALHEIRE, Aline Rodrigues. Op. cit., p. 139)".

Em 2016, o mesmo caso foi discutido pelo STJ em sede do Recurso Especial 1.473.392/SP (2013/0377818-9). Nessa ocasião, o tribunal (embasado em vasta doutrina) entendeu que pessoa jurídica pode apenas ser titular derivada de direitos autorais patrimoniais, não podendo, portanto, ser titular de direitos morais (uma vez que estes são inalienáveis, como veremos no tópico 5.1.7). Entretanto, o julgado causa confusão e incorre em contradição. Primeiro, por dizer que pessoa jurídica não pode ser titular originária, quando o art. 5º, XIV, da Lei de Direitos Autorais diz o contrário, conforme vimos anteriormente. A decisão incorre no mesmo problema ao dizer que o criador é autor, enquanto (como também vimos acima) o art. 5º, VIII, "h", reconhece que a pessoa jurídica pode criar obra autoral. Por fim, dá a entender que danos morais seriam cabíveis à pessoa jurídica, por mais que não seja titular de direito moral. De qualquer forma, não podemos dizer que o julgado do STJ tenha revertido a decisão do TJSP no que diz respeito à possibilidade de pessoa jurídica ser autora. Isso porque o Tribunal paulista reconheceu a autoria em termos teóricos, negando-a no caso prático; de modo que o entendimento distinto do STJ não teve efeito prático no acórdão da instância inferior, tendo, inclusive, negado o Recurso Especial.

564 Nesse sentido, Ascensão (1997, p. 8-9) fala tanto no descompasso entre a figura individual de autor que embasa o regime autoralista e a realidade da Economia Criativa (segundo ele, na Europa, a quantidade de autores autônomos gira em torno de 8 a 22% dependendo do setor da atividade, sendo o restante vinculado a relações empregatícias), como no uso da legislação autoral para a tutela de interesses empresariais. Dados semelhantes são apresentados, de acordo com cada tipo de indústria, por Merges (2011, p. 203-213), inclusive no que diz respeito a patentes: segundo ele (Ibidem, p. 210), em 1891, 71% das patentes eram concedidas para indivíduos; já em 1999, 78% eram de titularidade de empresas.

Ghidini (2018, p. 160) chama de perspectiva industrial do direito de autor/copyright o cenário atual de alienação de direitos dos autores às empresas, as quais ele nomeia de "torres de controle" das relações sociais e econômicas envolvidas na produção e circulação de obras protegidas – relações que vão além da ligação privada e individual entre autor e empresa, abrangendo conflitos concorrenciais entre empresas, como também conflitos sociais com terceiros e o público em geral. Dessa forma, o criador individual sai de cena (ou ao menos desempenha um papel menor), ao passo que o ator principal passa a ser as empresas (Ibidem, p. 15). Em outra passagem, fala no "segredo" paradoxal do copyright tecnológico: as vantagens do direito de autor "[...] (concebidas para obras puramente intelectuais e não utilitárias) foram redescobertas por empresas com posição dominante em setores de alta tecnologia, buscando maior proteção, seja como alternativa ou sobrepondo-se às patentes, de seus investimentos em tecnologias da informação" (GHIDINI, 2018, p. 244, tradução nossa).

Nesse sentido, Suthersanen (2007a, p. 117, tradução nossa) diz: "[...] as novas tecnologias permitem novos produtos, novos serviços e novas adaptações e manifestações de obras de direitos autorais existentes anteriormente. Isso, por sua vez, abre novos fluxos de receita que tendem a atrair investidores e produtores, em vez de autores". Também Silveira (2011, p. 92): "Assim, se os usuários do sistema eram, inicialmente, os autores e inventores, hoje o usuário principal é a empresa, que exige do Estado e dos organismos internacionais uma proteção mais eficiente para sua propriedade intelectual, que passa a representar valor substancial em seus ativos".

Em sentido análogo, Heald (2006, p. 316, tradução nossa): "A legislação e as políticas americanas de copyright parecem ser ditadas inteiramente por um bloco monopolista de controladores de empresas". Samuelson (2005, p. 4) discorre sobre o lobby das indústrias nos Estados Unidos acerca da regulação do regime de copyright nos Estado Unidos. Segundo ela, os benefícios que a indústria obtém de uma proteção mais rígida são concentrados, ao passo que os custos são distribuídos pela sociedade, o que incentiva um maior lobby do setor e dificulta uma maior pressão por parte da coletividade (Ibidem, p. 6). Essa seria uma das razões pelas quais estudos econômicos acabariam não sendo tão considerados pelo legislador ao tratar das normas de copyright (ponto ao qual voltaremos no próximo capítulo), uma vez que os profissionais da indústria teriam conseguido fazer valer sua vontade sem ajuda da Economia, a qual poderia não advogar por formas mais rígidas de proteção (Ibidem, p. 15).

pequenos artistas[565] (ou mesmo entre estes e artistas com maior projeção ou mais poder corporativo),[566] conforme identificado por alguns parlamentares nos debates legislativos que analisamos no capítulo anterior. De igual maneira, a evolução da inteligência artificial e do *machine learning* gera a possibilidade de softwares com autonomia para criar obras, escolhendo motivos e técnicas, a partir de uma base de dados, sem interferência direta do homem (retornaremos a esse ponto nos tópicos 5.1.7 e 5.2.4).

Isso porque o regime autoral, como visto anteriormente, desde suas origens, é pensado para tutelar figuras individuais (e, obviamente, humanas).[567-568] Tal lógica de

---

Sobre o caso estadunidense, também Netanel (2007) traz uma série de exemplos gráficos de como o lobby tem influenciado o Legislativo (além do próprio executivo, principalmente na negociação de tratados internacionais). Nesse sentido, cita um antigo membro do Subcomitê de Propriedade Intelectual da Câmara dos Deputados estadunidense: "Grupos de interesse de copyright realizam captação de recursos para membros do Congresso, escrevem canções de campanha, convidam membros do Congresso (e seus funcionários) para exibições de filmes privados ou concertos esgotados, e promovem leis que esperam que o Congresso aprove sem quaisquer alterações. No 104º Congresso, eles estão elaborando os relatórios do comitê e discutindo entre si sobre o que precisa ser no relatório. Na minha experiência, alguns advogados e lobistas de copyright se ressentem do fato de os membros do Congresso e da equipe interferirem no que consideram como sua legislação e seu relatório do comitê. Com o 104º Congresso, acredito, chegamos a um ponto em que a história legislativa deve ser ignorada, porque nem as mãos do pessoal do Congresso tocaram nos relatórios da comissão" (Ibidem, p. 5, tradução nossa).

Da mesma forma, Lemley (1997, p. 15, tradução nossa): "As leis relativas à propriedade dos direitos de propriedade intelectual são intensamente inclinadas para proteger os interesses das empresas, não dos autores e inventores individuais". Bracha (2008, p. 265) faz crítica semelhante, alegando que as normais autorais hoje protegem mais as empresas, usando, no entanto, o discurso romantizado de autoria. Por sua vez, Corbet (2015, p. 5) diz que os direitos autorais têm enfrentado um desenvolvimento quase parasitário, mais em benefício de interesses comerciais e industriais do que da verdadeira criação. De forma semelhante ao que verificamos no Brasil, Gaudrat (2015, p. 108) estende essa crítica à doutrina especializada, que, para ele, seria capturada pelos exploradores das obras.

Merges (2011, p. 212-213), no entanto, minimiza essa oposição de interesses entre grandes indústrias e pequenos artistas/empregados, sustentando que a concessão de direitos de propriedade intelectual, no fundo, é favorável a estes últimos.

565 O que gera problemas, particularmente, quando pensamos nos direitos autorais como direitos de personalidade ou direitos humanos, conforme abordaremos nos tópicos 5.2.2 e 5.2.3.

566 Suthersanen (2007a, p. 116, tradução nossa): "A legislação autoral/de copyright atua como um grande nivelador dentro da democracia disfuncional em que vivemos. Ela trata da mesma forma Dan Brown, Justin Timberlake, Margaret Atwood, *Coldplay* e Peter Maxwell Davies".

567 Tal fato está ligado à expansão do regime autoralista (JASZI, 1991, p. 480; BOYLE, 1996), conforme mencionamos no tópico 5.1.2 e voltaremos a falar quando abordarmos a questão dos softwares, no tópico 5.3.2. Ginsburg (2017) reconhece que o discurso romântico da autoria tem sido apropriado pelas indústrias dos direitos autorais; no entanto, para ela, isso não significa que tal discurso deva ser abandonado: pelo contrário, ele seria justamente a solução para cuidar dos autores que têm sido deixados desprotegidos. Lemley (1997), no entanto, discorda de que a noção romântica de autoria tenha tido um papel tão relevante na expansão do direito autoral/copyright: para ele, a tendência de "proprietização" seria uma explicação mais adequada. Bently (2008, p. 26, tradução nossa), tratando especificamente do direito autoral/copyright, aponta outras possíveis causas: "[...] as ações de interesse próprio de atores corporativos e grupos de interesse; a ideologia da propriedade; 'internacionalização'; harmonização regional; interesses comerciais nacionais e ideologia econômica neoclássica [de que trataremos no tópico 6.1.1]". Como mencionamos na nota 268, ao identificarem a "apropriação" como um dos responsáveis pela expansão dos regimes em favor do titular (e detrimento do autor e do usuário), Lemley e Bently

proteção individual se mostra presente quando investigamos a justificativa econômica desse instituto, em contraposição à propriedade industrial.[569]

colocam-se no sentido oposto ao de Dusollier (2019) quanto ao uso da lógica de propriedade para conciliar os diferentes interesses envolvidos por trás do instituto.

[568] Além do uso dos direitos autorais pela pessoa jurídica, alguns autores relacionam a utilização do discurso autoralista para ampliar outros regimes da propriedade intelectual, como marcas e patentes (a exemplo de BOYLE, 1996, supramencionado). É o que Coombe (2008, p. 60, tradução nossa) diz a respeito do regime marcário: "Apesar de convencionalmente se entender que não há 'autores' de marcas, dado que estas não requerem nenhum espírito, originalidade ou criatividade [ponto do qual discordamos, como já dissemos], o reconhecimento legal de que 'titulares' de marcas têm um interesse proprietário em sinais de comércio progressivamente se ampara num reforço do autor-função descrito por Foucault. Isso se torna evidente na aceitação jurisprudencial da crença de que por meio de investimento, trabalho e disseminação estratégica, o titular de uma marca cria um aparato de significados únicos na mente do consumidor e que esse valor é produzido exclusivamente pelos esforços do titular". Nesse sentido, ela fala numa mudança do foco das marcas no século XX, substituindo o antigo racional de prevenir confusão dos consumidores em bens concorrentes pela proteção contra a diluição e apropriação indevida (*misappropriation*) – isto é, a integridade de um aparato de significados positivos "criados" pelo investimento do titular da marca – o que reflete uma importação da lógica autoralista (Ibidem, p. 61).

Na mesma linha, Drahos (2016, p. 240, tradução nossa): "A expansão do significado do signo para incluir sons, fragrâncias [ainda que estes dois últimos não sejam registráveis como marcas no Brasil], cores, formas, o relaxamento das restrições ao comércio de marcas e permitir que marcas sejam usadas para dividir mercados territoriais quando não há benefício para o consumidor demonstram que o sistema marcário que está mudando cada vez mais para o proprietarianismo. Sob a influência do proprietarianismo o propósito dominante do regime de marcas registradas passa a ser a proteção dos interesses dos comerciantes".

A respeito do design (que analisaremos no tópico 5.3.1), Hunter e Wood (2016, p. 424) descrevem o uso moderno de ideias próprias do romantismo autoralista (como originalidade e autenticidade) tanto no lobby para proteção quanto na publicidade dos produtos. Para tanto, seria normal uma associação com uma forma de produção artesanal, que teria, no entanto, pouco que ver com a modelo industrial de produção que mesmo designers icônicos adotam (Ibidem, p. 425). Isso porque, como já mencionamos no Capítulo 2 (vide nota 96), tais designers, ao licenciarem suas criações, acabam tendo pouco ou nenhum envolvimento ou controle na sua confecção em massa. Nesse sentido, muitos dos artigos consagrados atualmente, como a poltrona "Barcelona", desenhada por Mies von der Rohe em 1929, foram alterados tantas vezes ao longo do tempo – por outros profissionais envolvidos na sua produção (como engenheiros e até vendedores) – que pouco lembram o seu design original (Ibidem, p. 426-427).

[569] No mesmo sentido: "A crescente ampliação das obras protegidas pelo direito de autor, impulsionada pelos interesses da indústria de bens intelectuais, tem levado a uma certa banalização do objeto da proteção autoral, já que o que importa, hoje, é proteger o chamado 'conteúdo' comercializável, seja ele obra ou não. Com isso, expande-se a proteção do direito de autor para obras que, em princípio, não a justificariam, como é o caso do *software* e das bases de dados. O direito de autor passa, assim, a proteger o investimento que, afinal, acaba por beneficiar apenas a empresa, sendo que a tutela foi estruturada com finalidade diversa, distorcendo todo o regime legal" (CARBONI, 2010, p. 167).

Nesse sentido, Suthersanen (2007a, p. 117) diz que os constantes ajustes no regime de direitos autorais deixaram-no fraturado para os autores, ao passo que Ghidini (2018, p. 12-13, nota 29) fala que a regulação comunitária europeia do copyright tecnológico (resultado da sujeição de tecnologias ao direito de autor, abordada no tópico 5.1.1), ao atribuir como regra a titularidade dos softwares e do desenho industrial ao empregador, e não o empregado que os criou (cf. artigo 2.3 da Diretiva 24/09/CE e artigo 14.3 da Regulação 6/02/CE; disposições essas que encontram equivalência na legislação brasileira), traz o risco de os direitos do trabalhador desaparecerem tal qual o *Cheshire cat* (referindo-se ao personagem de *Alice no país das maravilhas*).

Em outra passagem (Ibidem, p. 191, tradução nossa) aponta duas maneiras pelas quais a atribuição de direito a empresas pode prejudicar os autores. Primeiramente, "se a demanda de consumo é elástica (isto é, a propensão para comprar cai proporcionalmente ao aumento do preço dos produtos), o preço final do produto pode não derivar apenas da soma dos direitos (de autor e conexos) a serem pagos ao titular originário; em vez disso, ele tende ao estabelecimento de um equilíbrio baseado na redistribuição do total

5.1.4 A justificativa econômica

A divisão de objeto (obras artísticas, científicas e literárias, em oposição às obras funcionais) e do sujeito (artista romantizado e empresa) entre os institutos se reflete no terceiro elemento de diferenciação (que embasa o tratamento legal distinto que cada um recebe, como veremos nos tópicos 5.1.5 a 5.1.7): a justificativa econômica.

De fato, a propriedade intelectual como um todo, independentemente de sua separação interna, tem uma base econômica comum, qual seja, o fato de regular bens com baixa rivalidade e potencial de exclusão (explicaremos essas características no tópico 5.2.1). Dessa forma, os institutos jurídicos a ela relacionados têm dentre seus objetivos viabilizar o retorno do investimento gasto com a criação do bem intelectual, bem como impedir o comportamento oportunista (*free-rider*) de terceiros (SUTHERSANEN, 2007a, p. 121), assim incentivando a inovação – ou a destruição criativa (SCHUMPETER, 1949)[570] – e maximizando o bem-estar coletivo (MERGES, 2011, p. 2).[571] Ou seja, trata-se

---

de royalties de todos os titulares (a chamada teoria do bolo, ou *cake theory*). Dado que o autor é historicamente e 'ontologicamente' o titular originário, essa redistribuição tende a ocorrer em seu detrimento". Em segundo lugar, "[...] a atribuição de direitos exclusivos ao produtor pode enfraquecer a posição dos autores quando por exemplo se exija destes (como frequentemente é o caso) a cessão de direitos de reprodução ou de disponibilização online ao produtor fonográfico, quem assume a obrigação de remunerar diretamente o autor e se torna, nesse sentido, seu intermediário exclusivo. Esse fenômeno existe também na indústria da música, em que editores são cada vez menos autônomos em relação aos produtores e, portanto, menos capazes de se oporem a esse tipo de pressão. O fenômeno, que contribui para tornar os produtores como meros guardiões do uso online, já é bem conhecido nos EUA e surge gradativamente na Europa".

[570] A destruição criativa consistiria no seguinte modelo de eficiência dinâmica: a inovação concede lucros monopolistas ao seu desenvolvedor até que alguém desenvolva um novo artigo que suplante o anterior, e assim sucessivamente.

[571] Para Riis (2009, p. 5), as marcas teriam uma lógica econômica distinta dos demais regimes de propriedade intelectual: reduzir assimetria de informação e, com isso, custos de transação. Particularmente, não achamos que essa é a única razão de sua existência: o sistema marcário também visa a remunerar os investimentos referentes tanto ao sinal distintivo (bem com baixa rivalidade e potencial de exclusão, como os demais bens intelectuais) como ao produto/serviço/agente que identifica. As formas de licenciamento, hoje, fazem que produtos designados sob a mesma marca sejam comercializados por agentes distintos, em partes diferentes do globo, muitas vezes concorrentes ou sem nenhuma conexão entre si além do sinal distintivo que usam. Mais ainda: produtos são adaptados ao mercado consumidor local, de modo que não necessariamente dois bens designados sob a mesma marca serão semelhantes em suas qualidades. Dessa forma, seria mais certo dizer que a exclusividade concedida pelo regime jurídico protege a designação de origem ou o investimento efetuado em marketing e publicidade? Nesse sentido, Geiger (2014, p. 11) faz referência à decisão de 18 de junho de 2009 no caso *L'oréal SA et a. c/ Bellure NV et a.* (C-487/07), em que o TJUE reconheceu uma nova função às marcas: qual seja, comunicação e publicidade. Também Merges (2011, p. 213) diz que, para constatarmos que há mais semelhanças do que diferenças entre as marcas e os demais institutos, basta olharmos para as comunidades criativas a que cada um deles visa a servir. Por sua vez, Landes e Posner (1989, p. 362) apresentam outros argumentos econômicos que diferenciariam as marcas, os quais veremos adiante.

de um balanceamento entre os interesses econômicos do inovador, de um lado, e os interesses sociais, referentes ao progresso tecnológico, científico e artístico, do outro.[572]

A diferença entre os regimes, nesse âmbito, se dá em dois níveis. Primeiramente, ainda sob o viés econômico, os bens autorais seriam substancialmente distintos daqueles sujeitos à propriedade industrial. Isso porque o que seria protegido neles é a expressão, e não a ideia[573] (como falamos no tópico 5.1.2), de modo que não há substitutos perfeitos para tais criações (LANDES; POSNER, 1989, p. 327).[574]

Além disso, haveria uma diferença no aproveitamento comercial de tais bens, cuja inovação tardaria mais para ser aceita pelo público, justificando, portanto, prazo de

---

[572] Outro argumento econômico, de ordem utilitária, para a propriedade intelectual como um todo é que somente inovações com as melhores oportunidades comerciais serão exploradas para fins de lucro, de modo que se promoveriam apenas as invenções úteis, isto é, aquelas que as pessoas desejem (ANDERSEN, 2007, p. 141) – tema esse que vimos na doutrina clássica em relação ao tipo de literatura (de "maior" ou "menor" qualidade) que na prática seria favorecida pelo regime autoral. Voltaremos a esse assunto no Capítulo 6. Outros argumentos econômicos comuns à propriedade intelectual como um todo (menos as marcas) apresentados por Landes e Posner (1989, p. 361-363), justificando a existência de uma limitação temporal, serão explicados posteriormente.

[573] Landes e Posner (1989, p. 345) explicam que a proteção da ideia seria economicamente inviável, pois o custo de o autor averiguar se não estaria infringindo ideia anterior (o que, na propriedade industrial, é verificada pelo órgão de depósito ou registro) seria imenso.

[574] Por essa razão, os direitos autorais/copyright não criariam um verdadeiro monopólio. Além disso, para Lahorgue Nunes (2011, p. 45-46), o termo monopólio é impróprio por não refletir o conceito utilizado no Direito Econômico, já que o direito autoral nasce com a criação da obra, enquanto a posição monopolista seria conquistada ou concedida por lei. Essa opinião encontra ao menos um problema: ou o direito autoral surge naturalmente com a obra, situação na qual haveria a conquista no plano fático do monopólio; ou tal direito decorre de atribuição legal, que recai na segunda hipótese levantada pela autora. De qualquer forma, a ideia de os direitos autorais e do copyright não criarem monopólio tem implicações econômicas importantes. Nesse sentido, Lahorgue Nunes (2011, p. 45-46) defende não ser possível abuso de poder dominante por meio do exercício de direitos autorais/copyright, em especial por serem facilmente substituíveis (argumento esse já levantado pela doutrina clássica, como vimos na nota 336), diferentemente do que ocorre com a propriedade industrial. Pessoalmente, discordamos dessa visão. Pensemos, por exemplo, na relação entre a *Disney* e a *Netflix*. A *Disney*, por si só, é detentora dos direitos sobre algumas das produções audiovisuais de maior êxito desde a metade do século passado. Não fosse o bastante, em 2012 adquiriu a *Lucasfilms* (AYUSO, 2012), e uma parte da *Fox* (PASTOR, 2017), titulares de direitos sobre alguns dos filmes e desenhos mais assistidos da história do cinema e da televisão, como a saga *Star Wars* e *Os Simpsons*, respectivamente. A *Disney* já anunciou que deseja criar sua própria plataforma de *video on demand* (LANG, 2018). Nesse sentido, é esperado que não conceda licenças, não renove as atuais ou mesmo rescinda contratos sobre as obras cujos direitos detém, comprometendo o catálogo de seus concorrentes (em especial, a *Netflix*) e criando uma séria barreira à entrada de outros competidores nesse mercado. Por mais que se trate de bens artísticos, a lógica aqui é semelhante à das marcas: muito mais do que criações que expressam a personalidade do seu autor (que, no caso dessas obras, são inúmeros, dispostos numa organização empresarial, como explicamos no tópico 5.1.3), trata-se de produtos comerciais, cujo êxito, para além da qualidade, são consumidos devido ao apelo que carregam o título, o nome do diretor e do estúdio responsável. Além dos custos relativos à aquisição de licenças (se forem disponibilizadas pelo titular, como podem não ser no caso da *Disney*, supramencionado) e de se vencer a preferência do consumidor, já estabelecida, existe o alto investimento necessário para se realizarem produções de *blockbusters* capazes de concorrer com aquelas já existentes.

proteção maior (GHIDINI, 2018, p. 168)[575] – de que trataremos no tópico seguinte. Esse argumento, contudo, parece mais uma vez considerar apenas a figura do artista de vanguarda, como Van Gogh, cujas obras somente tiveram êxito após seu falecimento. Ignoram-se, assim, os agentes que produzem para o mercado, pensando em atender as preferências do consumidor.[576]

Também se tendo em vista essa ótica romantizada da atividade artística, própria do cenário anterior ao século XIX, a construção do discurso em torno do regime autoral privilegia aspectos além da esfera econômica (e também do utilitarismo), como a tutela da relação personalíssima entre o criador e sua obra,[577] tal qual verificamos na nossa análise de doutrina e debates legislativos, respectivamente, nos Capítulos 3 e 4.[578] Nessa linha, é interessante notar que os incisos do art. 5° da Constituição que tratam dos direitos autorais (XXVII e XVIII) não condicionam seu exercício ao "interesse social e o desenvolvimento

---

[575] Argumento que identificamos também na nossa pesquisa doutrinária e legislativa, nos Capítulos 3 e 4. Além disso, Landes e Posner (1989, p. 362-363) apresentam outras razões econômicas que justificariam tal distinção de prazo, como veremos no próximo tópico.

[576] Esse argumento parece perder força sob a perspectiva econômica do direito autoral/copyright proposta pelo Neoclassicismo da Escola de Chicago, segundo o qual a criação de incentivos à produção das obras seria apenas uma dos objetivos desse instituto, mas não o seu principal. Para esses autores, o regime autoralista é, sobretudo, um mecanismo para facilitar a existência de mercados, na medida em que assinala quais criações são mais valiosas, do ponto de vista da demanda do consumidor, servindo, portanto, de guia para que os agentes econômicos aloquem de forma mais eficiente seus recursos na produção e licenciamento das obras (NETANEL, 2007, p. 18). Esse pensamento se baseia na ideia de que "[...] as transferências de mercado consensuais são a maneira mais eficaz de, simultaneamente, perseguir os objetivos gêmeos de incentivo e disseminação. [...] em outras palavras, [...] se um mercado de trocas a faz sentido, ele provavelmente ocorrerá" (MERGES, 1993, p. 306-307, tradução nossa). Por sua vez, a melhor forma de gerir esses mercados seria por meio de um regime autoralista, pois dá controle total sobre as obras, reduz custos de transação e assimetrias informacionais, além de conter mecanismos de execução (GORDON, 1992, p. 17-18).

A visão neoclassicista, contudo, apresenta ao menos duas falhas. Primeiramente, a assimetria informacional não parece ser reduzida da forma como proposta. De fato, quando Gordon expôs sua ideia, o registro era obrigatório nos Estados Unidos, diferentemente do que ocorre hoje naquele país e do padrão estabelecido pela Convenção de Berna (como veremos no tópico 5.1.6). Assim, o custo atual de rastreamento dos titulares dos direitos é considerável. Para além disso, negociar seu licenciamento também envolve custos. Por fim, quanto mais direitos são garantidos sobre as obras existentes, mais custos com litígios serão impostos aos agentes que quiserem desenvolver obras derivadas (como abordaremos melhor no capítulo seguinte), tornando seu mercado inviável – resultando na tragédia dos anticomuns, que explicaremos no tópico 5.2.1. Em segundo lugar, o argumento neoclassicista não considera outros interesses subjacentes à tutela jurídica, como a liberdade de expressão, que pode se ver prejudicada pela detenção total do controle sobre as obras por uma única fonte (NETANEL, 2007, p. 20). Retornaremos a esse ponto no próximo capítulo, ao tratarmos das críticas da literatura econômica à propriedade intelectual (tópico 6.1.1).

[577] Como já discutimos, essa tendência tem mais que ver com o sistema continental de *droit d'auteur* do que o copyright anglo-saxão, o que explica a dificuldade de conciliação desse modelo com os direitos morais, de que trataremos adiante.

[578] Ainda que, conforme vimos nos Capítulos 3 e 4, tal discurso seja por vezes usado para atender interesses econômicos.

o desenvolvimento tecnológico e econômico do País", diferentemnte do que o inciso XXIX prevê para a propriedade industrial.

É justamente essa visão romantizada, prevalecendo a tutela da "criação do espírito", é o que justifica a existência dos direitos morais de autor – uma característica que distingue o regime autoral em relação à propriedade industrial, juntamente com a prescindibilidade de registro e o prazo de exclusividade, como veremos a seguir.

5.1.5 Prazo

Conforme vimos anteriormente, tanto na doutrina histórica quanto nas discussões parlamentares que antecederam a edição das normas de direitos autorais no Brasil, o prazo de exclusividade sobre a criação foi um elemento de diferenciação em relação à propriedade industrial. Se, por um lado, os partidários de um direito perpétuo dos autores foram vencidos (como vimos nos Capítulos 3 e 4), em razão do sopesamento dos interesses do criador e da sociedade em ter acesso às obras (tal como o equilíbrio pensado na propriedade industrial), por outro, a distinção se manifestou no período de proteção que a legislação atribuiu para cada um desses regimes.

Conforme explicamos anteriormente, há argumentos econômicos que justificam tanto uma limitação temporal à propriedade intelectual como um todo (exceto as marcas), como em graus diferentes entre as obras autorais e a propriedade industrial. Para além do equilíbrio com o benefício social que se obtém pelo aumento do domínio público e do estado da técnica, Landes e Posner (1989, p. 361-363) explicam que a existência de um prazo de exclusividade reduz (i) o potencial de lucros monopolísticos do titular dos direitos e (ii) os custos de rastreamento.

Esse último aspecto seria alto tanto nas patentes (uma vez que uma invenção, como a roda, pode passar a fazer parte de uma vasta gama de produtos) como nos direitos autorais (já que, ao longo do tempo, seria difícil identificar os herdeiros do autor, para quem seria passada a titularidade),[579] mas baixo nas marcas, uma vez que estas precisam ser usadas em conjunto com os produtos vendidos no mercado.

---

[579] Landes e Posner (1989, p. 361-362) também argumentam que, como o custo de rastreamento dos direitos autorais aumenta com o tempo, o prazo desse regime também deve ser limitado no período a partir do qual a tutela deixa de fazer diferença em termos de incentivo à criação de novas obras. Em outras

Já a conferência de poder de mercado monopolístico, para Landes e Posner (1989, p. 361-363), seria alta nas patentes, mas baixa nas obras autorais e inexistente nas marcas.[580] Isso, junto ao baixo custo de rastreamento (de que já falamos), justificaria o fato de as marcas poderem ser renovadas por prazo indeterminado, diferentemente das patentes, direitos autorais e registros de desenho industrial.[581]

Essa peculiaridade das marcas representa uma vantagem em relação aos demais regimes. Nesse sentido, a cumulação de proteções (por exemplo, registrando um design sujeito a desenho industrial ou uma escultura como marca tridimensional; um personagem, um desenho ou uma pintura como marca figurativa; ou um título ou passagem de obra literária ou letra musical como marca nominativa) acaba sendo uma forma de o titular de outros direitos de propriedade intelectual driblar a limitação temporal imposta a esses outros institutos.[582]

Por outro lado, a diferença entre os lucros monopolísticos conferidos às patentes e os direitos autorais, supramencionados, justificaria para Landes e Posner (1989, p. 361-363) os prazos distintos garantidos para cada um desses regimes. Tal argumento se relaciona à ideia de disparidade entre os mercados de bens artísticos e industriais, o que, por sua vez, reflete uma visão mais próxima ao cenário de surgimento do regime autoral, anterior ao desenvolvimento da Economia Criativa, conforme discutimos nos Capítulos 2 e 3.[583]

---

palavras, como os indivíduos não costumam pensar em longuíssimo prazo, uma proteção num prazo muito posterior à morte não teria qualquer influência na decisão do autor. Note-se, porém, que, posteriormente, os autores mudaram de opinião, passando a defender a renovação do prazo de proteção por sucessivas e infinitas vezes (LANDES; POSNER, 2003).

580 Discordamos de ambas as afirmações de Landes e Posner (1989) acerca das marcas. Entendemos que, sim, conferem poder monopolístico, na medida em que geram preferência do consumidor, criando barreiras à entrada de novos competidores. Da mesma forma, marcas correm risco de diluição, perdendo sua distintividade (por exemplo, quando se tornam sinônimo dos produtos e serviços que indicam), o que, por sua vez, ocasiona custos de rastreamento. Em sentido semelhante a Landes e Posner, Kitch (2000, p. 1.730) acredita que as marcas seriam muito mais difíceis de caracterizar como monopólio, já que a capacidade de uma empresa de identificar-se seria um pré-requisito essencial para a concorrência, não um limite. No entanto, como veremos no Capítulo 6, as patentes (e também, em certa medida, os direitos autorais) também são vistas como essenciais para a livre concorrência, o que não as impede de, paradoxalmente, restringi-la. O mesmo nos parece em relação às marcas: num primeiro momento, por certo implicam em uma restrição à livre-iniciativa – o que não significa que, no longo prazo, não possam ser benéficas à competição.

581 No Brasil, por exemplo, o prazo do registro é de 10 anos, podendo ser renovado por igual período, por sucessivas vezes (art. 133 da Lei de Propriedade Industrial).

582 Da mesma forma, o direito autoral/copyright pode ser usado para dar mais robustez a casos "fracos" de violação de direito marcário (MASIYAKURIMA, 2005, p. 432).

583 Se manifestando, por exemplo, nas ideias de bens autorais não serem essenciais, bem como serem menos lucrativos que os artigos industriais, ambas já criticadas por nós.

Nesse sentido, desde as normas francesas de 1791 e 1793 (analisadas no Capítulo 3), o direito sobre as obras foi garantido para além da morte do autor: cinco anos para as obras teatrais, e 10 para as artísticas e literárias.[584] Como já discutimos anteriormente, a extensão da tutela ao longo de toda a vida do criador está baseada numa noção romantizada da produção artística, no sentido de que muitas vezes a obra só será apreciada ao final de sua vida (relacionando-se com a noção de que a maturidade contribui para a qualidade, e, portanto, o sucesso comercial)[585] ou mesmo após sua morte.

Em paralelo, acompanhamos uma expansão progressiva do prazo de tutela (ao lado do aumento do rol de obras protegidas, de que falamos anteriormente). Por exemplo, a primeira lei de copyright estadunidense, de 1790, previa a exclusividade por 14 anos, renovável por igual período (s. 1), ao passo que, hoje, pode chegar a 70 anos após a morte do último autor, em casos de obras de coautoria (*joint works*), e 120 anos da data de criação, no caso de obras por encomenda – assim como anônimas ou assinadas com pseudônimo – (cf. s. 302, (a), (b) e (c) da versão atual do *Copyright Act* de 1976).[586]

No Brasil, a regra geral hoje é proteção[587] por 70 anos, a contar de 1º de janeiro do ano seguinte (i) à morte do autor (cf. art. 41 da Lei de Direitos autorais); (ii) ao falecimento do último autor, no caso de coautoria indivisível (art. 42) – realidade cada vez mais presente na Economia Criativa, como já discutimos; ou (iii) à publicação da obra, no

---

584 Como vimos, o caso brasileiro foi um tanto diferente. Se considerarmos a Lei de XI de *agôsto* de 1827 como nosso primeiro diploma autoral, o prazo se contava desde a publicação, cf. art. 7º (apesar de a norma não ser expressa nesse sentido, é a interpretação mais lógica). O Código Criminal de 1830, por sua vez, estendeu a tutela por toda a vida do autor e mais 10 anos após sua morte (art. 261). Porém, a Lei Medeiros de Albuquerque (nossa primeira norma a tratar especificamente do direito autoral) estabeleceu a proteção por 50 anos após a publicação; ou 10, no caso de traduções, reproduções e execuções (art. 3º). O Código Civil de 1916, por sua vez, voltou a conceder a exclusividade durante toda a vida do autor, estendendo-a por 60 anos após o seu falecimento (art. 649).

585 Vide as opiniões, referidas no Capítulo 4, dos Senadores Diogo Velho, ao apresentar as notas explicativas do seu projeto de lei sobre direitos autorais, em sessão de 6 de outubro de 1886, e Coelho Rodrigues, ao discutir o projeto de lei de Medeiros de Albuquerque, em 17 de setembro de 1896 – ambas opostas pelo próprio Medeiros de Albuquerque. Tal posicionamento, contudo, ignora indústrias contemporâneas e indivíduos mais jovens parecem ter mais sucesso comercial, como o cenário musical. Por outro lado, Landes e Posner (1989) apresentam um argumento interessante para que o prazo conte a partir do falecimento: caso assim não fosse, o autor poderia sempre realizar alterações e novas edições da obra, estendendo, assim, a tutela e dificultando saber quando afinal esta expiraria, o que aumentaria os custos de rastreamento – e que, por sua vez, está ligado ao fato de os direitos autorais prescindirem de registro, como trataremos no tópico seguinte.

586 Referindo-se a obras criadas após 1º de janeiro de 1978. Landes e Posner (1989, p. 363) defendem os aumentos de prazo estabelecidos até a redação original do *Copyright Act* de 1976, em razão da diminuição dos custos relativos à cópia, com o advento das novas tecnologias. De igual maneira, sustentam que o prazo então atribuído era razoável e não arbitrário; contudo, não apresentam quaisquer dados econômicos para comprovar essas afirmações.

587 Dos direitos patrimoniais. Os direitos morais, como veremos no tópico 5.1.7, não têm essa limitação no Brasil (diferentemente de outras jurisdições, como Alemanha e Itália, conforme veremos na nota 599).

caso de fotografias e produções audiovisuais (art. 44). Trata-se de prazos substancialmente maiores do que os concedidos para patentes de invenção e de modelos de utilidade – 20 e 15 anos contados da data de depósito, respectivamente (art. 40 da Lei de Propriedade Industrial) – e para o registro de desenho industrial – 10 anos contados da data do depósito, prorrogável por três períodos sucessivos de cinco anos cada (art. 108).

Essa discrepância torna-se incompatível com as transformações ocorridas no século XX, em especial a aproximação entre arte e indústria, que analisamos no Capítulo 2. Exemplo disso é a situação peculiar do design, o qual, a depender de se considerado artístico ou industrial, estará sujeito a um ou outro regime – ou mesmo a nenhum –, conforme explicaremos no tópico 5.3.1. Da mesma forma, a expansão do rol de objetos sujeitos ao direito autoral (tratada anteriormente) faz que hoje uma base de dados, um fonograma e uma transmissão por radiodifusão sejam protegidos no Brasil pelo mesmo prazo de uma obra artística,[588] enquanto uma patente de invenção concede exclusividade por menos de um terço desse período.[589-590]

Por sua vez, pensando-se em aproveitamento corporativo das obras na Economia Criativa e na consequente mudança da figura do sujeito titular do regime autoralista, cria-se uma nova discrepância, na medida em que a extensão do prazo passa a beneficiar mais as empresas adquirentes dos direitos do que o próprio autor, uma vez que este geralmente os aliena por um valor fixo, enquanto aquela passa a explorá-lo por prazos cada vez mais longos (GHIDINI, 2018, p. 186).

Nesse sentido, questiona-se até que ponto essa expansão – por mais que sob o discurso de tutelar o autor individualmente considerado – não é fruto do lobby das indústrias da Economia Criativa.[591] Não à toa, nos Estados Unidos, a extensão mais recente do prazo (por meio do *Sonny Bono Copyright Term Extension Act*, de 1998),

---

588 Nesses últimos dois exemplos, em se tratando de direitos conexos, a tutela corre a partir de 1º de janeiro do ano subsequente à data de fixação ou transmissão, conforme o caso (art. 96 da Lei de Direitos Autorais).

589 No caso dos programas de computador, essa discrepância é um pouco menor, mas ainda significativa: a tutela, como mencionamos no tópico 4.2.3, é de 50 anos (cf. art. 2º, § 2º, da Lei de Software). Voltaremos a esse assunto no tópico 5.3.2.

590 Nesse sentido: "Cabe, ainda, indagar se o progressivo aumento do prazo da proteção autoral na legislação dos diversos países não representa um exagero que deveria ser revisto pela comunidade internacional, para que se pudesse determinar um prazo mais adequado à realidade tecnológica atual, servindo de estímulo ao investimento em bens intelectuais, mas em prazo suficiente para não obstaculizar o seu livre acesso" (CARBONI, 2003, p. 167).

591 Vide as discussões parlamentares analisadas no Capítulo 4, bem como as opiniões de Samuelson (2005, p. 4) e Netanel (2007) sobre o caso estadunidense.

supramencionada, é associada ao fato de que, não fosse pelo prolongamento do período de exclusividade, o *Mickey Mouse* cairia em domínio público (GRZELAK, 2003).

Além dos prazos distintos, também a necessidade ou não de registro para concessão dos direitos é uma diferença que separa o regime autoralista dos institutos da propriedade industrial. Analisaremos essa questão no tópico seguinte.

5.1.6 Registro

Ao contrário do que ocorre com as marcas, patentes e desenhos industriais, os direitos autorais não são concedidos pela legislação, mas sim reconhecidos. Há duas razões principais para que isso ocorra. A primeira está ligada à visão romântica das obras artísticas, científicas e literárias, as quais consistiriam numa manifestação do espírito do autor. Dessa forma, os direitos sobre tais bens seriam uma espécie de direito natural (tal como descrevemos no Capítulo 2), que "nasceria" com sua criação.[592] Já a propriedade industrial seria uma concessão temporária do Estado para incentivar o progresso científico e tecnológico.

O segundo motivo decorre da dicotomia ideia-expressão, que explicamos no tópico 5.1.2. Caso o regime autoralista garantisse exclusividade sobre uma ideia e não sobre a forma como ela é expressa – tal como ocorre com as patentes –, a ausência de um sistema de registro das obras elevaria substancialmente os custos de rastreamento, no sentido de se saber se uma nova criação violaria os direitos de uma precedente.

O fato de o direito autoral prescindir de registro é uma vantagem desse regime em relação à propriedade industrial, especialmente pelos custos e pela demora envolvidos nesse processo. Por outro lado, o registro dá relativa garantia aos titulares de marcas, patentes e desenhos industriais, na medida em que há uma certeza quanto ao objeto da exclusividade, ao passo que as obras autorais dependem de decisão que ateste sua

---

[592] Observe-se que, como explicado anteriormente, a prescindibilidade de registro decorre da expansão ao longo do tempo tanto do *droit d'auteur* como no copyright anglo-saxão. Nesse sentido, a Lei francesa de 1793, de que falamos no Capítulo 3, vinculava a capacidade de propor ações judiciais em face de contrafeitores ao direito de o depósito das obras de literatura e gravura, independentemente do gênero (art. 6º). Nos Estados Unidos, por exemplo, tal requisito apenas deixou de existir em 1978, com a entrada em vigor do *Copyright Act* de 1976, alinhando a legislação daquele país à Convenção de Berna (art. 5, 2). Também no Brasil, nem sempre a regra foi a prescindibilidade do registro, como consta hoje no art. 18 da nossa Lei de Direitos Autorais. A Lei Medeiros de Albuquerque (como vimos, nosso primeiro diploma a regular especificamente o regime autoralista), por exemplo, exigia seu registro perante a Biblioteca Nacional dentro de até dois anos (art. 13).

configuração como criações artísticas, científicas e literárias – sujeitas, portanto, à falta de clareza e consistência da jurisprudência, como vimos anteriormente. Essa insegurança tornou-se especialmente problemática com o desenvolvimento do design no século passado, uma vez que se localiza no meio do caminho entre produtos artísticos e industriais, conforme analisaremos adiante.[593]

5.1.7 Direitos morais

Os direitos morais são um dos aspectos mais controversos da propriedade intelectual. Por assumirem caráter quase sacramental, estando ligados à ideia da obra como criação do seu espírito do autor, conforme analisamos no Capítulo 3, a literatura acerca do tema parece ter sido escrita com um fervor quase religioso (GRIFFITHS, 2015, p. 1; RECHT apud REDMOND-COOPER, 2016[?], p. 1). Isso não significa, todavia, que não devam ser discutidas as incompatibilidades que apresentam com o cenário contemporâneo – que veremos no tópico 5.2.

A vertente moral representa uma diferença não apenas em relação à propriedade industrial, mas também entre a tradição do *droit d'auteur* (adotada pelo Brasil) e o copyright anglo-saxão. Conforme explicamos no Capítulo 3, o sistema continental surge em meio à oposição aos monopólios absolutistas e reconhecimento de liberdades individuais, próprias da condição de ser humano. Assim sendo, no decorrer dos séculos XIX e XX, a jurisprudência dos países que adotaram esse regime (especialmente a França) foi admitindo a existência de direitos morais, ao lado da tutela econômica já prevista.

Ou seja, a origem do *droit d'auteur* contrasta com a das patentes e marcas – que, de certa maneira, foram uma continuação dos privilégios concedidos sob o Antigo Regime – e a do copyright, cuja regulação teve menor preocupação com uma tutela personalíssima.[594] Com os movimentos de internacionalização e harmonização do direito

---

[593] Conforme veremos, isso levou o Reino Unido e, posteriormente, a União Europeia como um todo a criar uma nova categoria intermediária para tutelar o design, independentemente de registro – o que, no entanto, não solucionou os problemas apontados.

[594] Há autores que discordam dessa ideia, defendendo que as primeiras leis e jurisprudência do copyright também previram uma espécie de direito moral. Por exemplo, Rigamonti (2006, p. 381) entende que uma decisão inglesa de 1769 (no caso *Millar v Taylor*, mencionado no Capítulo 3), apesar de não estabelecer uma teoria geral dos direitos morais, basicamente previu os direitos de atribuição, divulgação e integridade. Esse argumento, contudo, é refutado por outros doutrinadores como Dworkin (apud DAVIES; GARNETT, 2016, p. 15), para quem o conceito de direito moral teve papel mínimo, se é que

autoral no século passado, os países do *common law* foram progressivamente abraçando os direitos morais, não sem muita desconfiança, relutância e oposição.[595] O caso mais conhecido, provavelmente, é o dos Estados Unidos, que durante muitos anos se recusou a aderir à Convenção de Berna – uma vez que esta prevê a obrigação de tutela dos direitos morais de atribuição e integridade, cf. art. 6 *bis*, 1) –, tendo-a assinado somente em 1988.[596-597]

Fato é que hoje os direitos morais são adotados, em maior ou menor escala, pela maioria das jurisdições, conforme exigido por tratados internacionais[598] (ainda que de forma mínima),[599] como a Convenção de Berna (supramencionada) e o Tratado da

---

nenhum, no subsequente desenvolvimento do copyright nos países de *common law*. De qualquer forma, como explicado a seguir, a ideia de um direito moral é estranha ao conceito de copyright, tendo sido importada nas jurisdições que adotam esse sistema – como o Reino Unido, que trata os direitos morais como algo alheio ao copyright (CORNISH apud DAVIES; GARNETT, 2016, p. 33). Nesse sentido, os Tratados da OMPI de 1996 chamaram a atenção para a dificuldade de se conciliarem as distinções entre *common law* – cujas jurisdições são focadas na obra – e *civil law* – centrada na figura do autor (Ibidem, p. 30-31). Na mesma linha, Griffiths (2015, p. 7) questiona a ideia de que os países do *common law* estejam seguindo em direção a um modelo idêntico ao *civil law* no que diz respeito aos direitos morais.

595 "[...] os países de *common law* têm sofrido pressão nos últimos anos para garantir proteção específica para os direitos morais em suas legislações sobre copyright [...]" (DAVIES; GARNETT, 2016, p. 30, tradução nossa).

596 Apesar disso, os direitos morais só passaram a ser expressamente previstos na legislação federal estadunidense em 1990, com o *Visual Artists Rights Act*, que trata especificamente de obras de artes visuais: pinturas, desenhos, gravuras, esculturas, imagens fotográficas produzidas apenas para exibição, e existentes em cópias únicas ou em edições limitadas de 200 ou menos cópias, assinadas e numeradas pelo artista. Para os outros campos artísticos, até a decisão da Suprema Corte em *Dastar v. Twentieth Century Fox*, em 2003, o direito de atribuição era garantido sob a proibição de falsa designação de origem, prevista na s. 43(a) do *Lanham Act* (GINSBURG, 2004; LANDAU, 2005) – uma lei de Direito Antitruste e repressão à concorrência desleal. Já no mercado cinematográfico, a atribuição de autoria não é estabelecida pela legislação de copyright, mas sim por meio de acordos privados entre estúdios e os sindicatos de roteiristas (BOLDRIN; LEVINE, 2008, p. 269-270).

597 Segundo Ghidini (2018, p. 171, nota 33), a União Soviética também se opôs à Convenção pelo mesmo motivo.

598 Como já dito, a primeira tentativa de regular o tema internacionalmente foi por iniciativa do Continente Americano – o Brasil, por exemplo, já previa na Lei Medeiros de Albuquerque o direito de integridade (artigos 4º, § 2º, e 5º) e atribuição (artigos 22, (1) e (2), e 24), ainda que não adotasse o termo "direitos morais", quando na França essas prerrogativas ainda eram criações jurisprudenciais sem correspondente normativo expresso –, na Convenção Interamericana de 1910, tendo entrado para o texto do acordo após a Revisão de Havana de fevereiro de 1928 – que os Estados Unidos se recusaram a assinar (DAVIES; GARNETT, 2016, p. 10). Meses depois, em junho daquele ano, a Revisão de Roma incluiu os direitos de atribuição e integridade na Convenção de Berna.

599 Conforme mencionado, o art. 6 *bis* prevê apenas os direitos de atribuição e paternidade, pelo tempo mínimo equivalente à vida do autor – conforme explicaremos no tópico 6.3.2 –, salvo nos países em que não houvesse, no momento de adesão da Convenção revisada, dispositivo assegurando tais direitos para além do falecimento do autor. Além disso, o artigo autoriza os países-membros a regularem os meios para fazer valer a proteção de tais direitos. A respeito do prazo, curioso que nem todas as jurisdições adotam o princípio de que os direitos morais são eternos, independentemente do prazo dos direitos patrimoniais, como é no Brasil, em que os direitos de atribuição, ineditismo e integridade são transmitidos aos herdeiros, sem prazo limite (art. 24, § 1º) – observado que, após o término dos direitos patrimoniais, a prerrogativa de exercer os direitos de integridade e atribuição passam para o Estado (§ 2º). Isso está ligado à existência de duas correntes no surgimento dos direitos autorais, como explicado

Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) sobre Performances e Fonogramas (art. 5º) – ao qual nosso país não aderiu.[600] O Brasil, por exemplo, prevê uma gama extensa desses direitos (art. 24): atribuição (I e II),[601] ineditismo (III), integridade (IV), modificação (V), retirar de circulação (VI) e acesso ao último exemplar, (VII) além do direito de repúdio de projeto arquitetônico (art. 26), dos direitos de integridade e atribuição dos intérpretes (art. 92) e dos autores de programas de computador (art. 2, § 1º, da Lei do Software).[602]

Tais dispositivos, contudo, não encontram equivalência no regime da propriedade industrial – salvo pelo direito de atribuição ao inventor previsto para as patentes (art. 6º, § 4º, da Lei de Propriedade Industrial e art. 4 *ter* da Convenção da União de Paris para a proteção da propriedade industrial, ou simplesmente Convenção da União de Paris) –, ausência essa que marca uma grande diferença entre os dois ramos da propriedade intelectual. No entanto, como discutido anteriormente, a aproximação entre arte e indústria diminuiu as barreiras entre os artigos sujeitos a uma ou outra forma de tutela, ao mesmo tempo em que houve uma expansão do rol de obras abarcadas pela proteção autoralista. Nesse sentido, passamos a ter direitos morais em criações voltadas para o mercado, pouco associáveis à ideia de expressão do espírito,[603] ou mesmo a bases de

---

no Capítulo 3: a dualista (teoria francesa, adotada pelo Brasil) e monista (modelo alemão). De acordo com esta última, sendo os direitos morais e patrimoniais indissociáveis, o término do prazo destes implicaria, necessariamente, a extinção daqueles.

600 Não obstante, o tema ficou de fora do Acordo TRIPS, por pressão dos Estados Unidos, sob a alegação de que o tratado regula apenas questões comerciais (Art. 9(1)).

601 Também chamado de direito de paternidade ou de maternidade. Chinellato (2008, p. 95) defende esse último termo, ao comparar a criação artística a uma gestação, reforçando a visão romantizada predominante na doutrina brasileira.

602 Chinellato (2008, p. 200-202) chama a atenção para o fato de que esse rol não é taxativo, por se tratar de direitos de personalidade. Nesse sentido, traz dois outros direitos não expressamente previstos: (i) o direito à destruição das cópias; (ii) o direito à preservação ou não destruição da obra, que seria distinto do direito de integridade (ou seja, de não ver a obra alterada); e (iii) o direito de arrependimento, distinto do direito de retirada, na medida em que diz respeito à recisão do contrato (Ibidem, p. 190). Quanto aos itens "ii" e "iii", contudo, não seguiremos a distinção da Professora, para fins de praticidade metodológica. Para além desses, podemos também acrescentar o direito de sequência: isto é, de "[...] perceber, no mínimo, cinco por cento sobre o aumento do preço eventualmente verificável em cada revenda de obra de arte ou manuscrito, sendo originais, que houver alienado" (art. 38). Isso por se tratar de direito irrenunciável e inalienável. Por outro lado, tal direito parece não ter nada que ver com a relação personalíssima entre autor e obra, mas sim a finalidade de proteger o artista economicamente – visto aqui, mais uma vez, como hipossuficiente em face dos exploradores de sua obra. Não à toa, na Lei de Direitos Autorais brasileira, o direito de sequência está regulado no Capítulo III, que trata dos direitos patrimoniais.

603 Nessa linha, há a possibilidade de, no caso concreto, o direito de integridade ser relativizado em função do grau artístico da obra (TORRESMAN, 2000, p. 109), o que é defendido por Ascensão (1997, p. 143-144). No entanto, isso nos traz ao mesmo problema que já apontamos anteriormente: a discricionariedade

dados e programas de computador – apesar de seu caráter funcional –, enquanto para artigos de design, por exemplo, não há garantia de sua aplicação (visto que mesclam elementos estéticos e utilitários, como explicaremos no tópico 5.3.1).

Na mesma esteira, no campo das obras coletivas – de crescente relevância na Economia Criativa, como explicado nos tópico 2.8 e 5.1.3–, o exercício dos direitos morais se mostra um desafio, haja vista a participação de uma série de pessoas na sua produção.[604] A Norma brasileira tenta sanar esse problema, prevendo que cada participante da obra poderá proibir que se indique seu nome (art. 17, § 1º) e que, nas obras audiovisuais, cabe exclusivamente ao diretor exercer os direitos morais (art. 25). A legislação, portanto, não só deixa desprotegidos os demais participantes da realização do filme, como não estabelece diretrizes para sanar conflitos entre distintos titulares de direito moral sobre uma mesma criação – por exemplo, os direitos de ineditismo, integridade, modificação e retirar de circulação.[605]

Também a mudança nas figuras de autor e titular dos direitos, com a ascensão do artista-empresário e da empresa-artística (explicados no tópico 2.7), distintas da ideia de criação individual predominante até metade do século XX,[606] gera dúvidas quanto à aplicação dos direitos morais no cenário contemporâneo, bem como à não atribuição de tutela equivalente à propriedade industrial (em face de esta, de acordo com a visão

---

do Judiciário para definir o que é uma obra de maior ou menos valor artístico. Uma escultura de Jeff Koons, por exemplo, se enquadraria como belas-artes, bem de consumo ou ambos?

604 Werra (2015, p. 69) aponta a distinção feita pela Convenção de Berna ao falar em autores, no plural, quando trata de direitos patrimoniais (por exemplo, no art. 8), e autor, no singular, ao discorrer sobre direitos morais (art. 6 *bis*, supramencionado) – um individualismo que ele julga inadequado à Economia Criativa.

605 Por outro lado, Masiyakurima (2005, p. 414) argumenta que filmes – assim como outras obras coletivas – podem não representar a personalidade de nenhum único autor. Assumindo-se que assim seja, esse argumento apresenta um problema, na medida em que as jurisdições – como a brasileira, apontada acima – costumam atribuir os direitos morais ao menos a um ente, seja ele uma pessoa jurídica, o produtor ou o diretor. Em passagem posterior, Masiyakurima (2005, p. 423) adota um argumento de ordem pragmática, qual seja, de que o direito moral individual em obras coletivas (ou mesmo produzido individualmente, mas em sede de relação trabalhista ou de prestação de serviço) inviabilizaria futuras alterações à obra, o que, naturalmente, minaria sua utilização comercial (considerando-se que essa criação tenha uma utilidade para a empresa contratante, que pode querer modificação da obra para atingir tal fim). Também esse argumento traz um problema com o modelo atual: ou consideramos que o direito moral deriva da relação personalíssima da criação autoral, ou entendemos que pode ser moldado (isto é, não concedido ou inexecutável) quando a necessidade econômica assim o estabelecer. Rigamonti (2006, p. 365) nos cita um exemplo semelhante: uma decisão alemã que não reconheceu o direito de integridade do autor de *A história sem fim*, devido ao filme ter um final substancialmente diferente do livro (o que descaracterizaria a obra) – a justificativa para não aplicação do direito moral, no caso, foi o grande prejuízo econômico que o produtor do filme sofreria.

606 "O direito moral nasceu em contemplação ao artista (escritos, pintor, compositor) independente e solitário" (LUCAS-SCHLOETTER, 2015, p. 52, tradução nossa).

tradicional, estar desprovida de caráter personalíssimo). Conforme abordamos no tópico 5.1.3, há jurisdições que negam a garantia de tais direitos às pessoas jurídicas, ao passo que outras a aceitam,[607] e ainda outras, como o Brasil, têm posicionamento controverso.[608] Todavia, mesmo que exclusivos das pessoas físicas, inalienáveis e irrenunciáveis (art. 27 da Lei de Direitos Autorais), os direitos morais podem ser usados para reforçar interesses econômicos e corporativos, a despeito de sua fundamentação de ordem não pecuniária.[609] Por exemplo, o direito de integridade pode ser exercido (mesmo que pelo artista pessoa física, em prol da pessoa jurídica titular dos direitos econômicos) no caso de plágio de terceiro, de forma a se aumentar a compensação financeira pela violação.[610] Da mesma forma, o direito de retirada de circulação pode servir na hipótese de o autor receber uma proposta melhor para o licenciamento dos direitos econômicos.[611]

---

[607] De acordo com Rajan (2015, p. 242), também é o caso da Lei indiana, ao definir o produtor (potencialmente uma pessoa jurídica) como o autor de um filme, ao mesmo tempo em que atribui direitos morais ao autor.

[608] É interessante a argumentação adotada por Ruijsenaars (2015, p. 280) ao advogar pela atribuição do direito de integridade às empresas de transmissão audiovisual, cuja atividade envolveria também selecionar o repertório dos programas e escolher as técnicas apropriadas para sua melhor difusão, prestando um serviço para garantir a circulação dessas obras e manter a população devidamente informada. De certa forma, a descrição que ele faz das emissoras é semelhante ao ofício do artista.

[609] Ascensão (apud CARBONI, 2003, p. 67, nota 86): "[...] na cultura de consumo, e mais ainda nas obras utilitárias, como as obras publicitárias, as invocações de razões morais escondem quase sempre práticas oportunísticas. [...] A dignidade do direito de autor exige que não se permita que se escondam debaixo do véu 'moral' meras táticas de conseguir mais dinheiro". "As reivindicações dos direitos morais dos autores enfatizam seus interesses dignitários, mas, particularmente em nossa sociedade, o dinheiro e a dignidade estão intimamente interligados" (GINSBURG, 2017, p. 81, tradução nossa). Também: "O exercício de direitos morais pode assumir até importância econômica nas relações do autor com o editor" (GHIDINI, 2018, p. 172, tradução nossa). Em igual sentido, Masiyakurima (2005, p. 414, tradução nossa) relaciona os problemas dos direitos morais à "[...] comodificação da informação, que força titulares a depender de uma série de 'fachadas cosméticas', incluindo autoria individual, para reduzir os efeitos danosos de demandas concorrentes sobre titularidade e exploração de direito de autor/copyright". Em outra passagem (Ibidem, p. 428), relaciona o direito de atribuição aos interesses econômicos dos titulares da obra, na medida em que a autenticidade de uma criação eleva o seu preço (por exemplo, um quadro original de Picasso, com sua autora certificada, vale muito mais do que um sobre o qual se tenha dúvida). Assim, Torremans (2015, p. 49) relaciona a baixa eficácia dos direitos morais em algumas jurisdições ao fato de, muitas vezes, eles serem utilizados como último recurso em casos em que o autor sabe que não tem base para alegar direitos patrimoniais. Por sua vez, Rigamonti (2006, p. 377) cita o caso francês *Fantômes*, em que o autor do livro, mesmo tendo recebido uma quantia adicional para anuir com a mudança de tom da trama na adaptação cinematográfica, tentou, devido ao sucesso comercial do filme, fazer uso do direito de integridade para ser indenizado – o que foi negado em última instância.

[610] Lucas-Schloetter (2015, p. 72-73) cita um caso em que a Suprema Corte Suíça negou o direito moral de integridade, pois os autores teriam tentado usá-lo para obter retorno financeiro. Sucintamente, os autores haviam sido contratados por uma agência para criar o design gráfico de animais, a fim de serem usados para o lançamento do produto de um cliente da agência. A alegação do direito de integridade, portanto, se deveu às pequenas alterações realizadas pelo cliente (com quem os autores não haviam estabelecido uma relação contratual direta). Dessa forma, a Corte Suíça entendeu que a demanda dos autores visava, no fundo, a obter novas comissões da agência e do seu cliente.

[611] Ainda que haja poucos casos de exercício desse direito, o que faz dele uma espécie de legislação simbólica (RIGAMONTI, 2006, p. 363).

Decerto, os direitos morais não são absolutos: a Lei brasileira, por exemplo, seguindo a linha da Convenção de Berna, condiciona o direito de integridade e o direito de retirada de circulação a um prejuízo ou afronta à imagem ou reputação do autor (art. 24, IV e VI, respectivamente), da mesma forma que sujeita essa última prerrogativa e o direito de modificação à prévia indenização de terceiros (ou seja, o titular dos direitos econômicos), conforme o § 3º. Contudo, o dano à imagem/reputação é algo extremamente subjetivo de ser avaliado,[612] assim como a compensação financeira não parece ser grande limitação ao direito de retirada, caso este venha a ser usado devido a oferta comercial mais vantajosa para o licenciamento da obra.

Tais problemas nos fazem questionar, afinal, a quem os direitos morais favorecem. Para Landes e Posner (1989, p. 327), por exemplo, são economicamente contraproducentes para o autor, uma vez que o explorador dos direitos descontará do valor oferecido pela licença os custos referentes a eventual exercício de tais direitos.[613] Já para Davies e Garnett (2016, p. 34), tratando especificamente do caso britânico, as limitações previstas aos direitos morais naquele país (análogas às brasileiras) põem em dúvida a vantagem que trouxeram para os autores.[614] Por outro lado, a oposição das indústrias que comercializam obras autorais – como editores no Reino Unido (MCCARTNEY apud Ibidem, p. 34) e estúdios cinematográficos e emissoras nos Estados Unidos (Ibidem, p. 38)[615] – sugere que tais direitos podem, de fato, ser um instrumento de proteção dos autores.

A discussão acerca de ao serviço de quem os direitos morais se prestam na prática precisa considerar um terceiro grupo afetado por tais dispositivos, qual seja, a coletividade. Nesse sentido, as prerrogativas de anonimato (um dos aspectos do direito de

---

612 Por exemplo, há jurisprudência francesa no sentido de que uma continuação de "Os Miseráveis" violaria o direito de integridade de Victor Hugo, mesmo tendo aquela obra já caído em domínio público (RIGAMONTI, 2006, p. 370).

613 Esses autores analisam o direito de sequência, que, como falamos acima, tutela um aspecto mais patrimonial. Ainda assim, sua análise se aplica aos demais direitos morais. Em sentido contrário, Torremans (2015, p. 48) vê o direito moral de atribuição como um mecanismo utilitário para sanar uma falha de mercado, qual seja, a possibilidade de falsa atribuição de autoria.

614 Da mesma forma, para Rigamonti (2006, p. 400), a onda recente dos direitos morais reduziu a proteção dos autores nos Estados Unidos e falhou em aumentá-la no Reino Unido. Neste último caso, isso se deve ao fato de serem renunciáveis. Já nos EUA, os direitos morais aumentaram a proteção para um grupo de autores excepcionalmente pequenos (lembremos que lá tais direitos são previstos no nível federal apenas para as artes visuais), mas o escopo restrito do regime legal por lá afetou negativamente a maioria dos autores não cobertos pela Lei.

615 Para Rigamonti (2006, nota 207), a oposição da indústria cinematográfica estadunidense pode ser em parte motivada pela preocupação de que a regulação estatal dos direitos morais possa interferir no elaborado sistema de créditos, um aspecto importante da indústria do entretenimento daquele país.

atribuição), de promover ou impedir alterações à obra,[616] de conservá-la inédita e de removê-la de circulação, contrapõem os interesses do autor aos do público em geral, ausentes na fundamentação personalíssima dessa face do regime autoralista.[617-618]

Curioso que o interesse público seria justamente um dos elementos a justificar a atribuição de direitos morais ao criador de obra artística, científica ou literária, mas não ao de uma invenção,[619] marca ou desenho industrial. Isso porque o prejuízo coletivo em, digamos, não se poder aprimorar uma nova solução técnica (observados os direitos patrimoniais) ou de se poder retirá-la de circulação[620] seriam, a princípio, maiores do que qualquer interesse que seu criador tenha. No entanto, o mesmo não pode ser pensado de obras autorais? Por exemplo, é justo que sejamos privados do livro de um autor consagrado por, digamos, este ter se convertido para nova religião, cujos valores são incompatíveis com as ideias propagadas na obra?

Por outro lado, pode haver casos em que o atendimento a interesse de ordem não econômica de titular de direito de propriedade industrial não cause dano social tão distinto do que seria causado pelo exercício do direito moral de um autor. Imaginemos a hipótese de um titular de marca que resolve aprimorar a qualidade dos produtos aos quais ela se refere, visando a atingir um público mais sofisticado. A marca denota os valores e princípios da empresa, o que pode ser análogo à personalidade do criador de bem autoral,

---

616 Imaginemos Bansky (seja lá quem ele for) apagando um de seus grafites ou se opondo à derrubada da parede de um imóvel que ameaça cair, sobre a qual está uma de suas criações. Em igual sentido, para Chinellato (2008, p. 230), os direitos morais, quando transmitidos a herdeiros (na forma que já explicamos na nota 599), tornam-se direitos-deveres, que mais são um ônus do que um benefício para aqueles, na medida em que seu exercício passa a estar ligado à preservação do interesse de outrem – como aqui demonstrado, não apenas o autor, como também a sociedade.

617 Teilmann (2005, p. 86) critica o fato de a personalidade do autor ter se tornado o racional exclusivo de casos referentes a direitos morais, excluindo o interesse do público.

618 Da mesma maneira, pode-se argumentar que os direitos de atribuição e de integridade protegem o interesse público, na medida em que garantem a autenticidade da autoria e da obra, bem como sua conservação (LUCAS-SCHLOETTER, 2015, p. 52). Por outro lado, talvez os interesses da coletividade sejam melhor atendidos por normas de conservação do patrimônio e pela proibição de falsidade ideológica, uma vez que parece contraditório atribuir ao titular (no caso, o autor) direitos que, ao mesmo tempo em que atendem o interesse da sociedade (reivindicar a autoria e manter integridade da obra), também vão de encontro a ele (anonimato e modificação). Trataremos disso no próximo capítulo.

619 Observadas as ressalvas que já fizemos quanto ao direito de atribuição.

620 Pensemos no caso de uma invenção que possibilite nova forma de enriquecimento de urânio, por exemplo: algo que pode ser tanto benéfico (por viabilizar a energia nuclear, uma fonte limpa) como maléfico (a produção de bombas atômicas). Seu inventor poderia ter como motivação o uso para fins de produção elétrica, mas ser surpreendido ao ver sua criação ser usada também para interesses bélicos – o que afeta suas convicções pessoais e sua reputação, ao ser identificado como um dos responsáveis pelo desenvolvimento de armas de destruição em massa. Nos parece mais lógico, intuitivamente, que o interesse social em energia limpa superaria o interesse do inventor nesse caso.

conforme argumentamos anteriormente.[621] Se, para este, a Lei prevê a possibilidade de retirada de circulação de sua obra caso esta prejudique sua reputação (como supraexplicado), por que o titular de uma marca, da mesma forma, não pode exigir a devolução de produto que comprometa a imagem da empresa mediante prévia indenização dos consumidores?

A necessidade de sopesamento entre interesses do autor e da sociedade – estes ofuscados pela ideia de um vínculo personalíssimo entre criador e obra – revela outro problema contemporâneo dos direitos autorais: a adaptação ao entorno digital. Num meio em que as inovações tecnológicas permitem uma leitura mais ativa da obra – com alterações e adaptações pelo usuário, a exemplo da mixagem, conteúdos gerados pelo usuário (*user generated content*) e *fanfiction* (SIRINELLI, 2015, p. 159) – e em que a capacidade de cópia é infinita, os direitos de integridade, modificação e retirada de circulação parecem, de um lado, implicar com as novas possibilidades que a virtualidade traz e, de outro, se tornar inexequíveis.[622-623] Nessa mesma linha, o desenvolvimento da inteligência artificial leva a questionamentos quanto à atribuição não apenas de autoria (conforme abordamos no tópico 5.1.3), como também dos direitos morais, uma vez baseados na relação entre obra e personalidade do criador. Voltaremos as esses temas no tópico 5.2.4.

Os direitos morais, conforme vimos, surgiram ao longo do século XIX, refletindo de certa maneira uma visão romantizada da criação artística, o que lhes dá certo peso em face do interesse público oposto à sua execução, bem como explica sua ausência

---

621 Repetimos a lista de direitos de personalidade da pessoa jurídica para Bittar (1995, p. 13): honra objetiva, direito ao nome, à marca, e direitos morais sobre criações coletivas.

622 "A concepção extremamente individualista dos direitos morais de autor vem sendo denunciada por alguns criadores de multimídia como sério obstáculo à velocidade exigida no desenvolvimento dos produtos, uma vez que pode acarretar a inviabilização de projetos criativos, não apenas em virtude da alegada dificuldade na obtenção das diversas permissões dos autores das obras que irão compor a multimídia, mas também pelo fato – muito freqüente – de apenas um determinado autor não concordar com a inserção de sua obra, por questões de mero capricho pessoal, camufladas sob o discurso da defesa do seu direito moral de autor" (CARBONI, 2003, p. 151). Rajan (2015, p. 244) nos relata a situação peculiar da *Wikipédia*, a qual, para se adequar ao direito de atribuição, argumenta que mencionar a página como fonte de citação seria suficiente para o cumprimento de tal dispositivo – a rigor, cada colaborador da plataforma deveria ser mencionado. Isso nos chama a atenção para o que já discutimos aqui acerca da possibilidade de a pessoa jurídica ser titular originária de direitos autorais (incluindo morais): a *Wikipédia*, sendo uma forma de produção coletiva, não poderia ser considerada autora dos verbetes? Mencionaremos esse tema novamente no tópico 5.2.4.

623 Rosenmeier (2015, p. 11), citando Strömholm, chama a atenção para o fato de que as normas sobre direitos morais não refletem apenas fatores e desenvolvimentos econômicos, mas também mudanças conceituais e psicológicas. Dessa forma, à medida que a sociedade muda, a noção de direito moral também muda.

na propriedade industrial. No entanto, na nova realidade da Economia Criativa, são um dos aspectos que tornam os direitos autorais anacrônicos no cenário contemporâneo por serem opostos à forma atual de aproveitamento econômico das obras, e por atribuir-lhes o caráter de direitos de personalidade e direitos humanos. Analisaremos esses pontos no próximo tópico.

5.2 O anacronismo dos direitos autorais

5.2.1 O avesso dos direitos autorais

Nos Capítulos 3 e 4, observamos uma evolução dos direitos autorais, intensificando-se a forma de proteção, seja pela inclusão de novas obras no rol artísticas, pela não obrigatoriedade do registro, pelo aumento do espectro das práticas tuteladas sob o direito de exclusivo e pela ampliação do prazo dos direitos patrimoniais, como explicado anteriormente.

Ressalte-se que esse caráter protetivo se acentua como reação ao desenvolvimento de novas tecnologias. Isso por duas razões: primeiramente, novas mídias reduzem drasticamente os custos associados a criação, reprodução, difusão e modificação das obras intelectuais. Basta pensar no potencial criado pela internet (LESSIG, 2001, p. 8-9), o que resulta num receio do esvaziamento dos direitos de exclusivo garantidos por lei (Ibidem, p. 89).

Ademais, as novas tecnologias permitem ao titular de direitos autorais um controle que não seria antes possível. Por exemplo, fora do meio digital, é praticamente impossível para uma editora saber se um livro foi integralmente fotocopiado; para uma gravadora descobrir se a letra de uma música foi transcrita; ou para um estúdio cinematográfico ter ciência de que algum fã colou cartazes de filmes e imagens de seus personagens favoritos em locais à vista do público. Em todos esses casos, há violações a direitos autorais, mas que provavelmente nunca chegariam ao conhecimento de seus titulares. Contudo, no meio eletrônico a realidade é outra: os custos para identificar materiais que consistam em violações a direitos autorais é muito menor, havendo inúmeras maneiras de rastreá-los (LESSIG, 2001, p. 181-183).

No Capítulo 4, notamos também uma incorporação no regime autoral, pelo legislador brasileiro, da observância a interesses sociais tutelados constitucionalmente,

como o direito à informação, à cultura, à educação e ao conhecimento. Isso se deu tanto no estabelecimento de prazo para a exclusividade, como, posteriormente, de maneira mais explícita (ainda que modesta), nos debates parlamentares.[624]

Esses dois movimentos (intensificação da proteção e sopesamento em relação a outros interesses) nada mais são do que um desenrolar da concepção original do regime autoral, que, diferentemente do tratamento dispensado à propriedade industrial, como vimos, encontra mais relevância no caráter personalíssimo das obras e de promoção do conhecimento do que na sua exploração comercial.

No decorrer do último século, todavia, houve um movimento de aproximação entre atividades artística e econômica, conforme analisamos no Capítulo 2. Não apenas a arte passou a representar um mercado substancial, assumindo outras finalidades – entretenimento, especulação e publicidade –, como também se viu nascer toda uma indústria baseada em ativos intelectuais. Como abordado no Capítulo 4, esse fenômeno refletiu-se timidamente nas normas sobre o tema, permanecendo o legislador preocupado em ampliar o regime para tutelar aquela visão original da figura do autor. Contudo, por mais que tenha em foco o artista que cria fora de uma lógica de mercado, a extensão desse instituto acaba tendo por efeito a proteção dos agentes dessa nova realidade econômica, titulares dos direitos, tais como estúdios televisivos/cinematográficos, produtoras, gravadoras, editoras e galerias.

Nesse sentido, surge no regime autoral a existência concomitante de um direito e de seu avesso, nos moldes apontados por Comparato (2009, p. 8)[625] e Salomão Filho (2015, p. 134). Dessa forma, a escolha de qual desses direitos a ser aplicado acaba determinada pela prevalência de um interesse sobre outro, em geral, aquele imposto pelo poder

---

[624] Tais interesses, como vimos no Capítulo 2, estiveram também presentes na doutrina histórica e na edição dos primeiros diplomas franceses.

[625] "Em cada país há um direito oficial publicado, e há também um direito não oficial, encoberto aos olhares do exterior, e que regula os fatos atinentes à vida por assim dizer íntima da nação [...] Quando o direito oficial não se opõe aos seus interesses, ele é tido e proclamado como o único legítimo e em vigor. Basta, no entanto, surgir uma mínima contradição entre as normas, contidas na Constituição ou nas leis, e o poder que tais classes detêm e exercem efetivamente na sociedade, para que se abram automaticamente as portas de comunicação do direito oficial com o outro ordenamento, até então oculto, que legitima e consagra o *status dominii* tradicional. Em alguns casos, como será apontado mais adiante em matéria de resgate de escravos, a par do rígido direito oficial criou-se um direito costumeiro mais flexível e generoso. Foi por isso, aliás, que o sistema capitalista fixou, tão rapidamente, fundas raízes entre nós. É que uma das características principais do 'espírito' do capitalismo, não apontadas por Max Weber em seu célebre ensaio, [*Die protestantische Ethik und der Geist der Kapitalismus*, editado originalmente em 1904/1905] é a sua natureza camaleônica, a habilidade em encobrir os fatos reais com o manto da ideologia" (COMPARATO, 2009, p. 8-10).

econômico. Assim, o Direito age como um mecanismo de institucionalização do conflito oriundo da existência de múltiplos interesses na sociedade.[626]

Em igual sentido, Sádaba (2008, p. 259) diz que a propriedade intelectual (tanto no regime relativo às obras artísticas, científicas e literárias, como no tocante à propriedade industrial) é moldada numa perspectiva contratualista,e que, sob a pretensão de conciliar interesses públicos e privados, acaba por cristalizar o conflito existente entre eles.[627] Consequentemente, podemos percebê-la tanto como um direito do criador/titular sobre sua obra/invenção quanto como uma exceção à natureza pública do conhecimento (SALOMÃO FILHO, 2015, p. 129). A legislação admite ambas as leituras: é a prática quem ditará qual delas triunfará, pautada pelo interesse que se sobreponha ao outro.[628]

Pode-se argumentar que a propriedade intelectual não ensejaria, mas sim seria a única forma de equilibrar esses interesses díspares, ao remunerar o criador (no caso do regime autoral, também tutelando a relação personalíssima do criador com a obra) e, assim, promover o incentivo à produção, alcançando também a promoção do conhecimento, da informação e da cultura.[629] Isso porque as criações autorais são bens não rivais – ou, na terminologia de Ostrom e Ostrom (1977, p. 7-49), não *substraíveis* – e, por essência, de difícil exclusão. São não rivais pois não se esgotam pelo uso (ou seja, ao se "consumir" um

---

[626] A ideia de que a cada norma jurídica corresponde um interesse é antiga, remontando a Ihering (1946, p. 183). Salomão Filho e Calixto inovaram ao apontar que as leis não positivariam apenas um interesse, mas ao menos dois, sendo um o oposto do outro.

[627] De forma semelhante, Hesse (1990, p. 130), conforme mencionamos no tópico 3.1.3.

[628] Muitas vezes, o conflito existente tanto nos direitos autorais como na propriedade industrial é atribuído ao próprio desenvolvimento tecnológico, na medida em que possibilita novos usos dos bens intelectuais que violam os direitos atribuídos aos seus titulares (como é o caso das novas leituras no entorno digital, que mencionamos no tópico anterior e abordaremos com mais cuidado no tópico 5.2.4). Essa visão determinista, entretanto, ignora que qualquer nova tecnologia permitirá um leque de diferentes formas de utilização. A prensa mecânica poderia ser tanto um instrumento para difusão ampla de informações e, consequentemente, distribuição de poder, como para propaganda do Estado e, assim, dominação política (como vimos no Capítulo 3, o sistema de privilégios esteve associado a uma ideia de censura e controle da informação). Da mesma forma, novos bens intelectuais podem ser apropriados, criando novos mercados, ou compartilhados publicamente, possibilitando novas formas de leitura e produção do conhecimento. É dizer: é o regime legal quem define os espaços sociais de atuação das novas tecnologias, e não o contrário (SÁDABA, 2008, p. 254). Em igual sentido, Bowrey (1998, p. 1-36) contesta a ideia de Lehman de que o direito de autor/copyright teve que responder aos desafios criados pela prensa de Gutenberg. Para ela, na formulação de Lehman, o direito de autor/copyright é abstracionado e reificado, parecendo um bem em si mesmo. Voltaremos a esse tópico no capítulo seguinte.

[629] Carboni (2010, p. 178) traz uma terceira visão, segundo a qual a legislação buscaria estabelecer uma oposição entre autor e usuário – dizendo, também, que a Lei protege aquele, em detrimento deste último. Discordamos dessa opinião: conforme explicado, para nós, por mais que a norma traga um conflito inerente, não almeja criá-lo. Além disso, ainda que o discurso do direito autoral tenha se centrado sempre em torno da figura do autor, nos últimos dois capítulos evidenciamos uma série de momentos em que a doutrina e o legislador brasileiro expressaram sua preocupação com a outra ponta: o usuário. Isso não invalida, porém, a sugestão trazida por ele, no sentido de que a legislação de direito autoral passe a identificar melhor o usuário, tratando de diversas categorias (como alunos, professores, pesquisadores, acadêmicos etc.), em vez do conceito abstrato atualmente adotado (Ibidem, p. 180).

livro, por exemplo, lendo-o, o seu conteúdo não deixa de existir, mas sim se reproduz na memória do leitor), e de difícil exclusão devido à sua ubiquidade, podendo ser utilizadas em diversos locais distintos ao mesmo tempo – isto é, para se excluir o uso de, digamos, um romance, pode-se restringir o acesso aos livros físicos, mas isso não impedirá, faticamente, quem o tiver lido de reproduzi-lo em novos suportes ou mesmo oralmente.

Como explicamos anteriormente, quanto mais a tecnologia avança, mais fácil se torna de reproduzi-los, o que poderia prejudicar o incentivo à atividade produtiva. Uma forma de evitar que isso aconteça é criando mecanismos de gestão desses bens, sob a forma de exclusividade ou de propriedade.[630] Assim sendo, por meio de um instrumento jurídico, atribui-se um grau de exclusão às criações, de modo que seja possível impedir o uso não autorizado por terceiros, que não os detentores dos direitos sobre elas.[631]

Ocorre, no entanto, que essa alternativa apresenta alguns problemas. Na medida em que se garantem certos direitos de exclusividade, alguém que queira criar uma nova obra tem que se certificar de que não está infringindo os direitos de nenhum outro indivíduo, o que, obviamente, representa custos de transação (o que Landes e Posner (1989) chamaram de custos de rastreamento, como mencionamos no tópico 5.1.5). Dessa forma, o incentivo a novas criações é ameaçado não pela ausência de direitos sobre a obra; pelo contrário, justamente por uma proteção excessiva. Incorremos no que se chama tragédia dos anticomuns (HELLER, 1998, p. 60), em referência à problemática concebida por Hardin (1968, p. 1.243-1.248). No modelo proposto por esse biólogo, o livre acesso a bens rivais (ou *substraíveis*) e com baixo potencial de exclusão, regulados sobre o regime de bens comuns, leva a uma utilização ineficiente desses recursos e a uma tendência para seu uso excessivo. No caso dos anticomuns, o problema também reside num nível ineficiente de utilização dos bens, mas pelo motivo oposto: vários agentes detêm o direito de excluir a utilização por terceiros de determinado recurso.[632]

---

[630] Como explicamos nos capítulos precedentes, a doutrina (bem como a legislação, apesar dos exemplos contrários mais recentes, sobre cujas razões conjeturamos anteriormente) evoluiu no sentido de recusar a natureza de propriedade aos direitos autorais, em especial devido à existência de um prazo para a exclusividade, bem como o caráter ubíquo das obras artísticas, científicas e literárias. Para uma discussão mais aprofundada entre autores contemporâneos, ler Lahorgue Nunes (2011, p. 47) e Basso (2008, p. 39-41). De outro lado, nos países de *common law*, até hoje se trata o copyright expressamente como propriedade, conforme nota 268.

[631] Análise semelhante encontramos em Benkler (apud CARBONI, 2010, p. 105).

[632] Lessig (2001, p. 4) nos descreve como um diretor precisa "limpar (*clear*) direitos" no processo de produção de um filme, a fim de evitar violações a outros direitos de propriedade intelectual, que vão desde os direitos sobre a trama até os direitos sobre objetos e marcas que apareçam no set.

Não podemos ignorar, contudo, que há uma distinção substancial entre as obras artísticas, científicas literárias e os bens sujeitos à tragédia dos comuns (e dos anticomuns). De fato, as criações intelectuais são de difícil exclusão, como já explicamos neste tópico. Porém, diferentemente dos bens tradicionalmente sujeitos ao regime dos comuns, as criações autorais carecem de rivalidade: o uso por um indivíduo não reduz o uso dos demais.[633] Pelo contrário: não apenas a utilização não esgota uma criação, como também lhe agrega valor (SÁDABA, 2008, p. 215), na medida em que outras obras podem ser concebidas com base naquela, ampliando-lhe o alcance e as possibilidades de leitura (conforme exploraremos mais no tópico 5.2.4).[634]

Em suma, no que diz respeito aos direitos autorais, temos primeiramente um duplo conflito. Esse regime traz (como abordamos *supra*) uma oposição entre os interesses individuais do criador contra: (i) os interesses coletivos da sociedade (existente também na propriedade industrial); e (ii) os interesses econômicos dos titulares dos direitos de exclusividade.[635] Ademais, como explicamos no tópico 2.7, na atual Economia Criativa, a inserção da arte numa lógica de mercado possibilitou o surgimento das figuras do artista-empresário e da empresa-artística, que concentram o papel tanto de autor[636] como de titular dos direitos. Dessa forma, observamos um terceiro conflito: entre os interesses econômicos do autor/titular e o acesso da população às obras.

Ocorre que, conforme demonstramos nos Capítulos 3 e 4, o regime autoral foi elaborado tendo-se em vista a proteção de uma realidade que já não mais predomina – qual seja, a relação personalíssima entre o autor individual e sua obra. Assim sendo, a utilização desse instituto, da forma como hoje é regulado, para disciplinar o aspecto comercial resulta numa aplicação do seu avesso, o qual tende a nos levar para o cenário proposto na tragédia dos anticomuns, explicada anteriormente.

---

633 Liebowitz (2005, p. 44) nos explica o paradoxo econômico da boa precificação dos bens não rivais: uma vez que o consumo não os esgota, o seu uso mais eficiente ocorre quando o usuário precisar pagar apenas o custo de reprodução, mas para isso o *mark-up* teria de ser igual a zero, pois só haveria custo de reprodução e não de pagamento ao criador do bem, não havendo, por conseguinte, incentivo à sua produção. Nesse sentido, Liebowitz argumenta que não há mecanismo prático que permita uma produção de quantidade ideal de bens intelectuais em relação ao número de reproduções, pois cobrar um *mark-up* positivo gera divisas para o criador, incentivando a produção, mas desestimula o consumo mesmo por quem teria condições de pagar pelo bem.

634 Interessante notar que muitos desses argumentos já se observavam na doutrina clássica, conforme explicamos no Capítulo 3.

635 Conflito este que, como vimos nos Capítulos 3 e 4, foram considerados tanto pela doutrina como pelo legislador nacional em diversos momentos.

636 Ressalvadas as considerações que já fizemos acerca da atribuição de autoria às pessoas jurídicas (vide tópico 5.1.3).

A existência desse avesso ao direito autoral – ou seja, a tutela dos interesses comerciais, enquanto o discurso oficial se constrói em torno principalmente da proteção do autor individual e do usuário das obras – se revela mais problemática quando analisamos o tratamento desse instituto como direito de personalidade e direito humano. Discorreremos sobre essa questão nos dois tópicos seguintes.

5.2.2 Direitos autorais como direitos de personalidade

Antes de iniciarmos a crítica que enseja este tópico, é importante notar aqui que pouca ou nenhuma diferença faz a questão de se os direitos de personalidade – assim como os direitos humanos, de que trataremos no tópico seguinte – decorrem da própria condição de ser humano ou se dependem de declaração nesse sentido. Poder-se-ia argumentar que, se de fato prescindem de positivação e se os direitos autorais têm status de direitos de personalidade (ou de direitos humanos, como veremos adiante), seria irrelevante considerá-los juridicamente dotados de uma natureza ou de outra, sendo igualmente desnecessário o presente tópico (bem como o próximo item), ao apontar as desvantagens dessa equiparação. Todavia, conforme veremos a seguir, considerar determinado direito como sendo de personalidade (ou direito humano, a ser abordado adiante) pouco diz a respeito da extensão de sua aplicação da relação que terá com outros direitos dotados do mesmo status (na maior parte das vezes, contraditórios). Além disso, se for verificado que determinados (ou mesmo todos) direitos de personalidade e direitos humanos causam mais danos do que os benefícios que trazem, a solução, naturalmente, seria ignorar sua existência (KENNEDY, 2002, p. 106).[637]

---

[637] A respeito da importância da discussão acerca da natureza dos direitos autorais, seguimos o entendimento de Lahorgue Nunes (2011, p. 40, grifos nossos): "O estudo da qualificação de um instituto jurídico, embora muitas vezes possa parecer uma discussão estéril, apresenta-se fundamental para que sejam identificadas as suas características e limites e compreendidas as suas funções, além de auxiliar no exercício de interpretação do regime jurídico que ao modelo analisado se aplica. ([Nota de rodapé] Embora a utilidade da natureza jurídica do direito autoral seja questionada por alguns autores, é a mesma importante elemento ou, ao menos, o ponto de partida para que se descubra qual a função a ser desempenhada por tal instituto). [...] *um instituto jurídico não é algo vazio de valor intrínseco ou uma carcaça a ser preenchida pelos interesses de quem se encontra no poder de determinar-lhes a 'função da vez'*. Ao contrário, ele é criado ou desenvolvido no seio de uma sociedade, com motivação e história próprias, sendo, por vezes, mas não necessariamente, positivado". Quanto ao termo grifado acima, vemo-lo com certo ceticismo. De fato, um instituto jurídico não é uma "carcaça vazia" a ser preenchida pelos interesses que convierem. Ainda assim, conforme analisamos, costumam positivar interesses antagônicos, podendo ser aplicados tanto na orientação de certo princípio como sob o princípio diametralmente oposto.

Como expusemos nos Capítulos 3 e 4, os direitos autorais surgiram como uma inovação em relação ao sistema de privilégio (concedido pelos Estados Nacionais aos comerciantes das obras, em consonância com os princípios mercantilistas vigentes), em meio ao movimento iluminista de reconhecimento das liberdades individuais. Dessa forma, tendo-se em mente a figura do artista que expressa seu "espírito" por meio da criação, foi uma questão de tempo para que se atribuísse ao regime autoral o status de direitos de personalidade, diferenciando-os em relação à propriedade industrial. Ocorre que, conforme abordamos no Capítulo 2, a partir do século XX, arte e indústria se aproximaram, pondo em xeque a divisão entre os dois grandes regimes da propriedade intelectual, além de criar dúvida acerca de qual dos institutos deveria se aplicar em casos concretos. Temos aí, portanto, o primeiro problema de tratar os direitos autorais como direitos de personalidade, na medida em que afastam esse regime daquele destinado às marcas, patentes e desenhos industriais.

Ademais, conforme também abordamos no Capítulo 2, a contemporaneidade aproximou arte e mercado, levando ao surgimento da Economia Criativa, fundada no comércio de bens intelectuais. Em sentido análogo, Comparato (2010, p. 36) diz que a realidade capitalista reificou o ser humano. Segundo o jurista (COMPARATO, 2013, p. 56), vivemos numa sociedade cada vez mais despersonalizada, "um mundo de organizações artificiais sem nome, nas quais desaparece inteiramente a figura humana". Prova disso seria o desenvolvimento das sociedades por ações, "uma das principais criações do engenho mercantil capitalista" (Ibidem). Pois bem, de um lado, os próprios direitos autorais são também um instrumento jurídico forjado no seio dos ideários iluministas. São, desde sua origem, direitos do homem como ser individual, criados como base da liberdade de comércio que então se almejava (Ibidem, p. 64) – ainda que, conforme já abordamos nos capítulos anteriores, essa liberdade se voltasse mais para os titulares dos direitos (em oposição aos monopólios garantidos pelo sistema de privilégios durante o período absolutista/mercantilista), dado que se esperava dos autores um distanciamento em relação ao mercado. De outro lado, tais direitos somam-se à realidade das sociedades empresariais, especialmente na figura das obras coletivas, como explicado no tópico 5.1.3. Cada vez menos representam o fruto do trabalho do artista individual, da expressão de sua identidade, para serem confeccionadas em escala industrial, por inúmeras mãos, mas cujos

direitos (ao menos os patrimoniais, que adquirem maior relevância) concentram-se nas mãos da pessoa jurídica (REMÉDIO MARQUES, 2003, p. 309-310).[638]

É inegável que o acesso ao Judiciário demanda recursos. Considerando-se as desigualdades econômicas, tão fortes na realidade brasileira, é nítido que aqueles que puderem arcar com custos maiores (por exemplo, na contratação dos melhores advogados) conseguirão melhor proteção judicial de seus direitos.[639] Assim sendo, é possível que o tratamento dos direitos autorais como direitos de personalidade acabe privilegiando não os pequenos artistas e cientistas, mas sim as grandes corporações, as quais dispõem de maior capacidade financeira para recorrer a tal sistema de proteção.

Além do afastamento em relação ao regime da propriedade industrial e da questão de quem será favorecido, identificamos mais um problema no enquadramento dos direitos autorais como direitos de personalidade, devido às divergências existentes em cada um desses institutos.

Desde longa data, a doutrina vem identificando o fundamento dos direitos de personalidade no princípio da dignidade humana (VENOSA, 2014, p. 182), positivado no art. 1º, III, da nossa Constituição Federal. De fato, quando pensamos nos direitos à vida, à integridade física, à honra, à imagem, à privacidade, ao nome, associamos imediatamente como cerne de sua proteção com a ideia de que o homem é um valor em si mesmo, que merece, portanto, ser tutelado (AMARAL, 2014, p. 305). Todavia, quando tratamos de direitos morais de autor, parece forçoso basear sua proteção no princípio mencionado. Afinal, que grave dano à condição de ser humano podemos observar numa violação ao direito de atribuição, ou a modificações não autorizadas pelo autor na obra original?

Nesse sentido, a doutrina classifica os direitos morais de autor no grupo de direitos de personalidade cujo objetivo é a tutela da integridade intelectual (CHINELLATO, 2008, p. 94; AMARAL, 2014, p. 326). Observe-se, no entanto, que os objetos dos direitos à integridade intelectual são a liberdade de expressão e o direito à informação (positivados no art. 5º, IX e XIV, respectivamente, da Constituição Federal).

---

638 Independentemente da discussão acerca de autoria por pessoa jurídica, explicada anteriormente.

639 Um paralelo pode ser traçado com o estudo desenvolvido por Portugal Gouvêa (2013, p. 454) acerca da apropriação dos direitos econômicos e sociais por meio dos mais ricos, ao qual voltaremos no tópico seguinte. Em igual sentido, na pesquisa descrita no capítulo anterior, presenciamos, em alguns debates legislativos, a discussão acerca da dificuldade de acesso à justiça por parte dos pequenos artistas, fazendo que o regime autoral, no fim, privilegiasse apenas os grupos econômicos que adquiriram a titularidade sobre os direitos.

Consistem, portanto, no direito inviolável de livremente construir e expressar sua formação cultural, educativa e moral, as quais são, sem dúvida, componente essencial da personalidade do indivíduo. Os direitos autorais, consequentemente, podem apenas ser uma decorrência do direito à integridade intelectual, mas não seu objeto, uma vez que a violação à obra não incorrerá num dano ao substrato psíquico de seu autor, que permanecerá inatingido.

Se observarmos as hipóteses em que se consideram interferências de terceiros na obra como violação aos direitos morais de autor, constatamos que, em sua maioria, elas estão fundadas na lesão a outros direitos de personalidade, como a honra e o nome. É dizer, por que se proíbe a omissão do nome de um autor em sua obra, ou sua inclusão em obra que não criou?[640] Naturalmente, por uma violação ao direito do nome e, conforme o caso, lesão à sua honra, caso a omissão ou inclusão afete sua reputação. Da mesma forma, como explicamos no tópico 5.1.7, a Lei de Direitos Autorais condiciona o direito de integridade e de retirada de circulação aos casos em que se possa atingir a reputação, honra ou imagem do autor (art. 24, IV e VI). Não fosse assim, não teria a Lei de Direitos Autorais permitido paráfrases e paródias que não impliquem em descrédito à obra (art. 47).

De igual maneira, os direitos de publicar uma obra anonimamente (art. 5º, VIII, "b") e de conservar a obra inédita (art. 24, III) nada mais são do que uma expressão do direito à privacidade.[641]

Nesse sentido, observa-se que não há real necessidade de positivação de mais um direito de personalidade, cujos casos de violação já são tutelados por outros direitos personalíssimos.

---

640 Excluindo-se desta análise a tutela do interesse coletivo, como mencionamos anteriormente.

641 Mesmo nos países de *common law*, onde não há reconhecimento de direitos de personalidade, antes da introdução tardia (e incompleta) dos direitos morais, os interesses do autor tipicamente previstos nestes eram tutelados por outros mecanismos. Por exemplo, segundo Goldstein (2015, p. 298-299), nos Estados Unidos, na ausência de direitos de integridade e ineditismo, são os direitos econômicos de adaptação e distribuição que protegem os interesses morais do autor. Da mesma forma, diz que os interesses garantidos pelo direito de ineditismo estão profundamente enraizados nas normas de privacidade, que são mais antigas, mais amplas e mais consolidadas do que o direito moral. Goldstein chama ainda a atenção para o fato de que, no entorno digital, a tendência de haver normas mais rigorosas de proteção à privacidade (o que de fato tem se verificado, como a entrada em vigor do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados da União Europeia – o chamado GDPR – e a aprovação da Lei Geral de Proteção de Dados – Lei 13.709 – pelo Congresso Brasileiro, ambos em 2018) deve levar ao fortalecimento da tutela dos interesses morais dos autores. Curioso também que Goldstein prefira atribuir a esses interesses e direitos o termo "dignitário" (*dignitary*) a moral, o que nos remete ao fato de que estão ligados à dignidade humana, um direito de personalidade previsto em nosso país.

Mais ainda, mesmo nos direitos morais de autor, está presente certo grau de disponibilidade. Claro que se admite a possibilidade de se estabelecerem relações contratuais com base nos direitos de personalidade (VENOSA, 2014, p. 182), como a exposição da privacidade em *reality shows*, ou a cessão de direitos de imagem e de voz para anúncios publicitários. Da mesma forma, a doutrina já de longo tempo faz distinção entre os direitos de personalidade em sentido forte, que não aceitam a permuta dos bens tutelados por dinheiro – como o direito à vida –, os direitos de personalidade em sentido fraco, que, dentro de certas regras, podem ser objeto de negócios patrimoniais – como o direito à integridade corporal –, e os direitos de personalidade patrimoniais, que representam um valor econômico, sendo avaliáveis em dinheiro e podendo ser negociados no mercado – como o direito ao nome, à imagem e os direitos intelectuais (CORDEIRO, 2007, p. 106).

De tão óbvia, não chega a ser necessário discorrer sobre a incompatibilidade de tal classificação com o regime das obras artísticas, científicas e literárias, na medida em que ela compreenderia a existência de direitos autorais de cunho moral, os quais, ao mesmo tempo, seriam também patrimoniais para fins dos direitos de personalidade

Em suma, conforme constatamos neste tópico, os direitos autorais apresentam divergências substanciais diante dos direitos de personalidade, como na impossibilidade de se falar no princípio da dignidade humana como cerne de proteção daquele regime, bem como na impropriedade de se basear os direitos autorais na tutela da integridade intelectual. Além de tais incompatibilidades, todavia, observamos a existência de mais um problema no enquadramento dos direitos autorais como direitos de personalidade: o conflito com outros direitos de personalidade.[642]

É do senso comum imaginar que, quanto maior o rol de direitos de personalidade, mais garantias políticas e sociais teremos. Essa visão, contudo, esbarra em, ao menos, um problema: a positivação pouco diz sobre qual a extensão desses direitos no ordenamento e qual sua relação com os outros direitos tutelados. Ou seja, apenas se está "inflando" a lista de garantias, sem se preocupar com a forma como serão executadas.

---

642 O tema é explorado com maior detalhamento por Chinellato (2008, p. 231-251).

Em parte, isso decorre da visão positivista[643] de voltar-se o Direito a si mesmo, é dizer, da ideia de que as discussões acerca de valores ou princípios não dizem respeito ao jurista. Em seu lugar, o Direito torna-se um sistema fechado, cuja interpretação passa a ser pautada primordialmente pelo recurso à analogia e pela demonstração lógica, os quais seriam capazes de resolver todas as situações da vida social (SALOMÃO FILHO, 2012, p. 534).

Na prática, esse "esvaziamento" do Direito deixa-o à mercê da interpretação de outras ciências que se proponham a explicar a finalidade de suas normas e abre caminho para que a determinação dos rumos da organização da sociedade se dê a partir de poderes sociais, especialmente o poder econômico. Como resultado: (a) as relações sociais e os interesses envolvidos nas normas jurídicas deixam de ser preocupação do operador do Direito e passam a ser definidos pela lógica de mercado;[644] e (b) o Direito assume postura meramente compensatória, não mais influindo nas estruturas econômicas.

Ao se alargar a lista de direitos de personalidade positivados, cria-se um rol de garantias que, em essência, conflitam entre si, sem indicações claras de como conciliá-las (ou limitá-las). Nem o Direito Positivista aceita imiscuir-se com a base social relativa aos valores tutelados,[645] nem a resposta jurídica é suficiente para harmonizá-los. Tornam-se capazes, na leitura de cada norma, interpretações completamente díspares, ora privilegiando-se determinado princípio, ora voltando-se para outro, na forma que explicamos no tópico anterior. Em vez de identificarem-se os interesses envolvidos na lei e na sua aplicação (SALOMÃO FILHO, 2012, p. 544), permite-se que a influência do poder econômico determine o princípio preponderante. Do mesmo modo, os direitos de

---

643 Especialmente a partir do positivismo dogmático, a exemplo dos pandectistas, como Windscheld, encontrando seu ápice na Teoria Geral do Direito proposta por Kelsen. Nesse sentido: Salomão Filho (2012, p. 534).

644 Em sentido semelhante, Fiss (1986, p. 5-7) critica os pressupostos do *Law and Economics* de relativização de todos os valores, reduzidos a meras preferências individuais, e de que Direito teria apenas duas funções: propiciar condições necessárias para que haja transação e corrigir falhas de mercado, eliminando custos de transação.

645 Comparato (2010, p. 38) critica o relativismo de valores proposto pelo Positivismo: "[S]e o homem não cria valores do nada, não é menos verdade que a avaliação dos bens da vida varia enormemente. [...] Existe também, necessariamente, em toda sociedade organizada, uma hierarquia a ser considerada, dentro de cada série positiva ou negativa: há sempre bens ou ações humanas que, objetivamente, valem mais que outros, como obstáculo ao desenvolvimento da personalidade humana".

personalidade acabam focando-se apenas na figura do detentor de direitos, estimulando o conflito entre indivíduos, em detrimento de uma resposta cooperativa.[646]

No que diz respeito aos direitos autorais, tal como já explicamos, há uma gama de interesses envolvidos – muito além do que a remuneração do titular dos direitos patrimoniais sobre a obra –, a exemplo do acesso à cultura, ao conhecimento e à informação, do desenvolvimento artístico e científico, como também do direito à educação. Elevar os direitos autorais ao status de direitos de personalidade, sem apontar os parâmetros para equilibrá-los com outros interesses tutelados, é dar carta branca para que o Judiciário o faça, no que incorrem os problemas já apontados: apropriação dos direitos de personalidade por grandes grupos econômicos e individualização dos direitos coletivos, sem que haja a identificação dos interesses envolvidos por trás das normas relacionadas.

Assim sendo, encontramos quatro grandes problemas em se tratar os direitos autorais como direitos de personalidade – movimento que, como observamos, vem se estendendo na doutrina e entre os legisladores desde o século XIX. São eles: (i) o distanciamento em relação ao regime da propriedade industrial; (ii) o uso desse instituto para tutelar os titulares dos direitos (em geral, grandes corporações), em vez do autor individual; (iii) a existência de diferenças em relação aos demais direitos de personalidade; e (iv) o conflito com outros direitos de personalidade.[647] Como veremos no tópico seguinte, alguns desses custos também se fazem presentes no tratamento dos direitos autorais como direitos humanos, fenômeno que também encontra acolhida entre os juristas e o legislador, conforme explicamos nos Capítulos 3 e 4.

5.2.3 Direitos autorais como direitos humanos

Os direitos autorais estão positivados como direitos humanos no plano internacional desde 1948 por meio do art. XXVII da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. De igual maneira, o legislador constituinte de 1988 elencou-os no rol de

[646] Kennedy (2001, p. 112-113) faz a mesma crítica no tocante aos direitos humanos, de que trataremos adiante.

[647] A estes problemas, some-se as dificuldades que são criadas a partir do desenvolvimento da inteligência artificial, tal como mencionado nos tópicos 5.1.3, 5.1.7 e 5.2.4.

direitos fundamentais do art. 5º (incisos XXVII e XXVIII), conforme mencionamos no tópico 5.1.4.[648]

Tal tratamento se justificaria por duas razões. Primeiramente, pelo reconhecimento de um aspecto moral neles, que os configuraria como um direito personalíssimo, conforme explicado no tópice anterior. Em segundo lugar, por serem uma espécie de propriedade. Esse último argumento, contudo, apresenta dois aspectos controversos. Por um lado, conforme já explicamos, a doutrina não é unânime em reconhecer que o regime dos direitos autorais é equivalente ao regime dos direitos de propriedade,[649] pelos motivos já abordados (em especial, pela existência de uma vertente moral, pela ubiquidade e pelo lapso temporal da proteção).[650] Por outro, existe certo desconforto em se tratar os direitos de propriedade como direitos humanos, ainda que também tenham sido protegidos pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (mencionada acima), em seu art. XVII.

A despeito de tal controvérsia, o tratamento dos direitos autorais como direitos humanos tem sido reiteradamente defendido pela doutrina (BARBOSA, 2003, p. 125), tal como explicamos no Capítulo 3, e confirmado em cortes de distintos países. Um exemplo claro disso foram três decisões,[651] datadas de 2005, do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, nas quais se entendeu que tanto o direito autoral quanto a propriedade industrial estariam abrangidos no conceito de propriedade protegido pelo art. 1º do Protocolo nº 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

---

[648] Para alguns autores, como José Afonso da Silva (2001, p. 180), não há diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos. Já para outros, como Comparato (2010, p. 71) e Marçal Justen (apud LAHORGUE NUNES, 2011, p. 57), os direitos fundamentais seriam "um conjunto mínimo de garantias de que dispõe o indivíduo em um estado democrático social de direito", enquanto os direitos humanos são "postulados em bases jusnaturalistas, contam com índole filosófica e não possuem como característica básica a positivação numa ordem jurídica particular".

[649] Apesar de ser uma corrente minoritária, ainda hoje encontramos autores que defendem a configuração de propriedade aos direitos autorais no Brasil. Nesse sentido, Basso (2008, p. 39-14): "[O] direito do autor é uma modalidade especial de direito de propriedade. [...] a proteção constitucional do direito do autor nos leva a entender que sua natureza jurídica pertence à noção clássica de direito real-patrimonial, porque o art. 5º, inciso XVII, da CF não faz referência ao conteúdo moral, personalíssimo, notadamente, ao direito de paternidade da obra". Já em relação ao copyright, aceita-se a atribuição dessa natureza jurídica, como explicamos na nota 268.

[650] Na literatura contemporânea, Chinellato (2008, p. 83-85) lista outras diferenças dos direitos autorais em relação à propriedade clássica: (i) a distinção entre corpo mecânico e corpo místico; (ii) as formas de aquisição da titularidade; (iii) o não cabimento de usucapião; e (iv) diferentes regras de partilha matrimonial.

[651] Os casos em questão são *Anheuser-Bush Inc. v. Portugal*, *Dima v. Romania* e *Melnychuk v. Ukraine*. Para uma leitura mais detalhada, recomendamos: Helfer (2008).

Não obstante, enfrentamos hoje o problema da apropriação dos direitos humanos. Assim como observamos em relação aos direitos de personalidade (supramencionados), imaginamos que, ao elencarmos mais liberdades políticas, econômicas e sociais, asseguramos que sua aplicação ocasionará a redução de desigualdades econômicas e a proteção dos interesses das minorias sociais. Esses resultados, contudo, não necessariamente se verificam. Isso porque, muitas vezes, os direitos humanos acabam sendo apropriados por grupos sociais dominantes, seja no discurso, seja na sua aplicação.

Segundo Portugal Gouvêa (2013, p. 454), os direitos econômicos e sociais são capturados pelos mais ricos, tanto no Brasil como em nível global, devido principalmente a duas causas. Primeiramente, temos o fato de que o acesso ao Judiciário demanda recursos, conforme já discorremos acima. Considerando-se as desigualdades econômicas, aqueles que puderem arcar com custos maiores (por exemplo, na contratação dos melhores advogados, semelhante ao que falamos anteriormente acerca dos direitos de personalidade) conseguirão melhor proteção judicial de seus direitos.[652] Em segundo lugar, existe uma tendência de os magistrados interpretarem os direitos econômicos e sociais como direitos individuais em vez de coletivos. Consequentemente, a aplicação dos direitos humanos acaba sendo mais danosa aos mais pobres, não atingindo seu propósito distributivo.[653]

Transpondo-se esse problema da apropriação para o cenário contemporâneo do mercado de obras intelectuais, vemos que o tratamento dos direitos autorais como direitos humanos (assim como ocorre com a equiparação aos direitos de personalidade, abordados anteriormente) acabará privilegiando as grandes corporações, e não os pequenos artistas e cientistas.[654] Dessa forma, utilizaremos não apenas o discurso dos direitos humanos, mas

---

[652] Entendemos que o primeiro aspecto não se limita à garantia de direitos sociais e econômicos, dizendo respeito também às liberdades civis e políticas.

[653] Em sentido semelhante: "Os direitos humanos apresentam problemas de participação e procedimento (*participation and procedure*), em detrimento da distribuição, legitimando implicitamente as distribuições existentes de riqueza, status e poder nas sociedades, uma vez que os direitos foram legislados, a participação formal no governo alcançada e os remédios institucionais para as violações fornecidas. Por mais útil que dizer 'meu direito' seja para extrair as coisas do Estado, essa forma não é boa para extrair coisas da economia, a menos que você seja um detentor de propriedade. De fato, uma prática de reivindicações de direitos contra o Estado pode enfraquecer ativamente a capacidade das pessoas de contestar arranjos econômicos" (KENNEDY, 2001, p. 109, tradução nossa).

[654] "As tentativas de apresentar os direitos à propriedade intelectual como direitos humanos inalienáveis são também altamente dependentes na mitologia da propriedade intelectual, isto é, dependem de uma visão de um gênio transformador cuja contribuição para a sociedade merece reconhecimento especial e proteção. Tais tentativas parecem menos convincentes quando comparadas à natureza comercial de muitas obras autorais e quando colocadas no contexto da difundida titularidade por empresas e a

todo seu aparelho de execução (incluindo as cortes de cada país e tribunais internacionais) para defender os interesses de empresas, as quais, obviamente, dispõem de maior capacidade financeira para recorrer a tal sistema de proteção.

Não à toa, o próprio Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, em decisão supracitada (*Anheuser-Busch Inc. v. Portugal*), reconheceu o status de direitos humanos aos direitos de propriedade intelectual de titularidade de uma empresa, sem se atentar para as contradições e perigos que tal interpretação enseja (conforme explicamos neste tópico) – os quais, todavia, não passaram despercebidos pela doutrina (HELFER, 2008, p. 4).

A nosso ver, a inclusão dos direitos autorais no rol dos direitos humanos parece mais uma iniciativa para a padronização no nível internacional das regras que disciplinam as obras intelectuais, artísticas e científicas, o que já se tentou pela Convenção de Berna e pelo Acordo TRIPS.[655] Não que a unificação em si seja negativa; mas que seja feita expressamente, nos instrumentos adequados – a fim de que se analisem os interesses envolvidos –, e não por meio da positivação de mais direitos humanos.

Ademais, o reconhecimento dos direitos autorais como direitos humanos dificulta eventuais alterações legislativas para contornar seus problemas de adaptação à nova realidade da Economia Criativa (por exemplo: a tutela dos interesses das corporações titulares de direitos, em sentido avesso ao discurso de proteção do artista individual, abordada no tópico 5.2.5; a distinção em relação à propriedade industrial; e a incompatibilidade com a cultura digital, de que trataremos no tópico seguinte, incluindo a possibilidade de criação pela inteligência artificial, como vimos nos tópicos 5.1.3 e 5.1.7). Primeiramente porque torna um tabu qualquer discussão em torno de tais direitos. Em segundo lugar, a identificação dos direitos autorais com os direitos de propriedade (conforme vimos, um dos motivos que levaria os direitos autorais a serem considerados direitos humanos) aproxima-os de um regime que cada vez menos atende ao cenário contemporâneo dos bens intelectuais.[656]

---

administração coletiva de direitos de propriedade intelectual" (BURREL, 2009, p. 209, tradução nossa). Em seguida, o autor estabelece uma relação entre a proteção da propriedade intelectual como direito humano inalienável e a vontade de impedir que países em desenvolvimento desapropriem direitos de propriedade intelectual estrangeiros para atingirem seus objetivos econômicos (Ibidem).

655 Em igual sentido: "Na história moderna, esse movimento unificador tem sido claramente impulsionado, de um lado, pelas invenções técnico-científicas e, de outro lado, pela afirmação dos direitos humanos" (COMPARATO, 2010, p. 51).

656 A esse respeito, conforme explicamos no Capítulo 3, existem três razões principais que causam desconforto no enquadramento dos direitos autorais como uma forma de propriedade: (a) a existência de

Além disso, tal equiparação nos traz outro problema: reconhece-se, em relação aos bens intelectuais, um monopólio, ainda que temporário.[657] Considerando-se a desigualdade social marcante na história econômica brasileira, bem sabemos que os monopólios servem à manutenção de uma posição dominante de mercado[658] e concentração da renda (SALOMÃO FILHO; FERRÃO; RIBEIRO, 2006).[659] Dessa forma, ao tratarmos os direitos autorais como direitos de propriedade e direitos humanos, corremos o risco de utilizar essas garantias fundamentais, mais uma vez, não em benefício das minorias, mas sim em prol daqueles que visam a manter seu poder econômico.

Ademais, assim como ocorre com os direitos de personalidade (tal como analisamos acima), a expansão do rol de direitos humanos tampouco diz muito sobre a extensão em que tais direitos serão aplicados na prática, nem como se relacionará com outros direitos tutelados (BURREL, 2009, p. 210).[660] Mais ainda: a positivação dos direitos humanos acaba drenando os esforços necessários para sua execução, tornando-se um fim em si mesma (KENNEDY, 2001, p. 110).[661]

Conforme já explicamos antes (ao tratarmos da problemática acerca dos direitos de personalidade), esse inchamento da lista de garantias se relaciona à visão positivista de tratar o Direito como um sistema fechado, formalmente "esvaziado" de princípios de outras ciências – os quais, no entanto, passam a determinar sua interpretação, sujeitando-a

---

uma vertente moral; (b) as características imateriais das obras artísticas e intelectuais, que as diferem substancialmente das coisas, objeto típico do direito de propriedade (por exemplo, o fato de serem bens não rivais); e (c) o caráter temporal da exclusividade dos direitos sobre a exploração econômica da obra.

657 A despeito das considerações que já fizemos sobre a equiparação entre direitos autorais e monopólios, seja por somente tutelarem a expressão, e não a ideia (diferentemente da propriedade industrial, que não autoriza terceiros a desenvolverem, por via independente, a mesma criação intelectual tutelada), seja por as obras artísticas, científicas e literárias encontrarem fáceis substitutos no mercado, como é a opinião de alguns.

658 A despeito de, conforme explicamos na nota 574, autores como Lahorgue Nunes (2011, p. 45-46) não acreditarem nessa possibilidade, em razão de, novamente, haver substitutos econômicos para as criações autorais.

659 Não podemos ignorar, tampouco, que uma das maiores barreiras à difusão do conhecimento é a concentração de poder (SALOMÃO FILHO, 2012, p. 543). No próximo capítulo, discorreremos sobre os efeitos negativos da propriedade intelectual como monopólio para a sociedade.

660 Burrel (2009, p. 198) denuncia o fato de o Ocidente ter ignorado as preocupações do Governo Chinês sobre os impactos de se introduzir naquele país direitos de propriedade intelectual, em especial quanto a copyright/direitos de autor, tendo encorajado a China a introduzir sanções criminais para a violação de tais direitos, o que expõe a sua população ao risco de graves violações de direitos humanos. Segundo Burrel (Ibidem), isso revela que os governos ocidentais estão mais preocupados com direitos de propriedade (Burrel trata do copyright, que, conforme vimos na nota 268, abraça a natureza de propriedade) do que com os direitos mais fundamentais da população chinesa.

661 Uma série de outras críticas poderia ser traçada em relação à positivação dos Direitos Humanos (como a questão de sua pretensa universalização). Entretanto, tais observações fogem do escopo central deste trabalho. Para uma leitura mais detalhada, consultar: Kennedy (2001).

a pressões econômicas externas.[662] Consequentemente, como discorremos no tópico anterior, ao Direito se relega um caráter compensatório, em vez de influir nas estruturas econômicas – intervenção essa que, em síntese, é a única forma de se garantir, efetivamente, os direitos humanos.[663]

Tal como no que ocorre em relação aos direitos de personalidade, a ampliação do rol de direitos humanos aumenta o conflito entre direitos distintos.[664] Promete-se que a Ciência Jurídica será capaz de resolver essas incompatibilidades fora do âmbito da política (KENNEDY, 2001, p. 116), o que, no entanto, não se mostra possível.[665] Dessa forma, a legislação acaba por positivar interesses contrários, viabilizando interpretações díspares para uma mesma norma: tanto aquela consoante ao discurso oficial, como o seu avesso (sobre o que discorremos no tópico 5.2.1). Na prática, isso abre caminho para que o poder econômico paute o interesse a prevalecer, o que se exemplifica na supervalorização do direito à propriedade diante dos direitos econômicos e sociais.[666]

Note-se também que, historicamente, os direitos humanos têm sido usados como limite para abusos no campo da propriedade intelectual (Ibidem, p. 112-113), de modo que abrigar sob eles o regime autoral, sem apontar a forma de sopesá-lo em relação às demais garantias humanas,[667] acaba por passar a responsabilidade da aplicação ao Judiciário.

---

662 Em relação aos Direitos Humanos, Kennedy (2001, p. 110) aponta como a ideia de neutralidade e universalidade, ao ignorarem as condições sociais e políticas que determinarão o sentido de tais direitos num contexto específico, possibilitam resultados indesejados e não neutros na busca de sua efetivação.

663 Para uma crítica mais detalhada, ler: Salomão Filho (2012, p. 533-547). Em igual sentido, Kennedy (2001, p. 118, tradução nossa): "Os remédios para os direitos humanos, mesmo quando bem-sucedidos, tratam os sintomas em vez da doença, e isso permite que a doença não apenas infeccione, mas também pareça saudável. [...] Mas mesmo onde as vítimas são recompensadas ou as violações evitadas, as distribuições de poder e riqueza que produziram a violação podem muito bem parecer mais legítimas à medida que buscam outras vias de expressão".

664 Em igual sentido, Carboni (2010, p. 167): "A Constituição Federal brasileira e a nossa atual legislação de direitos de autor não contêm dispositivos adequados para solucionam os possíveis conflitos entre os interesses do autor e os da coletividade em questões de acesso ao conhecimento e à informação". Lembremos também que a Constituição não sujeita apenas a propriedade industrial ao interesse social (art. 5°, XIX), e não os direitos autorais (XXVII e XXVIII), tal como vimos no tópico 5.1.4.

665 Não se está negando aqui a existência de teorias a respeito do sopesamento de princípios, mas sim que estas sejam instrumentos essencialmente jurídicos, na medida em que, no fim, ensejam uma decisão política.

666 Exemplo disso se dá na regulação da paródia (MASIYAKURIMA, 2005, p. 413), que põe em conflito direito autoral e a liberdade de expressão. No Brasil, o art. 47 da Lei de Direitos Autorais a torna lícita, desde que não implique descrédito na obra original – o que pouco quer dizer. Nesse sentido, a princípio, os dois direitos humanos (o autoral e a liberdade de expressão) estão positivados; no entanto, no caso concreto se definirá qual deles vai prevalecer, sob o risco de escolha da norma determinada pelo poder econômico (seja por fins estritamente comerciais, seja como forma de censura).

667 A doutrina indica paradigmas que poderiam ser utilizados pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, ressaltando que cada um deles padece de graves falhas que podem resultar em grandes problemas (KENNEDY, 2001, p. 36-51). No mesmo sentido, não se nega a existência da Regra dos Três Passos

Todavia, como já abordamos acerca dos direitos de personalidade, isso dá espaço para a apropriação dos direitos humanos por grupos econômicos e no tratamento de direitos coletivos sob um viés individualista, sem que se identifiquem os interesses subjacentes à legislação.

Sumarizando, a despeito das possíveis vantagens, identificamos quatro problemas no enquadramento dos direitos autorais como direitos humanos: (i) o fato de a proteção dos direitos autorais via direitos humanos servir principalmente aos interesses das grandes empresas, e não aos pequenos artistas e cientistas; (ii) o perigo de se inviabilizarem as adaptações necessárias à disciplina jurídica das obras artísticas, científicas e intelectuais; (iii) os problemas resultantes de se tratar direitos autorais como direito de propriedade; e (iv) o conflito com outros direitos humanos.

No tópico seguinte, analisaremos outro aspecto em que a configuração atual do regime autoral enfrenta dificuldades de adaptação ao cenário contemporâneo: isto é, sua inserção na cultura digital.

5.2.4 Direitos autorais na era digital

Em 1941, Jorge Luis Borges (1998, p. 86-99) publicou um conto chamado *La Biblioteca de Babel*. Nele, o autor argentino descreve uma biblioteca com uma quantidade praticamente infinita de livros, compostos por todas as variações possíveis de 25 caracteres, num total de 410 páginas cada. Em meio a obras sem qualquer sentido e outras que contêm versões alternativas de uma mesma história, busca-se determinado livro ou pessoa que indique a chave para decifrar as mensagens contidas na Biblioteca.

A Biblioteca de Babel pode ser compreendida como uma metáfora do universo: apesar de haver um sem-número de ideias e possibilidades, dispomos de uma quantidade restrita de ferramentas para expressá-las e interpretá-las. Da mesma forma, o conto argentino pode ser lido como uma representação premonitória da sociedade da informação: a Biblioteca consiste numa rede interconectada de armazenamento de dados (VIRGIL,

(*three steps test*) no Artigo 9(2) da Convenção de Berna, reproduzida no TRIPS, ou mesmo o regime de licenças previsto no Anexo de tal Convenção. No entanto, os referidos mecanismos têm dificuldades em acomodar-se à ideia de direitos autorais como direitos humanos (HELFER, 2008, p. 48) e não resolvem satisfatoriamente o conflito entre princípios.

2007). Em ambas as interpretações, temos o mesmo problema: a existência de meios restritos para registrar e ler as inúmeras ideias possíveis.

Nessa obra, Borges expressa a função limitante da tecnologia. A nossa capacidade de interpretação e de manuseio da realidade está condicionada pelos recursos de que dispomos. Ainda que o espaço da Biblioteca se multiplique, como sugere a disposição de espelhos descrita por Borges, a própria forma de os bibliotecários a visualizarem está restrita à estrutura espacial na qual estão contidos, sendo impossível ver além da Biblioteca (Ibidem).

Precisamente, vivemos na era da cultura digital uma expansão do nosso acervo de informações. Contudo, por mais que tais dados sejam inúmeros e continuamente crescentes, os recursos de que dispomos para registrá-los e interpretá-los continuam limitados, condicionando nossa forma de lê-los à tecnologia à qual estamos adstritos, quais sejam, os conceitos e elementos próprios da cultura impressa (DOUEIHI, 2010, 211). Todo o meio digital se baseia nas ideias de página, autoria e livro, que são próprias do meio impresso (Ibidem, p. 14). Disso decorre, naturalmente, uma incompatibilidade, na medida em que o entorno digital consiste num mundo completamente diferente da realidade impressa, necessitando de ferramentas adequadas às novas possibilidades de leitura nesse novo cenário, as quais veremos a seguir (LESSIG, 2001, p. 103-104).[668]

Um dos planos em que ocorre tal descompasso se dá justamente no campo dos direitos autorais, um regime derivado da cultura impressa e que ainda se baseia em elementos dela, a exemplo da exigência de um suporte material para a fixação das obras artísticas e literárias.[669] De igual maneira, esse instituto concebe uma ideia de autoria

[668] "Portanto, embora possa haver boas razões para transportar estruturas que definem o espaço real no ciberespaço, não devemos supor que essas estruturas sejam mapeadas automaticamente. A física diferente do ciberespaço significa que as regras que governam esse espaço podem ser diferentes também" (LESSIG, 2001, p. 103-104). Mais adiante (Ibidem, p. 115-116), Lessig complementa dizendo que, no mundo das coisas, precisamos de controle promovido por restrições (muitas das quais jurídicas, como o direito de propriedade e dos contratos), o que não ocorre no mundo das ideias, dado seu caráter de não rivalidade. O mundo digital, por sua vez, estaria mais próximo do mundo das ideias do que do mundo das coisas, uma vez que as coisas podem ser compartilhadas de modo mais fácil num espaço mais amplo. Mas, ainda assim, o ciberespaço não corresponde ao mundo das ideias, havendo outras restrições, como a capacidade de acesso e transmissão de dados (Ibidem).

[669] "Por essa razão, pode-se dizer que a tecnologia digital desmaterializou o suporte físico, permitindo a criação de um novo tipo de suporte (digital e intangível), o que veio a ser expressamente reconhecido pela Lei nº 9.610/98" (CARBONI, 2003, p. 142), referindo-se à fixação de obras em discos rígidos (art. 7º da Lei de Direitos Autorais).

individual, estabelecendo uma clara distinção entre o criador – figura ativa na produção da obra – e o consumidor, um receptor meramente passivo.[670]

Não à toa, como explicamos no tópico 5.1.7, nossa Lei de Direitos Autorais garante aos autores o direito moral, inalienável e irrenunciável (art. 27) de assegurar a integridade da obra, opondo-se a modificações por terceiros (art. 24, IV), bem como o direito patrimonial de exclusividade, dependendo de sua prévia e expressa autorização a reprodução parcial ou integral, a edição, a adaptação, a inclusão em produção audiovisual, a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, bem como quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas (arts. 28 e 29).

Esses dispositivos legais talvez se justifiquem se pensarmos em obras baseadas na cultura impressa, cuja leitura se dá de maneira, em geral, mais simplificada e passiva. No cenário digital, porém, temos uma nova situação. Nele, é possível uma fácil reprodução das obras para fins de uma leitura mais interativa. Com um simples apertar de teclas, copiamos textos inteiros, imagens e sons. Podemos, assim, juntá-los na forma que melhor convenha a nossa própria interpretação desses materiais, gerando novas leituras e, com elas, novas obras.

Também o argumento comercial, que poderia ser levantado para justificar a manutenção desse regime jurídico, encontra dificuldades de se adaptar a esse novo cenário. Um autor dispende tempo, dedicação e mesmo recursos na realização de sua obra. Pensando nisso, conforme vimos ao longo deste trabalho, a legislação atribui-lhe direitos patrimoniais por certo prazo, como uma espécie de retribuição pelo investimento feito e evitando o aproveitamento alheio. Todavia, não podemos nos esquecer de que cada nova tecnologia que surge traz consigo o surgimento de novos mercados, distintos daqueles que já existiam. Por exemplo, o universo digital possibilita uma expansão da produção literária, uma vez que determinados gêneros que não costumam ser considerados lucrativos pelos editores, como a poesia, encontram espaço para publicação (ZILBERMAN, 2011, p. 87).[671] O mesmo se dá com jovens autores, independente do gênero literário que escrevam,

---

[670] Nesse sentido, Carboni (Ibidem, p. 168) fala em diluição da autoria, que compreenderia tanto a possibilidade de confusão das figuras de autor e leitor como a autoria coletiva nas redes de informação.

[671] De forma análoga, Chartier (apud CARBONI, 2010, p. 80) fala que, no meio digital, as figuras de autor, editor e distribuidor podem vir a se fundir. Na mesma linha, Xavier (apud Ibidem, p. 83): "[...] a Internet favorece a 'dessacralização do autor'. Isso porque, qualquer desconhecido pode publicar suas ideias sem passar pelo crivo de um conselho editorial e mesmo sem estar 'em dia com a mensalidade de sua entidade acadêmica ou sociedade científica'".

os quais encontram grande resistência do mercado editorial para publicar suas obras iniciantes (Ibidem). Acrescente-se, também, a existência de outras motivações, não apenas econômicas, que levam indivíduos a dedicarem-se a obras artísticas e literárias.[672] Exemplo claro é a *Wikipédia*, cujos verbetes são redigidos pela colaboração de milhares de indivíduos, por todo o mundo, pelo simples prazer de contribuir para o armazenamento de conhecimento (LEMOS, 2005b, p. 80).

Conforme vimos, existe uma incompatibilidade entre os elementos próprios da cultura impressa e a nova realidade digital, que provoca empecilhos à adoção dos tradicionais regimes jurídicos (fundados, basicamente, nos conceitos de autoria, propriedade e página). Porém, no que consiste precisamente esse descompasso entre a cultura escrita e o entorno digital? Tal inadequação se dá, principalmente, nas novas formas de leitura que as ferramentas possibilitadas por esse meio, muito diferentes daquelas próprias do mundo impresso.[673]

Não há como se comparar a revolução digital com a revolução da escrita. Trata-se de um fenômeno novo, de consequências muito mais profundas (SANTAELLA, 2009, p. 389). Primeiramente, pelo ritmo mais avançado da cultura digital, muito mais intenso que a impressa (Ibidem, p. 390), o que exige evolução constante das ferramentas para a leitura desse novo cenário.

Causa disso é a própria disposição das relações no entorno digital: é característica desse meio uma arquitetura fluida, sintetizada na hipermídia, que permite uma interconectividade constante entre os usuários e entre as obras (Ibidem, p. 394). A cultura impressa baseia-se em fluxos praticamente unidirecionais, que se iniciam com os autores, passam pelos editores e concluem-se com os leitores. A cultura digital, por sua vez, quebra esse paradigma, tecendo verdadeiras redes interativas entre os usuários participantes.

---

672 Nesse sentido, vide Carboni (2010, p. 108), conforme explicaremos na nota 801.

673 "A mudança radical trazida pela internet deveria nos levar a pensar se nesse novo cenário o regime da propriedade intelectual como monopólio se justifica. O cenário anterior à internet favoreceu um aumento do escopo dos regimes de propriedade intelectual, o que, naquela realidade, não era terrível. No entanto, quando a tecnologia passa a possibilitar que indivíduos e pequenos grupos tenham mais recursos para criar, os custos de oportunidade desse sistema de controle são maiores, uma vez que o sistema de licenças exclusivas para o uso derivado de obras onera significativamente o processo criativo. Assim, deveríamos nos perguntar se esse sistema de controle é necessário nessa nova realidade ou até que ponto é necessário. Caso não tenhamos uma boa razão para estender esses sistemas de controle, então não deveríamos estendê-los" (LESSIG, 2001, p. 216, tradução nossa).

Como consequência, a própria experiência da leitura acaba se modificando: a hipermídia põe o leitor numa posição menos passiva, mais reativa em relação aos conteúdos, ao construir-se como uma linguagem interativa (Ibidem, p. 389). No entorno digital, o leitor assemelha-se à figura de Pierre Menard, criada pelo escritor argentino Jorge Luis Borges em outro de seus contos (1998, p. 41-55). Menard seria o autor de uma obra invisível, subterrânea e inconclusa: a transcrição literal de três capítulos de *Dom Quixote*. Borges deixa claro que não se trata de um trabalho de total identificação com o autor original (Menard não quis se colocar sob o ponto de vista de Cervantes) nem de um traslado de *Dom Quixote* para os tempos atuais: Menard não queria compor outro Quixote, mas sim aquele mesmo Quixote que já existia. Não se trataria, porém, de uma cópia, mas sim de uma nova escrita que coincidiria, palavra por palavra, com a obra original. O trabalho, portanto, consistiria em escrever um *Dom Quixote* idêntico ao de Cervantes, com as mesmas palavras deste, mas sendo Pierre Menard. Por essa razão, o Quixote de Menard, ainda que idêntico nas palavras ao de Cervantes, seria mais rico.

À primeira vista, o conto do autor argentino parece fantasioso. Todavia, analisado com maior cuidado, ele nos revela uma metáfora para o caráter ativo presente na atividade da leitura. De certa forma, o leitor escreve, dentro de seu contexto, as mesmas palavras usadas pelo autor da obra, transladando-a para seu próprio universo. No entorno digital, essa faceta se intensifica. O leitor insere as obras artísticas e literárias, criadas em suportes e com conceitos próprios da cultura impressa, num novo meio, utilizando-se das mesmas palavras do autor original, mas numa nova plataforma, que possibilita novas conexões e interpretações.

Diferentemente da página, a tela permite uma leitura mais complexa, já não mais tão linear, mas sim "repartida, concomitante, gráfica e audiovisual" (ZILBERMAN, 2011, p. 85). No lugar do fluxo unidirecional do texto impresso, temos o hipertexto, disposto "em unidades ou módulos de informação, consistindo de partes ou fragmentos de textos" (SANTAELLA, 2009, p. 393). Assim, ganham mais espaço os metadados e a intertextualidade. É dizer, o leitor tem agora mais possibilidades para uma leitura dinâmica da obra. Um trecho de determinado texto, por exemplo, pode facilmente levá-lo para outro texto relacionado, por meio de hiperlinks.[674] Da mesma forma, a um texto tradicionalmente

[674] A divulgação de hyperlinks em sites, levando a outras páginas que reproduzem obras autorais, tem gerado grande controvérsia quanto à possibilidade de ser considerada como comunicação ao público. Desconhecemos decisões a esse respeito no Brasil. Contudo, no TJUE, quatro casos moldaram a

escrito para o papel impresso, no âmbito digital, podem ser acrescentados elementos visuais e sonoros que complementem a experiência da leitura, dando-lhe novas dimensões. Mais ainda: o próprio leitor passa a ter, em mãos, as ferramentas para relacionar essas novas leituras, editando as obras tradicionais com os recursos próprios do meio digital.[675]

À possibilidade de uma leitura mais ativa por parte do usuário, soma-se outra situação própria do meio digital, que põe novos problemas para os direitos autorais, baseado na visão romantizada da criação artística comom expressão do indivíduo. Trata-se do desenvolvimento da inteligência artificial, tal como mencionamos nos tópicos 5.1.3 e 5.1.7. A possibilidade de máquinas terem autonomia para realizar obras de acordo com

---

jurisprudência, no sentido de que a inclusão dos links constitui comunicação ao público (sendo, portanto, violação aos direitos autorais do titular da obra) quando: (i) a obra não tiver sido disponibilizada ao público pelo titular; (ii) a obra tiver sido disponibilizada ao público, mas com acesso restrito (por exemplo, mediante pagamento de licença); e o divulgador do link (a) souber ou devesse saber que a página para a qual está remetendo não tem autorização do titular para reproduzir a obra; ou (b) obtém lucro com a divulgação do link, situação na qual deveria se certificar de que a página para a qual remete tem autorização do titular para reproduzir a obra. A esse respeito, vide os casos *Svensson v Sverige Retriever Case* C 466/12, *Best Water v Michael Mebes and Stefan Potsch Case* C 348/13 e *GS Media v Sanoma Case* 160/15. Da mesma forma, a Corte autoriza que as legislações nacionais estendam a exclusividade de comunicação ao público, relativos aos hyperlinks, aos direitos conexos de empresas de radiodifusão sobre eventos esportivos (vide: *C More Entertainment v Sandberg Case* C 279/13).

675 A respeito do descompasso dos direitos de autor com o entorno digital, fazemos nossas as palavras de Carboni (2010, p. 11): "Como as leis que atualmente regem os direitos autorais são calcadas numa exacerbada visão subjetivista do criador-autor, verifica-se um evidente descompasso entre a ideia de autoral implicitamente presente na legislação autoral e os novos contornos da autoria em meios digitais, que têm como fundamento a interatividade, a recombinação e a criação como ato coletivo. Na obra digital, a autoria pode se apresentar de forma diluída, pelo fato de ser aberta à interatividade e de se transformar nas mãos de várias pessoas". Da mesma forma, cita Landow, para quem a autoridade e a autonomia do texto seriam postas em xeque pela Internet (Ibidem, p. 82). Carboni (2010, p. 85-86) também cita Couchot, ao falar de um movimento de tornar as artes mais interativas, por meio da tecnologia, o que seria um sucessor dos movimentos participacionistas dos anos 1960.

Para Carboni (2003, p. 169-170), porém, a ideia de interatividade oriunda de uma arquitetura mais fluida não afetaria o regime de direito de autor, já que, nesses casos, a leitura constituiria apenas uma nova forma de interpretação não linear já prevista pelo autor. Em igual sentido, segundo Wesisberg (apud CARBONI, 2010, p. 84), "[...] a mera navegação interativa não poderia ser erigida ao grau de coautoria". A dificuldade, portanto, surgiria apenas quando o autor deixasse uma margem para a participação criativa do leitor, que poderia ser estabelecida em graus, conforme Ribas (apud CARBONI, 2003, p. 170). Dessa forma, haveria um problema na medida em que o sistema de direito autoral não permitiria uma autorização prévia por parte do leitor à utilização pelo autor do subproduto resultante dos graus máximos de leitura interativa (Ibidem, p. 171).

Em sentido contrário, para Weissberg (apud CARBONI, 2010, p. 84), na sociedade da informação não haveria um conflito entre a organização coletiva e a preocupação individual, o que se evidencia no alargamento dos créditos nas obras audiovisuais (apud Ibidem). A respeito da criação coletiva, Carboni (2003, p. 174-175) discorda de autores como Bairon e Pierre Lévy, para quem a noção de autoria individual desaparecerá nos campos das artes e da comunicação – ainda assim, reconhece que a legislação atual não abarca esse fenômeno que chama de diluição da autoria (Ibidem, p. 177). Por fim, Carboni (2010, p. 175) propõe a criação de um direito autoral coletivo, ao lado do direito autoral individual, que funcionaria como os conhecimentos tradicionais associados, para reconhecer os processos de criação e divulgação das obras na Internet. Segundo o jurista (Ibidem, p. 176-177), os modelos de coautoria e de obra coletiva seriam insuficientes para proteger essa nova realidade digital, por pressuporem uma ideia de hierarquia, que não está presente nesse novo ambiente.

suas próprias escolhas resulta num conflito com características centrais do regime autoralista, como a própria noção de autoria e os direitos morais que dela decorrem.

Se o entorno digital apresenta suas peculiaridades, especialmente na sua dinâmica própria e nas novas formas de leitura que permite, por que então ainda não adaptamos nosso aparato jurídico para essa nova realidade? Por que continuamos a tentar ler esse novo cenário com os elementos escassos que trouxemos da cultura impressa, limitando nossa visão de mundo a tais ferramentas, assim como Borges previu em sua Biblioteca de Babel?

Em parte, porque o Direito, construído sobre a cultura impressa, ainda não está acostumado ao ritmo frenético de inovações do entorno digital. Contudo, existe outro elemento importante a ser observado: quem são os agentes que constroem a cultura digital?

Os juristas são formados num ambiente tipicamente acadêmico, sendo ensinados a manejar uma forma de leitura própria da cultura impressa. Mesmo os tecnólogos são educados nesse outro ambiente, tratando o entorno digital mais como objeto de estudo do que como ferramenta de trabalho. Dessa forma, o debate acerca do digital acaba monopolizado entre esses dois grupos, que não dialogam entre si, nem participam propriamente da construção do mundo digital (DOUEIHI, 2010, p. 14).

É dizer, a cultura impressa,

> [...] na sua aparente imaterialidade e elevação aurática, acabou por se acomodar no terreno de uma elite especializada e bem provida de meios, sejam estes intelectuais, como os que frequentam a academia, sejam financeiros, como colecionadores e admiradores de obras raras (ZILBERMAN, 2011, p. 87).

Por sua vez,

> [a] tela simboliza a popularização e desterritorialização da arte, o igualamento das espécies de texto, o nivelamento – social, etário, étnico e de gênero – dos consumidores, enfim, a democratização, porventura a almejada socialização dos meios de criação, produção e circulação de bens culturais (Ibidem).

Então quem são os agentes que constroem a cultura digital? São os digitalistas por acidente, simples usuários de computador que têm acompanhado as mudanças no

entorno digital durante os últimos 30 anos (DOUEIHI, 2011, p. 13).[676] Trata-se de especialistas locais e fortuitos, indivíduos que se alfabetizam sozinhos na nova linguagem digital, ajudam a construí-la e, muitas vezes, têm um papel crucial em introduzir outras pessoas ao mundo da tecnologia (Ibidem, p. 14).

Ocorre, porém, que os digitalistas por acidente, por mais que construam a cultura digital, não encontram espaço nos debates legislativos em torno do marco jurídico desse novo ambiente, o qual acaba monopolizado por juristas e tecnólogos (Ibidem). Dessa forma, a adaptação dos regimes jurídicos a essa nova realidade continua pautada pela linguagem e leitura típicas da cultura impressa, o que resulta, portanto, em incompatibilidade, pelas diferenças próprias que apresenta em comparação do ambiente digital (conforme analisamos anteriormente).[677]

---

[676] Doueihi fala originalmente em 20 anos. Contudo, considerando-se que sua obra foi publicada em 2010, tomamos a liberdade de estender em mais uma década a sua análise.

[677] Além dos casos relativos a hyperlinks, que mencionamos acima, há uma série de outras situações que demonstram a incompatibilidade entre o regime autoral (e aqui englobamos também o copyright anglo-saxão) e a realidade digital. Como exemplo, temos as discussões acerca do compartilhamento de obras por meio dos sistemas *peer-to-peer* ou P2P, por meio do qual usuários compartilham arquivos entre si de forma descentralizada, sem que haja armazenamento em um único servidor. O P2P vem gerando uma série de disputas acerca da violação de direitos autorais, a exemplo do *Napster, Kazaa, Emule* e, mais recentemente, *Pirate Bay*. A esse respeito, consultar Lessig (2001, p. 126-217; e 2004, p. 81-91), Ku (2002), Schaumann (2002), Lemos (2005b, p. 165), Nazareno (2009) e Borghi (2011), bem como os casos *Polydor v Brown* [2005] EWHC 3191 (Ch), *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.,* 239 F.3d 1004 (*Ninth Circuit*, 2001), *MGM Studios, Inc. v. Grokster*, 545 U.S. 913 (2005), *Universal Music Australia Pty Ltd v Sharman License Holdings Ltd* [2005] FCA 1242, e *Stichting Brein v Ziggo BV* (C-610/15).

Em igual sentido, temos a questão do *streaming*, que requer necessariamente que uma cópia seja feita no disco rígido do usuário, por mais que venha a ser apagada automaticamente logo em seguida. Considerando-se essa exigência técnica, há dúvida quanto a se estaríamos diante de uma violação ao direito exclusivo de reprodução, ainda que a cópia seja subsequentemente eliminada do computador do usuário, seguindo a doutrina de cópia RAM (*RAM copy doctrine*), adotada no caso *MAI Systems Corp. v. Peak Computer, Inc.* (991 F.2d 511 (*9th Cir*. 1993)), no qual o Tribunal de Apelação do 9º Circuito dos Estados Unidos (não tratando de *streaming*, mas sim de programas de computador) decidiu que uma cópia ocorre para fins do direito de reprodução quando um software é transferido de um aparelho de armazenamento para a memória RAM de um computador (para uma leitura mais aprofundada sobre esse caso e sobre *streaming*: Foley (2010).

Outro caso em que a necessidade técnica da reprodução temporária de uma obra se mostra incompatível com o regime autoral é *Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc* (No. 12-0095, 2012 *U.S. Dist*). *ReDigi* operava como uma espécie de sebo virtual de músicas, permitindo a revenda on-line de arquivos de música legalmente adquiridos. Também por uma questão técnica, a cada transação efetuada, era necessário fazer uma cópia do arquivo no disco rígido do comprador, com a imediata eliminação da música no computador do vendedor. A questão girou em torno de se essa cópia estaria abrigada pela doutrina da primeira venda, segundo a qual, a partir do momento em que um usuário compra uma obra artística, extinguem-se os direitos comerciais do titular sobre aquela cópia específica. No caso em tela, a *United States District Court for the Southern District of New York* entendeu que, não havendo cópia física, não se aplicava a doutrina da primeira venda, de modo que a reprodução feita no computador do novo adquirente da música seria uma violação ao direito de reprodução, ainda que o arquivo originário fosse imediatamente apagado do computador do vendedor.

Também, encontramos incompatibilidade entre o modelo autoral e a realidade digital no caso *Google Books* (*The Authors Guild Inc., et al. v. Google, Inc*). Este girou em torno de ações propostas por

A dificuldade de adaptação dos direitos autorais ao entorno digital, somada à existência de um avesso desse instituto (qual seja, sua aplicação como forma de tutela de interesses econômicos das grandes corporações que comercializam as obras artísticas, científicas e literárias, oposta ao discurso de tutela da relação individual entre o artista e sua criação) e ao seu enquadramento como direito de personalidade e direito humano, revela o anacronismo desse regime, principalmente por remarcarem a distinção em relação à propriedade industrial, em contraste com a aproximação entre arte e indústria, de que tratamos no Capítulo 2. No tópico seguinte, analisaremos exemplos em que a separação entre as duas grandes categorias da propriedade intelectual se mostra especialmente problemática.

5.3 Indústrias limítrofes

5.3.1 Design

Conforme analisamos anteriormente, o fato de os regimes dos direitos autorais e da propriedade industrial terem surgido num contexto de clara distinção entre obras

escritórios de arrecadação de direitos autorais em face do *Google*, devido à sua prática de escanear sem autorização obras, disponibilizando o acesso a pequenos trechos (*snippets*). Como proposta para um acordo judicial, o *Google* sugeriu cobrar pelo acesso virtual às obras não caídas em domínio público, repassando parte dos valores para os titulares de seus direitos (alternativa essa que não foi aceita). Um dos problemas desse modelo de negócios estava no fato de que, tecnicamente, por mais que o *Google* pagasse os respectivos direitos dos autores das obras não caídas em domínio público, ainda assim precisaria da autorização de cada um deles para realizar a digitalização, na medida em que, tecnicamente, essa consiste em uma reprodução da obra. No caso de obras órfãs (ou seja, casos em que não se consegue identificar ou mesmo contatar o autor), o problema se agrava, uma vez que seria impossível solicitar autorização para a digitalização. A solução sugerida pelo Google para viabilizar o negócio seria inverter a lógica autoral – em vez de eles terem que solicitar a autorização, seriam os autores quem teriam que pedir a exclusão de suas obras do acervo virtual (para uma leitura mais aprofundada, recomendamos MENEGATTI, 2017).

Além da questão técnica presente em todos esses casos, existe também um aspecto econômico que demonstra a incompatibilidade entre o regime autoral e a realidade virtual – em todos eles se discute se o racional clássico do direito de autor, de incentivo à produção artística, científica e literária, se mantém no entorno digital. Afinal, ainda que a computação e a internet tenham possibilitado novas formas de compartilhamento de obras (e, assim, de violações aos direitos estabelecidos pelo regime autoral), as indústrias musical, cinematográfica e mesmo editorial continuam existindo. Opinião semelhante é a de Samuelson (2005, p. 14), ao defender o uso de estudos econômicos para embasar decisões judiciais e formulação de normas sobre copyright. Samuelson comenta duas decisões acerca de software (*Computer Associates vs. Altai* e *Sega v. Accolade*), no Estados Unidos, ambas nas quais o Judiciário considerou fundamentos econômicos ao determinar: (i) que, para fins de interoperacionalidade, semelhanças estruturais entre programas de computador não constituiriam uma violação, por mais que a estrutura do programa fosse protegível (caso *Altai*); e (ii) que os programadores estivessem autorizados a decompilar softwares protegidos para acessar a informação necessária à interoperacionalidade (caso *Sega*). Segundo Samuelson, a indústria do software continuou a florescer na década após tal decisão.

artísticas, científicas e literárias, de um lado, e artigos industriais, de outro, fez com que cada um desses institutos tivesse configurações muito distintas, como descrevemos neste capítulo. Já no decorrer do século XIX, como observamos no Capítulo 2, começam a surgir mercados de literatura, dramaturgia e arte, culminando em movimentos como o *Arts & Crafts*, visando a melhorar a qualidade estética de bens utilitários. Nesse sentido, assim como descrevemos no Capítulo 3, naquele centênio as obras de arte aplicada se puseram como um desafio para a doutrina e a jurisprudência a respeito do seu enquadramento jurídico – se o regime autoralista ou a propriedade industrial.

Esse problema se agravaria ao longo do século passado, chegando ao ápice com o desenvolvimento da Economia Criativa, baseada em certos setores intermediários entre arte e indústria. Algumas dessas áreas, como o software (de que falaremos no tópico 5.3.2), foram abarcadas pela expansão do regime autoralista, que aumentou o espectro de obras tuteladas (conforme explicamos no tópico 5.1.2). Outras, no entanto, como o design, ficaram numa posição indefinida, tuteladas ora pelos direitos autorais; ora pela propriedade industrial;[678] ora havendo sobreposição entre ambos os institutos; ora não havendo qualquer forma de proteção.[679]

A seguir analisaremos como essa área é disciplinada juridicamente no Brasil. Em seguida, descreveremos o histórico britânico da matéria, por ter considerado o fenômeno de aproximação entre arte e indústria – diferentemente do que ocorreu em nosso país –, propondo a criação de um regime intermediário.

5.3.1.1 O caso brasileiro

Existem hoje, no Brasil, cinco regimes diferentes aplicáveis à tutela do design. Dentre estes, o desenho industrial talvez seja o mais diretamente associável a tais criações, por proteger "[...] a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial"

[678] O que, dadas as diferenças entre ambos os regimes, tal como descrevemos acima, fez que artigos muito semelhantes passassem a ser tutelados de maneiras muito distintas.

[679] Ao mesmo tempo, Hunter e Wood (2016, p. 417) relacionam a dificuldade em regular o design com a tendência, a partir do século XX, de a estética do maquinário remover muitos dos elementos ornamentais que eram mais facilmente identificáveis com os institutos clássicos.

(cf. art. 95 da nossa Lei de Propriedade Industrial).[680] Esse instituto está presente em nossa legislação desde 1934, previsto no Decreto 24.507, de 29 de junho de 1934, na forma de patente, semelhante às invenções – o que foi repetido na Lei 5.772, de 21 de dezembro de 1971, nosso extinto Código da Propriedade Industrial. Somente com a atual Lei de Propriedade Industrial, de 1996, o desenho industrial passou a ser tutelado na forma de registro, adquirindo algumas feições próprias, com outorga automática do direito mediante cumprimento dos requisitos formais, sem prévio exame substantivo, como ocorre com as patentes.[681]

Dessa forma, como explicamos anteriormente, são requisitos para o registro a novidade, a originalidade e a aplicação industrial. Ou seja, deve ser uma configuração não compreendida no estado da técnica (art. 96) – ou, conforme Lahorgue Nunes (2012, p. 51), ainda não vista no mercado –, com distintividade em relação a outros objetos anteriores (art. 97) e aquela passível de reprodução em massa por processo industrial (art. 98) – ficando excluídas, portanto, as obras feitas em caráter único (BARBOSA, 2001, p. 504).[682]

Ademais, para ser considerado ornamental, o design não pode ser determinado pelas características funcionais do produto (art. 100, II), hipótese em que a configuração seria técnica[683] e, portanto, protegida não pelo desenho industrial, mas sim por patente de invenção ou modelo de utilidade: o segundo regime aplicável ao design.

---

680 Barbosa (2003, p. 500) o chama de o mais polimorfo de todos os direitos de propriedade intelectual, haja vista assumir formato diferente em diversas jurisdições.

681 Isso se relaciona à ideia de Reichman (1994, p. 2.462) de que os regimes de desenho industrial surgem como forma de se driblar os requisitos estritos do sistema de patentes.

682 Silveira (2012, p. 117) critica essa distinção entre regime autoralista e propriedade industrial com base na produção em série: "[A]s [obras] mais conhecidas e que encontram mais severa proteção na lei de direitos autorais, [sic] são aquelas que se destinam à produção em massa por sua própria natureza, como os livros, discos e filmes, objetos, respectivamente, das indústrias editorial, fonográfica e cinematográfica. [...] Nada justifica, pelo contrário, que o critério quantitativo se aplique somente às artes plásticas, visto que também os trabalhos de desenho e pintura são hoje objeto da indústria gráfica, que produz reproduções e *posters*, aos quais ninguém pretende que se deva aplicar a Lei de Propriedade Industrial". O cuidado de Silveira em entender os novos fenômenos da arte é tamanho que ele cita artistas e teóricos quanto a práticas difundidas na contemporaneidade, como os múltiplos (reproduções em série de uma obra). Nesse sentido, cita Vasarely: "O mito da única obra de arte desaparecerá. Os artistas não podem desconhecer as vantagens que a técnica nos oferece" (Ibidem, p. 118). Transcreve também os dizeres de Van Steen: "O múltiplo se generalizou através de processos mecânicos de reprodução, 'quer serigrafias em papel, tecido e outros materiais, quer de objetos executados em plástico fundido ou colado, alumínio, aço inoxidável, bronze, madeira, assim por diante. [...] A intenção primordial é que o preço da criação fosse diluído na tiragem'" (Ibidem).

683 "[...] a forma tecnicamente necessária de um objeto é aquela que se acha indissoluvelmente ligada à sua função técnica, de modo que outra forma não possa atender à mesma finalidade. Assim, o que importa não é que a forma represente utilidade apenas, mas que tal efeito técnico só possa ser obtido por meio daquela determinada forma. Nessa hipótese, mesmo que tal forma seja dotada de efeito estético, não poderá ser objeto da tutela do direito de autor, porque esta estaria interferindo no campo da técnica.

Por outro lado, artigos em que o efeito estético é principal, e não meramente acessório (BARBOSA, 2001, p. 504), são considerados obras de caráter puramente artístico, também excluídas da tutela do desenho industrial (art. 98), sendo, a princípio, protegidas pelo direito autoral: o terceiro regime aplicável.[684]

Temos aí, porém, alguns problemas. Na teoria, seria fácil distinguir entre uma configuração técnica (sujeita às patentes), ornamental (objeto do desenho industrial) ou artística (tutelada pelo direito autoral). No entanto, como explicado, as transformações da Economia Criativa, ao aproximarem arte e indústria, tornaram difícil no caso concreto qualificar uma obra em uma dessas categorias.[685] Assim sendo, mesmo que não haja

---

Desde que uma forma não se constitua em forma tecnicamente necessária, poderá ser protegida pela lei de direitos autorais, subordinando-se aos seus próprios requisitos bem como poderá também ser protegida como modelo industrial, sujeita ao requisito de caráter industrial" (SILVEIRA, 2012, p. 127-128).

[684] A atual Lei de Direitos Autorais gerou dúvidas quanto a sua aplicação ao design, uma vez que não reproduziu no seu rol de obras tuteladas (art. 7º) o inciso XI do art. 6º da Lei anterior (Lei 5.998, de 14 de novembro de 1973), referente às obras de arte aplicada. No entanto, como o rol é meramente exemplificativo, a omissão desse tipo de obra não significa que elas não estão cobertas (BARBOSA, 2003, p. 500). Além disso, a lei anterior condicionava a proteção da arte aplicada ao "[...] valor artístico [poder] dissociar-se do caráter industrial do objeto a que estiverem sobrepostas". Como vimos no Capítulo 2, os movimentos artísticos da segunda metade do século passado passaram a fazer uso de técnicas industriais na produção da obra. Portanto, a omissão de referido inciso na nova legislação facilita a aplicação do direito autoral a tais criações.

[685] "[...] o desenho industrial compõe dois elementos que no mundo moderno não mais se contrapõem: a funcionalidade e a estética. [...] O *design* representa a união entre a técnica e a estética, fenômeno do sistema industrial moderno que não pode ser reduzido aos critérios convencionais da arte e da técnica" (SILVEIRA, 2012, p. 45). Em passagem posterior, complementa: "No mundo moderno há um conceito de arte sociologicamente novo, decorrente da revolução industrial e da evolução da estética moderna em direção ao funcional. Segundo Benussi, o novo conceito de arte deve levar em conta aquilo que a realidade social contemporânea qualifica como criações artísticas, observando-se as obras que são objeto de exposições e exibidas nas galerias que reúnem as obras mais representativas da arte contemporânea, bem como aquelas que constituem objeto de crítica nas publicações artísticas e periódicos especializados. Dessa observação se extrai um conceito de arte mais próximo da verdadeira realidade atual, evitando-se aqueles conceitos que não respondem à vida contemporânea. Obtido o conceito de arte decorrente da realidade social, não hesitaremos em qualificar de obras artísticas muitas criações do desenho industrial, superando o obstáculo psicológico constituído pelo conceito de arte em sentido tradicional, tão relevante para o problema de tutelabilidade através da disciplina do direito de autor" (Ibidem, p. 206-207). Em seguida, faz menção a decisão do Tribunal de Milão de 4 de outubro de 1973, citada por Benussi, julgado esse que traça seguintes considerações: "As relações entre o mundo de arte e o da indústria estão muito menos separadas do que alguma vez se pudesse pensar... e que por valor artístico da obra não se pode entender outra coisa que não aquilo que o modo comum atual de sentir e conceber a obra de arte, nas suas várias manifestações, considera como tal, dilatando os confins da ótica oitocentista ou do início do século ou mesmo de uma dezena de anos atrás" (Ibidem, nota 11). Silveira (Ibidem, p. 143) faz referência também ao caso *Esquire v. Ringer*, julgado em 1978, nos EUA, em que: "A ré declarou não desconhecer as implicações filosóficas de determinar o que seja uma obra de arte, desde as definições que consideram a arte como 'verdade e beleza' até a visão contemporânea a respeito de arte", fazendo menção ao caso *Bailie v. Fisher* (1958), em que "[...] a *Court of Appeals* considerou que algo constituirá obra de arte se estiver compreendido na concepção histórica e costumeira do termo 'arte'" (Ibidem, p. 149). Silveira relata também que, em sentença de 5 de maio de 1976, o *U.S. District Court* do Distrito de Columbia (414 *Federal Supplement*, p. 939-942) deu ganho de causa à *Esquire*, tendo decidido o juiz Gerhard A. Gesell, em referência ao caso *Mazer v. Stein*, que o termo "arte" não deve ser reduzido às formas tradicionais de arte pura (Ibidem, p. 144).

dúvida de qual o regime aplicável a um artigo específico, considerando-se as diferenças substanciais entre cada um desses institutos, tal como descrevemos anteriormente,[686] faz sentido – tanto pela justificativa econômica como moral que embasou cada um deles – tratar de modos tão díspares bens tão semelhantes na prática?

À parte dos regimes acima, pode-se pleitear o registro do artigo (tanto o produto em si como sua embalagem) como marca (bi ou tridimensional), com base na distintividade que teria adquirido, possibilitando ao consumidor, pela sua configuração, associá-lo ao seu fabricante.[687] Essa quarta forma de proteção é particularmente interessante para o agente econômico, devido ao prazo de exclusividade poder ser estendido por sucessivas vezes, conforme explicamos anteriormente.[688]

Mais ainda, dada a semelhança que obras artísticas e industriais passaram a ter, há o risco de um artigo de design, ao conjugar elementos técnicos, ornamentais e artísticos, não ser enquadrado em nenhuma das categorias supramencionadas.[689] É o que ocorre com frequência na indústria da moda, cujas obras, muitas vezes, não são consideradas suficientemente artísticas para a tutela autoral; nem ornamentais (visto que sua configuração é disposta para uma função, qual seja, vestir), para que se registrem como desenho industrial; nem novas, do ponto de vista das patentes (uma vez que a funcionalidade da vestimenta faz parte do estado da técnica há milênios); e tampouco suficientemente distintivas para que se sujeitem ao regime marcário.[690] Na hipótese de nenhum regime ser aplicável, porém, ainda resta como última opção pleitear a defesa à concorrência desleal – o quinto regime aplicável ao design –, observadas as ponderações que fizemos no tópico 5.1.2 acerca da falta de diretrizes para sua aplicação.[691]

---

686 Diferenças essas, como vimos, postas em razão do contexto em que tais regimes surgiram, em que havia uma nítida distinção entre indústria e arte, sendo esta produzida individualmente como forma de expressão da personalidade do autor.

687 Por exemplo, a grife *Louboutin* vem enfrentando batalhas judiciais tanto na Europa como nos Estados Unidos para poder registrar uso do tradicional solado vermelho como marca figurativa. No Brasil, é registrado como marca tridimensional o frasco do perfume *Chance*, da *Chanel* (nº de registro 824586875) e como marca figurativa a *Le Pilage*, da *Longchamp* (nº de registro 826821324).

688 Em contraste com os prazos dos demais regimes, como expusemos acima.

689 Como vimos anteriormente, a jurisprudência brasileira é pouco clara ao definir os critérios para configuração de uma obra artística. Por exemplo, há decisões do TJSP negando a aplicação de direito autoral para obras de design quando estas deixam de ser únicas e passam a ser produzidas em massa (Apelações Cíveis 445.607.4/0-00 e 994.09.334493-2).

690 Para uma análise mais precisa desse mercado, incluindo a jurisprudência existente no Brasil, consultar Santana (2007).

691 De forma análoga, Reichman (1994, p. 2.463-2.464) critica a postura dos tribunais federais estadunidenses na década de 1980 no sentido de alongarem a aplicação das leis de concorrência desleal

No outro extremo, a aproximação entre arte e indústria pode fazer que determinado artigo seja protegido por mais de um dos institutos mencionados.[692] O problema, conforme já argumentamos anteriormente, é que a cumulação pode afetar o equilíbrio estabelecido pela propriedade intelectual entre os interesses econômicos e morais do titular ou do criador, de um lado, e os interesses da sociedade na disponibilização do produto, na evolução do design como um todo e na garantia da livre concorrência, de outro.

Nesse cenário, quem determinará qual(is) tutela(s) será(ão) concedida(s) ao design – se é que existe alguma – serão o INPI e o Judiciário, o que traz o problema já apontado de ter esses órgãos decidindo sobre, afinal, o que é ou não arte. Essa dificuldade se mostra presente na regulação inglesa da matéria, tendo os tribunais e o legislador britânicos por vezes proposto definições para o caráter artístico, levando em consideração os movimentos e transformações ocorridos a partir do final do século XIX, tal qual descrevemos no Capítulo 2. Com base nisso, concluíram por criar uma categoria intermediária para proteger o design[693] – posteriormente adaptada pela Lei comunitária europeia –, mas que, como veremos, não sanou completamente os problemas aqui apontados.

5.3.1.2 Caso inglês: noções artísticas e proteção industrial

Conforme exploramos anteriormente, já no início do século XIX a posição intermediária da arte aplicada preocupou a doutrina, a jurisprudência e o legislador franceses (berço do sistema continental de *droit d'auteur*). Nesse sentido, explicamos como já em 1806, 13 anos após seu primeiro diploma de direitos autorais, a França editou uma lei estabelecendo um conselho responsável por conservar a propriedade dos desenhos

(*unfair competition*), num racional confuso para tutelar o design, estimulando novas formas de superproteção ainda mais anticompetitivas do que a concessão de direitos autorais/copyright para esses artigos.

[692] A possibilidade de cumulação não é expressa na legislação brasileira, tampouco havendo vedação. Nesse sentido, a doutrina entende ser admitida (CHINELLATO, 2008; BITTAR, 2013).

[693] Medida semelhante é sugerida por Silveira (2012, p. 19): "A dicotomia entre os direitos de Propriedade Industrial e os Direitos de Autor, o primeiro tradicionalmente enquadrado como ramo do Direito Comercial, os segundos como disciplina do Direito Civil, traz ao jurista motivo de perplexidade ao se defronta com certas criações que parecem querer fugir do rígido enquadramento, vacilando seu campo de incidência e sugerindo a existência de uma terceira categoria de direitos que comporiam uma zona gris de proteção a criações que alcançam, de forma ambivalente, tanto a forma como a função".

de fabricantes, posteriormente estendido aos modelos de fábrica. De acordo com o que estudamos, a existência de duas normas gerou um cenário de total indefinição entre magistrados e doutrinadores franceses, sem clareza ou unanimidade de qual regime se aplicaria às obras apreciadas no caso concreto.

A situação em outros países, contudo, foi ainda mais problemática. Ghidini (2018, p. 226) nos explica, nesse sentido, que a França foi a exceção ao paradigma dominante até a segunda metade do século XX, ao estender a proteção via direito de autor à forma de produtos industriais, sob o princípio da unidade da arte (ao qual nos referimos no tópico 3.2.3).[694] Contrariamente, de acordo com a regra geral das demais jurisdições, a proteção de obras de uso prático que tivessem também apelo estético era baseada na premissa de a percepção das características estéticas ser dissociável daquelas utilitárias – a chamada teoria da *scindibilità* ou divisibilidade, que Ghidini relaciona aos movimentos do final do século XIX e começo do século passado –, como o *Arts & Crafts* e a Escola Bauhaus, de que tratamos no Capítulo 2.

Exemplo claro disso é o histórico conturbado da legislação britânica acerca do design. Desde o surgimento do século XVIII (conforme vimos no Capítulo 3), o Reino Unido teve uma série de diplomas para proteger artigos relacionados a esse setor. Por exemplo, em 1735 foi editada sua primeira norma para tutelar as gravuras por meio do copyright – a qual, não obstante, chamava seus criadores de inventores (*inventors*) e fazia distinção entre artistas e meros artesões (ROSE, 2005, p. 66-63). Foi, então, editada uma série de leis ao longo dos séculos XVIII e XIX para proteger artigos têxteis,[695] que Carter-

[694] Conforme analisamos no Capítulo 3 e repetido acima, ao longo do século XIX a possibilidade de cumulação dos regimes previstos pela Lei Autoral de 1793 e daquele estabelecido aos desenhos e modelos industriais pela norma de 1806 foi extremamente controversa na doutrina e jurisprudência. Não obstante, a teoria da unidade da arte sairia vencedora desse embate, ao ser positivada na Lei Autoral de 1909 e ratificada de forma mais clara no diploma de 1957. Isso não significa, porém, que essa teoria tampouco cause problemas. Kahn (2018, p. 28-29) nos relata que a visão personalíssima do direito de autor na França resulta em um conflito na prática para aqueles que comercializam bens industriais, já que é admitida a titularidade originária de pessoa jurídica para o design. Em resposta a isso, a jurisprudência tem flexibilizado o direito de autor para se adequar a artigos industriais, como menor abrangência de direitos morais e possibilidade de cessão (Ibidem, p. 32). Os Estados Unidos também têm uma história muito interessante (e confusa) acerca da proteção do design, em que vários testes diferentes foram criados para tentar separar a proteção por meio do copyright daquela conferida pelo regime de patentes. Nesse sentido, ler: Heymann (2007), Du Mont e Janis (2018), e Ginsburg (2018).

[695] Notadamente: os *Engravers' Copyright Acts* de 1735, 1766 e 1777; os *Calico Printers' Acts* de 1720, 1721, 1787 e 1794; os *Designing and Printing of Linens Acts* de 1787 e 1794; e o primeiro *Copyright of Design Act* de 1839, além do *Copyright of Design Act* de 1850. Todas as normas referidas nesta seção encontram-se disponíveis no idioma original em: <http://bit.ly/ukdesignacts>. Último acesso em: 3 dez. 2018.

Silk e Lewiston (2012, p. 22) relacionam com a necessidade de proteção comercial da crescente indústria britânica.

Por sua vez, em 1839, o Reino Unido promulgou sua primeira lei a tratar diretamente sobre o copyright de designs,[696] cobrindo uma ampla gama de artigos: padrões ou impressões têxteis;[697] impressões ou ornamentos em qualquer artigo de manufatura; e formas e configurações de qualquer artigo de manufatura.[698]

Carter-Silk e Lewiston (2012, p. 27) explicam o contexto por trás dessa norma: a partir do início do século XIX, o Reino Unido manufaturava mais produtos que seus concorrentes a preços e qualidade inferiores. Como forma de melhorar os atributos estéticos dos artigos ingleses, foram promovidas escolas de design na Grã-Bretanha e foi fundado o *Victoria & Albert Museum*, em Londres. Tratava-se do auge da Revolução Industrial, com o surgimento de novas técnicas, novas indústrias e de uma demanda consumerista para além da funcionalidade dos artigos, gerando um mercado de bens com apelo estético. Tudo isso ensejou debates acerca dos regimes de proteção jurídica necessários e adequados para o setor.

Esse diploma vigeu por menos de três anos, sendo substituído por algumas leis que se sucederam na matéria até o início do século XX.[699] Carter-Silk e Lewiston (2012, p. 32) relacionam a época em questão à ascensão das artes decorativas, como reação aos objetos funcionais produzidos mecanicamente em massa durante a Revolução Industrial. Assim, aplicavam-se as belas-artes como uma contribuição estética a artigos utilitários confeccionados industrialmente: uma forma de se retornar às origens tradicionais do artesanato – panorama esse que explicamos no Capítulo 2. A preocupação do legislador, dizem os autores (CARTER-SILK; LEWISTON, 2012, p. 32), era incentivar a criação artística, ao mesmo tempo em que se remuneraria o investimento exigido para o desenvolvimento tecnológico.

---

[696] Trata-se do segundo *Copyright of Design Act* de 1839. Naquele ano, foram promulgadas duas leis acerca da mesma matéria, sendo que a primeira se restringiu aos artigos têxteis. A segunda lei, nos dizeres de Carter-Silk e Lewiston (2012, p. 27), foi a pedra fundamental da legislação moderna sobre o design registrado (*registered design*, que explicaremos logo adiante).

[697] Com algumas exceções, a exemplo dos tecidos previstos em determinadas normas anteriores, como o primeiro *Copyright of Design Act* de 1839.

[698] Com algumas exceções, como aquelas mencionadas na nota acima.

[699] O *Ornamental Designs Act* de 1842, o *Utility Designs Act* de 1843 (estes últimos fazendo uma distinção de diplomas para regerem os artigos com função estética daqueles predominantemente utilitários), o *Patents, Trade Marks and Designs Act* de 1883, e *Patents and Designs Act* de 1907.

Da mesma forma, Carter-Silk e Lewiston chamam a atenção para a inconsistência das normas desse período, focando ora no aspecto funcional do produto (confundindo-se com o regime de patentes), ora nos elementos estéticos (aproximando-se do copyright das obras artísticas).[700] Ainda assim, o risco de sobreposição era pequeno, pois as hipóteses de violação estavam restritas à reprodução da obra no mesmo formato, utilizando-se do mesmo meio (2012, p. 33).[701]

O conflito entre estética e funcionalidade, no entanto, se exacerbou no século XX, quando a produção em massa começou a se firmar (CARTER-SILK; LEWISTON, 2012, p. 32).[702] Nesse sentido, a situação se tornou mais crítica com o *Copyright Act* de 1911 (também chamado de *Imperial Copyright Act*),[703] o primeiro a conferir proteção geral via copyright a todas as criações artísticas, independentemente de seu formato (cf. s. 2)[704] e a mencionar obras de artesanato artístico (*artistic craftmanship*), cf. ss. 2(1)(3) e 35(1)[705] –

---

[700] Carter-Silk e Lewiston (2012, p. 34) explicam que, apesar de a legislação garantir copyright aos designs, havia uma crescente distinção em relação ao regime atribuído às obras artísticas – isto é, de belas-artes. Ricketson e Suthersanen (2012, p. 6), por sua vez, ensinam que esse regime era muito mais próximo ao das patentes, por exemplo, ao exigir novidade como requisito para proteção, dada por um prazo em geral menor.

[701] Ou seja, o copyright de um desenho somente poderia ser violado por outro desenho, enquanto o copyright sobre um artigo de design só poderia ser violado pela confecção de outro artigo semelhante. Por isso, Bently (2018, p. 171) chama esse período de "coexistência silenciosa" entre os regimes.

[702] De forma semelhante ao que mostramos no Capítulo 2, Carter-Silk e Lewiston (2012, p. 32) explicam que a fusão entre belas-artes e design, no decorrer do século XX por meio da produção em massa de objetos esteticamente atraentes, apenas aumentou a dificuldade legislativa de lidar com tais artigos. Citando Gantz, dizem os autores (Ibidem, p. 35): "Em contraste com suas contrapartes artísticas, os desenhos industriais do século XX não eram como nada que tivesse sido visto anteriormente. O processo de design se fundiu com o da produção em massa. Como resultado, o século XX viu 'a emergência, o desenvolvimento e a restauração daquilo a que frequentemente nos referimos como design moderno'. O design industrial era visto como o 'processo que converte a tecnologia em bens materiais desejáveis, apropriados e necessários para o consumo em massa'. 'Design industrial é 'arte' com um propósito. Esse propósito é o sucesso do mercado'. O papel do designer no processo era fornecer ao público recursos considerados desejáveis dentro das restrições artísticas, de manufatura e de custo impostas pelo processo de fabricação. O século XX anunciou uma nova geração de projetos que também estimulou o reconhecimento do valor do design como um diferencial dos concorrentes. O direito do design teve que se adaptar à mudança do papel do design e buscou equilibrar as preocupações públicas de incentivar a criatividade sem prejudicar a indústria".

[703] Disponível em: < http://bit.ly/act1911>. Último acesso em: 22 dez. 2018.

[704] Antes dessa lei, o copyright de obras artísticas era regulado por normas distintas, tratando especificamente de gravuras, impressões e esculturas.

[705] Na discussão da Câmara dos Lordes no caso *George Hensher Ltd v Restawile Upholstery (Lancs) Ltd*: HL 1975 (que mencionaremos no tópico seguinte), *Lord* Simon argumentou que a alteração trazida pela Lei de 1911 foi reflexo do impacto do *Arts & Crafts* na sociedade britânica. Segundo ele, a legislação anterior, de 1862 (o *Fine Arts Copyright Act*, ou Lei de Copyright das Belas-Artes, em livre tradução), embasara-se na concepção "quase universal" de obra de arte da época – isto é, limitada às "artes elevadas". Em sua decisão, *Lord* Simon discorreu detalhadamente sobre a evolução do *Arts & Crafts*, chegando inclusive a defender que, por mais que inicialmente alguns dos líderes daquele movimento fossem contrários ao uso de técnicas e processos industriais, outros expoentes dessa escola mais entenderam que as máquinas poderiam ser um forte aliado em suas produções. Assim sendo, para *Lord*

uma categoria indefinida e incerta, garantindo pela primeira vez tutela via copyright artístico[706] a certos objetos tridimensionais (CARTER-SILK; LEWISTON, 2012, p. 36).

O amplo escopo do *Imperial Copyright Act* ameaçou criar conflito na proteção do copyright de artigos que também estavam cobertos pelo *Patents and Designs Act* (ou PDA) de 1907 (Ibidem). Por exemplo, reproduzir um desenho na forma de um artigo industrial – isto é, fabricar um artigo que estivesse descrito em um desenho – seria uma violação tanto ao desenho industrial protegido sob o PDA como também ao copyright previsto pelo *Imperial Copyright Act*. Para evitar a sobreposição em relação ao regime do design registrado (*registered design*, análogo ao nosso desenho industrial), o *Imperial Copyright Act* (cf. s. 22) excluiu da proteção do copyright os artigos de design que fossem passíveis de tutela pelo PDA de 1907, exceto se não fossem usados ou não houvesse intenção de usá-los como modelo ou padrão para ser multiplicado por qualquer processo industrial – isto é, quando o design fosse reproduzido ou houvesse a intenção de reproduzi-lo em mais de 50 artigos individuais.[707]

Ainda preocupado em resolver a posição complexa do design,[708] o legislador britânico de 1956 promulgou um novo *Copyright Act*, excluindo (cf. s. 10) da proteção daquela lei os designs que tivessem sido registrados em conformidade com o *Registered*

Simon, a razão de o legislador inglês de 1911 ter adotado o termo *artistic craftmanship* (artesanato artístico) em vez de *artistic handicraft* (manufatura artística) foi não excluir da proteção do copyright as obras realizadas por meio de maquinofatura. Em sentido análogo, Carter-Silk e Lewiston (2012, p. 32) dizem que o movimento *Arts & Crafts* deu ao Legislativo estímulo para estender a proteção do copyright às artes aplicadas.

706 Dentre todas as categorias mencionadas no *Imperial Copyright Act*, era a única a exigir o caráter artístico para proteção (RICKETSON; SUTHERSANEN, 2012, p. 7).

707 Essa quantidade foi estabelecida pela Regra nº 89 das *Design Rules* de 1920: "Um projeto deve ser considerado como um modelo ou padrão a ser multiplicado por qualquer processo industrial dentro do significado da s. 22 do *Copyright Act* de 1911: quando o design é reproduzido ou se destina a ser reproduzido em mais de 50 artigos, a menos que todos os artigos em que o design seja reproduzido ou se destine a ser reproduzido em conjunto, formem apenas um único conjunto de artigos, conforme definido pela Regra nº 5 deste Regulamento" (tradução nossa).

708 Bently (2018, p. 201) explica que a situação do design foi agravada pelo julgamento do caso *King Features Syndicate Inc. and Betts v O & M Kleeman Ltd* [1941] AC 417; 58 RPC 207 (HL) – mais conhecido como *King Features v Kleeman*. A disputa girou em torno da importação paralela de brinquedos basedos no personagem *Popeye.* Em sua decisão final, a Câmara dos Lordes entendeu que a intenção de reprodução industrial mencionada na s. 22 do *Imperial Copyright Act* (que explicamos acima) deveria ser verificada no momento de criação da obra (no caso concreto, o personagem). Dessa forma, estabeleceram uma distinção entre obras artísticas comissionadas para serem usadas como design aplicado a artigos – sobre as quais o copyright dos desenhos descritivos do design seria perdido – e design baseado em obras que não tinham sido criadas inicialmente para produção industrial – sobre as quais o copyright subsistiria ao lado do direito de design registrado na posterior aplicação da obra a um produto (Ibidem).

Designs Act então vigente, de 1949. Carter-Silk e Lewiston (2012, p. 40, tradução nossa) explicam o cenário por trás desse diploma:

> Em 1949, a austeridade da Segunda Guerra Mundial gradualmente deu lugar à evolução da sociedade de consumo. A função era importante, como pode ser visto a partir da proliferação de toca-discos, geladeiras e da crescente indústria automobilística, mas a forma era igualmente igual. O design e a aparência dos produtos se tornaram símbolos de *status* para os consumidores. [...] Longe de arte e função estarem em conflito, a arte nesta nova era focada na produção de artigos para o seu propósito. A verdadeira arte deste tempo está na identificação de formas e materiais apropriados à função pretendida do objeto.

A regra foi alterada em 1968, por meio da edição do *Copyright Designs Act*, motivado por pressões das novas indústrias criativas (BENTLY, 2018, p. 204),[709] de modo a permitir que o copyright fosse garantido por 15 anos – termo equivalente ao prazo máximo de proteção do design registrado –, ainda que o design tivesse sido aplicado industrialmente a artigos.[710]

A Lei de 1956 e seu aditamento em 1968 trouxeram uma mudança na lógica adotada para evitar a cumulação anterior. A norma precedente, de 1911, listava os designs

---

[709] O que inclui fabricantes de móveis e brinquedos (estes últimos alegando prejuízos causados pelas cópias fabricadas em Hong Kong), designers de joias e de moda, e estúdios de TV e cinema, que começavam a enxergar a importância do merchandising (Ibidem, p. 204).

[710] A alteração de 1968 parece ter sido em parte influenciada pelo Relatório Departamental do Comitê de Design Industrial apresentado ao Parlamento em 1962 (o *Johnston Report*), propondo dois regimes paralelos para proteger os designs, ambos com o mesmo prazo de proteção – cinco anos, renováveis por igual período por duas vezes –, sendo admitida sua cumulação: (i) copyright, extensível a todos os artigos industriais, desde que envolvessem habilidade e esforço na sua criação, sem necessidade de registro, mas apenas um depósito prévio, o qual não seria sujeito a análise de quanto à novidade do artigo; e (ii) desenho industrial, já existente à época.

O relatório baseou-se na opinião de membros de diversas indústrias do design, de cerâmica a moda, a partir das quais elencou as desvantagens (principalmente atraso e custo relativos ao registro) e vantagens (o fato de o registro dar um verdadeiro monopólio, não sendo necessário provar que houve cópia para se configurar violação; e o fato de o registro dar credibilidade ao caráter novel do artigo, havendo poucos casos de anulação, e previsibilidade, na medida em que outros agentes poderiam consultar quais os designs que já existiam no estado da arte) do regime então vigente.

Curiosamente, o relatório menciona que, para algumas indústrias, a proteção por copyright não seria interessante, pois uma dinâmica de cópia seria importante para a manutenção desses setores, tal qual o da moda. Além disso, o relatório traça uma distinção entre artigos industriais e as criações essencialmente artísticas, uma vez que naqueles os elementos funcionais acabariam limitando a capacidade de variação, dificultando a verificação de originalidade – o que seria um problema para a aplicação do regime de copyright artístico. Ainda assim, o documento relata que o mesmo problema pode ocorrer com outras obras artísticas, como a fotografia.

Por fim, manifesta-se contrário à inclusão do termo artesanato artístico na legislação, já que defini-lo na própria norma acabaria por engessá-lo, ao mesmo tempo em que deixar a definição a cargo dos tribunais levaria a decisões arbitrárias sobre o que seria arte. Todos esses pontos refletem as evoluções pelas quais passavam a arte e o design no decorrer do século XX, minando a barreira entre obras artísticas e industriais, bem como as dificuldades jurídicas que ocasionaram.

passíveis de tutela como desenho industrial no rol de obras excluídas da proteção de copyright artístico. O novo diploma, porém, o fez de outra forma: criando novas exceções às violações de copyright. Em outras palavras, o design poderia estar descrito em um desenho protegível por copyright artístico; no entanto, após o prazo de 15 anos de proteção, nenhum ato que consistisse em violação ao copyright seria proibido em relação aos designs registrados ou passíveis de serem registrados como desenhos industriais (BENTLY, 2018, p. 203).

A nova legislação, porém, se omitiu quanto aos designs não registráveis como desenho industrial, devido ao seu caráter funcional e utilitário, e pela ausência de mérito estético e apelo visual. Ocorre que, sendo os desenhos descritivos de tais designs obras artísticas protegidas pelo copyright artístico, a confecção de um artigo que reproduzisse tal desenho acabava por ser violação de copyright não coberta nas hipóteses de exceção aplicáveis aos designs registrados ou registráveis.

Na prática, portanto, passaram a existir três regimes distintos aplicáveis ao design no Reino Unido (sendo os dois primeiros cumuláveis): (i) design registrado como desenho industrial, com prazo de exclusividade de cinco anos, renovável por até duas vezes, podendo totalizar até 15 anos (cf. s. 8(1) e (2) do *Registered Designs Act* de 1949); (ii) copyright de 15 anos a designs que pudessem (devido a suas características ornamentais e estéticas)[711] ser registrados como design industrial (cf. s. 10(3) do *Copyright Act* de 1956); e (iii) copyright artístico, válido durante toda a vida do autor e até 50 anos após sua morte, para designs cujas formas fossem determinadas pela funcionalidade do artigo (cf. s. 2(3)).

Dessa forma, as regras inicialmente previstas para evitar a sobreposição entre regimes acabaram por dar margem a um cenário ilógico: designs com maior valor artístico passaram a ter menos proteção[712] do que aqueles essencialmente utilitários. Esse paradoxo ficou conhecido como copyright industrial.[713]

---

[711] No entanto, sendo taxativa e restrita a lista de obras protegidas por copyright, se tornava mais difícil alegar a proteção de copyright na ausência de desenhos prévios à fabricação do artigo de design, tendo que se basear, portanto, apenas no protótipo (BENTLY, 2018, p. 211). Essa dificuldade se revelou em casos judiciais como *George Hensher Ltd v Restawile Upholstery (Lancs) Ltd* (que discutiremos na seção seguinte).

[712] É bem verdade que o sistema do design registrado apresenta uma vantagem em relação ao copyright, na medida em que era um verdadeiro monopólio. O copyright, por sua vez, assim como o direito de autor, baseia-se na ideia de originalidade relativa, admitindo-se que duas pessoas cheguem independentemente ao mesmo resultado. Em outras palavras, só há violação ao copyright e ao direito de autor se ficar

O copyright industrial trouxe uma série de problemas e questionamentos para distintas indústrias no Reino Unido. Bently (2012, p. 2) nos diz que vários doutrinadores assinalaram: (i) os problemas colocados a agentes que queriam produzir e comercializar artigos não protegidos por patente ou design registrado, mas que se viram receosos de serem acusados de copiar parte substancial de um desenho contendo um design tutelado por copyright; e (ii) os perigos do copyright industrial em relação a peças de reposição e acessórios de produtos, nos quais os desenhos contendo o design fossem necessariamente copiados, ainda que indiretamente, por qualquer competidor que quisesse produzir partes substitutas sem o consentimento do titular.[714]

Tal cenário foi intensamente criticado pelo Relatório do Comitê para considerar a Legislação de Copyright e Designs apresentado ao Parlamento em 1977 (o *Whitford Report*). Tendo ouvido membros de diversas indústrias e pautando-se basicamente em fundamentos comerciais e econômicos,[715] o Comitê reconheceu a dificuldade de se

provado que o suposto violador teve acesso e copiou a obra original. Nesse sentido, a s. 9(8) do *Copyright Act* de 1956 previu que a criação de um objeto de em três dimensões não seria violação a uma obra artística em duas dimensões, caso tal objeto não parecesse a pessoas que não fossem especialistas em relação a artigos de tal categoria ser uma reprodução de referida obra artística. Por outro lado, o desenho industrial depende da concessão de um registro, que era caro e demorado – desvantagens semelhantes às do regime brasileiro.

[713] O paradoxo do copyright industrial originou-se, em parte, de decisões jurisprudenciais, como *Dorling v Honnor* [1963] R.P.C. 205 Ch D; [1964] R.P.C. 160 CA, reconhecendo que apenas o design de um barco em si teria caráter ornamental, enquanto suas peças integrantes, ao serem ditadas pela funcionalidade, não seriam registráveis como desenho industrial e, portanto, passíveis de copyright artístico, por força da legislação vigente; e *Amp Inc v Utilux Pty Ltd* [1971] F.S.R. 572; [1972] R.P.C. 103, restringindo a interpretação de apelo visual (*eye appeal*) para que um design fosse registrável como desenho industrial – neste caso, que ilustra a dificuldade de distinguir características estéticas de funcionais nos designs, a Câmara dos Lordes entendeu que um design seria exclusivamente ditado por sua função, ainda que sua função pudesse ser desempenhada se o design tivesse outra configuração, de modo que só haveria apelo visual se houvesse características ornamentais, para além da funcionalidade, capazes de atrair a atenção do consumidor. Por sua vez, o copyright industrial também deu margem a uma série de outras decisões equivalendo a obras artísticas a pregos e parafusos (*British Northrop Ltd v Texteam Blackburn Ltd* [1973] F.S.R. 241 Ch D), partes componentes de aspirador de pó (*Hoover Plc v George Hulme (Stockport) Ltd* [1982] F.S.R. 565 Ch D) e tubos de escapamento de carros (*British Leyland Motor Corp v Armstrong Patents Co* Ltd [1986] R.P.C. 279; [1986] A.C. 577 HL). Curioso, no entanto, que este tenha sido o efeito provocado, uma vez que o *Copyright Act* de 1956 se baseara no Relatório do Comitê Parlamentar de Copyright apresentado em 1952 (conhecido como *Gregory Committee Report*), o qual reconhecera a distinção entre obras de artesanato artístico, em seus diversos meios (ourivesaria, cerâmica, carpintaria etc.), que deveriam ser protegidas pelo copyright, e artigos produzidos industrialmente, os quais, por maior que fosse seu mérito artístico, seriam melhor protegidos pelo design registrado. O relatório também defendia que houvesse menção expressa às obras de artesanato artístico, sem, contudo, definir o termo, já que cobria uma gama ampla de atividades e materiais, sendo melhor deixar para os tribunais decidir sua aplicação no caso concreto.

[714] Bently (2012, p. 2) nos diz que o copyright industrial era bom para advogados, mas péssimo para a concorrência.

[715] Um dos argumentos principais colocados contra a extensão de copyright automático ao setor industrial era que isso seria contrário ao interesse do público geral em assegurar uma ampla gama de produtos a preços razoáveis. Nesse sentido, o Relatório preocupou-se com o efeito que o copyright teria no mercado

separarem os aspectos funcionais e estéticos do design, aceitando como critério o fato de a aparência do artigo deixar de influenciar a decisão de adquiri-lo.[716] Nesse sentido, o relatório apontou uma série de incongruências na legislação inglesa,[717] tal qual recusar a proteção via copyright de artigos como uma cadeira, ao passo que se tutelavam obras desprovidas de caráter artístico, como um guia de ruas:[718] sendo todos frutos de habilidade e esforço,[719] não haveria, portanto, por que se proteger alguns itens, mas não outros.[720]

Ao final, propôs-se a divisão do design em duas categorias. A primeira (categoria A) incluiria designs consistindo apenas em padronagem de superfície e formas de artigos tridimensionais cuja aparência estética influenciaria o consumidor na hora de adquiri-lo – abrangendo (mas indo além disso) o campo que em alguns países europeus era descrito como arte aplicada. Alguns artigos da categoria A seriam adquiridos apenas por sua aparência, ao passo que outros o seriam, em parte, por cumprirem a função lhes atribuída e, em parte, por terem aparência agradável. Dentro dessa categoria seriam incluídos padronagens de papel de parede e carpetes (assim como qualquer outra

---

de peças de reposição – cujo design tem que reproduzir o formato idêntico da peça original, ainda que tal configuração não seja essencial para desempenhar a função de referida peça. Assim, haveria o risco de o copyright criar um monopólio, afetando preços e comprometendo o fornecimento dessas peças no mercado. Por outro lado, o relatório considerou evidências de que a concorrência no setor de peças de reposição nem sempre levava a menores preços. Além disso, o argumento acerca do interesse econômico do público poderia ser estendido a outros campos, como a publicação de livros.

716 Mesmo critério adotado pela Câmara dos Lordes em *Amp Inc v Utilux Pty Ltd*, conforme mencionado acima.

717 Outro problema apontado foi o fato de que a proteção via copyright só era garantida a designs industriais que tivessem se originado de desenhos (cf. dito acima) – na medida em que a violação, por força do *section* 9(8) do *Copyright Act* de 1956, seria a reprodução tridimensional do desenho –, ignorando aqueles resultantes de um molde, bem como a questão de que o artigo final, muitas vezes, passava por tantas adaptações que se tornava muito distinto da sua descrição bidimensional. Além disso, mencionou-se o problema de que o sistema de design registrável se mostrava inviável em alguns casos, nos quais o design consistisse na representação de personagens de desenhos ou outras figuras a uma variedade de artigos. Para esses casos, uma variedade imensa de registros seria necessária, e, tratando-se de representação de figuras já existentes, como os personagens, não se atenderia o requisito da novidade exigido para o registro dos designs.

718 Outro exemplo dado são estufas, que, a depender do seu tamanho, podem ser obras arquitetônicas ou itens de design industrial.

719 Lembrando-se que, conforme explicamos anteriormente, predominava no copyright a aplicação do *sweat of the brow*.

720 Nesse sentido, quanto à tutela de aspectos decorativos de artigos industriais, o prazo de proteção durante a vida do autor e mais 50 anos foi tido como sensato, pois não haveria razão real para distinguir essa obra das demais obras artísticas. Foi também argumentado que, conforme as tendências do design mudem com os anos, um prazo de proteção longo não causaria prejuízo real. Ademais, foi sugerido que qualquer referência à vida do designer para determinar o prazo de proteção seria anômalo no campo industrial, pois muitos designs no setor eram produzidos por funcionários, sob contrato, sendo a titularidade normalmente atribuída a empresas – apesar de ser um problema presente em outros campos cobertos por copyright, isso provavelmente seria um problema maior na área de design.

padronagem ornamental aplicada a artigos de qualquer tipo), brinquedos, porcelana, louças, talheres, mobiliário e outros artigos similares.

Por sua vez, a categoria B incluiria todas as formas de artigos tridimensionais em que a aparência do artigo não influenciaria o consumidor, quem o adquiriria apenas na expectativa de que cumpriria a função que lhe foi atribuída. Tal categoria corresponderia à categoria de designs excluída de registro como desenho industrial,[721] abrangendo artigos como hélices, aerofólios e peças de reposição de automóveis e outras máquinas em que nenhum acréscimo decorativo tivesse sido feito. A categoria B cobriria aquela parte do design industrial em que não haveria, no sentido amplo, qualquer elemento decorativo ou artístico no artigo.

Para a categoria A, o Relatório sugeriu que, uma vez que o design tivesse sido aplicado industrialmente, o prazo de proteção fosse de 25 anos, a contar da comercialização do artigo contendo o design.[722] Quanto à categoria B, não houve unanimidade do Comitê a respeito da melhor forma de proteção. A maioria dos membros entendeu ser injusta sua exclusão da tutela via copyright, alguns sendo favoráveis à aplicação do mesmo regime sugerido para a categoria A, enquanto outros defenderam um sistema de depósito com prazo entre 15 e 25 anos.[723]

Influenciado pelo *Whiford Report*, o legislador britânico promulgou, em 1988, um novo *Copyright, Designs and Patents Act* (CDPA), criando a figura do design não registrado (*unregistered design*), um regime *sui generis* para regular o design e, assim, substituir o copyright industrial. Dessa forma, passaram a existir três meios distintos de proteção, organizados numa relação complexa, cada qual visando a tutelar artigos distintos (BENTLY, 2012, p. 3): (i) copyright aplicável às obras artísticas em si, bem como decoração de superfície (*surface decoration*) – isto é, ornamentação e arte gráfica aplicada à superfície do produto (a qual, para fins da Lei, não seria considerada como design, cf. s.

---

721 Conforme critério definido em *Amp Inc v Utilux Pty Ltd*, supramencionado.

722 "Pelo menos os elementos estéticos desses designs devem receber proteção em relação a sua aparência (mas não em relação a qualquer ideia ou princípio subjacente) sob a lei geral de copyright, sem a formalidade de registro ou depósito. Todos, com exceção de dois, do Comitê recomendariam, de fato, proteção para o design visto como um todo, sob o entendimento de que a proteção de direitos autorais não protege, no caso de qualquer projeto, a ideia ou princípio subjacente (parágrafo 180)" (tradução nossa).

723 O Comitê, entretanto, foi unânime ao defender que o prazo padrão de copyright deveria ser mantido, de modo que, apenas quando artigos nos quais o design fosse aplicado tivessem sido produzidos em massa e comercializados, um período menor de proteção para tais artigos deveria valer. Além disso, algumas obras com caráter artístico deveriam manter proteção integral por copyright mesmo quando produzidos em massa como disposto na s. 1(4) do *Registered Designs Act* 1949.

51(3)); (ii) design registrado, protegendo designs artísticos com apelo visual (mas não obras puramente artísticas), originando-se do registro, que continuou regido pelo *Registered Designs Act* de 1949; e (iii) design não registrado, protegendo automaticamente a partir da criação de desenho ou artigo que o abrigue (sem necessidade de registro), forma e configuração (internas ou externas) originais de parte ou da totalidade de artigo (cf. s. 51(3)), independentemente de o design ser funcional ou não.[724]

Ao design não registrado atribuiu-se o prazo de proteção de 15 anos da data em que for gravado em desenho ou que fabricado o artigo abrigando tal design, salvo se tal artigo vier a ser posto à venda ou para aluguel dentro de cinco anos da data supramencionada, hipótese em que o prazo seria de 10 anos em relação àquela data (cf. ss. 216(1)(a) e (b)). O design registrado e o copyright de obras artísticas produzidas industrialmente tiveram seus prazos igualados a 25 anos (cf. ss. 8 e 52(2) do *Registered Designs Act* de 1949).[725]

Assim, a regra de não cumulação entre copyright e design registrado foi encarregada à s. 213, estabelecendo que, quando houver copyright em uma obra que consista em ou inclua um design no qual design registrado subsista, não é violação de direito de design realizar qualquer ato que consista em violação de copyright. No entanto, em se tratando de artigo que, em si mesmo, seja obra artística, a proteção via copyright continuava limitada ao prazo conferido ao regime de desenho registrado (s. 52). Já entre copyright e design não registrado, a não cumulação está prevista nas ss. 51 e 236, dando prioridade ao primeiro (quando for cabível), mas afastando a hipótese de violação de copyright sobre desenho ou protótipo que abrigue design que, em si mesmo, não seja obra artística, no caso de fabricação ou reprodução de referido design.

Por sua vez, no final da década de 1990, a União Europeia adotou iniciativas para padronizar o tratamento jurídico do design no Velho Continente. Nesse sentido, em 1998, foi editada a Diretiva do Design (nº 98/71), recomendando aos países-membros que os designs registrados fossem elegíveis à proteção por copyright/direito de autor, atribuindo-lhes, contudo, o poder de determinar as condições e o âmbito dessa proteção

---

[724] Este surgiu como uma espécie de substituição ao copyright industrial (BENTLY, 2018, p. 217). Para evitar as consequências concorrenciais ao mercado de peças de reposição, conforme suopramencionado, previu-se não serem sujeitos ao design não registrado as formas e configurações que fariam um artigo interagir com outro, para que este desempenhe sua função, ou dependem da aparência de outro artigo, da qual forma parte integral (cf. s. 213(3)(b)(i) e (ii)) – as chamadas exceções *must fit* e *must match*.

[725] Estabelecendo, para o design registrado, prazo inicial de cinco anos, renováveis por até quatro vezes.

(art. 17º). Já em 2002, a Regulação do Design da Comunidade Europeia (nº 6/2002) estabeleceu dois novos regimes de tutela do design (registrado e não registrado) no nível comunitário, o primeiro protegível por 25 anos (cf. art. 12); e o segundo, por três anos (cf. art. 11).

A norma parece ter sido influenciada pelo *Green Paper* da Comissão Europeia de 1991 (111/F/5131/91-EN), recomendando que os Estados-membros adotassem a cumulação de proteções e abolissem a aplicação industrial como critério para reduzir o prazo de proteção dos designs via copyright/direito de autor.[726] Seguindo a nova normativa europeia, a Itália – historicamente regida pelo princípio da divisibilidade (*scindabilità*), supramencionado – alterou sua legislação, de modo a garantir direitos autorais aos artigos industriais que tivessem caráter criativo e valor artístico, e prevendo um período intermediário, durante o qual essa nova extensão do direito de autor não seria aplicada a alguns produtos.

Contudo, em 27 de janeiro de 2011, o TJUE julgou tal lapso incompatível com a Diretiva *InfoSoc* (2001/29/CE) sobre a harmonização de certos aspectos de direitos de autor (caso C-168/09, *Flos SpA v Semararo Case e Famiglia SpA*). Isso porque tal diretiva teria minado a liberdade dos Estados-membros para tratar da relação entre copyright e design. Por pressão de determinados grupos de interesse (BENTLY, 2018, p. 223),[727] o Reino Unido revogou a s. 52 do CDPA (supracitada), passando a prever proteção por copyright em tempo integral (isto é, 70 anos a contar de 1º de janeiro do ano seguinte à morte do autor). No entanto, a s. 51 (também referida anteriormente) permanece em vigor, de modo que continua a não ser violação do copyright de desenhos e protótipos os quais contenham design que não seja, em si mesmo, obra artística, a fabricação de artigo com base em referido design. Ou seja, para um design funcional ser protegido por copyright, precisa ser em si mesmo considerado uma obra artística (seja de artesanato, escultura ou gravura).

Em suma, hoje vigem no Reino Unido cinco regimes paralelos de proteção dos designs: (i) copyright; (ii) design registrado britânico; (iii) design não registrado britânico;

---

[726] Dispositivo esse que chegou a entrar na primeira minuta da diretiva e da regulação, divulgadas em 1993, tendo saído do texto por pressão do Reino Unido, Itália e Irlanda (BENTLY, 2012, p. 4).

[727] Isso porque, Segundo Bently (2018, p. 213), a decisão do TJUE não necessariamente significava que o Reino Unido teria que igualar o prazo de copyright das obras de design para as demais criações artísticas.

(iv) design registrado comunitário; e (v) design não registrado comunitário.[728] Forma-se, assim, "[...] uma matriz de direitos circunscritos por uma série de limitações e exceções, nenhuma das quais é abrangente, com a maioria conflitando-se ou sobrepondo-se" (CARTER-SILK; LEWISTON, 2012, p. 59).[729]

Dessa modo, a criação de categorias intermediárias de proteção, na forma de designs não registrados, por mais que tenha considerado as transformações ocorridas no cenário artístico durante o século XX, parece não ter solucionado a situação peculiar da proteção de artigos que misturam tanto aspectos estéticos como funcionais. Nesse sentido, permanece nas mãos dos tribunais ingleses e da Comunidade Europeia definir, no caso concreto, qual instituto jurídico se aplica, o que invariavelmente leva a discussões contraditórias sobre o conceito de obra artística, como analisaremos a seguir.

5.3.1.3 Caso inglês: O que é arte? O pandemônio judicial

Conforme vimos anteriormente, um dos problemas da tutela legal do design é atribuir ao Judiciário o papel (e o fardo) de definir quais obras são consideradas artísticas e, assim, passíveis de tutela pelo direito de autor ou copyright. O modelo inglês, ao prever categorias intermediárias, visou a evitar esse tipo de discricionariedade. Não obstante, aos tribunais ainda restou a responsabilidade de separar as obras suscetíveis aos regimes próprios do design daquelas que seriam artísticas em si.

Exemplo disso foi a aplicação do copyright às obras de artesanato artístico ou escultura,[730] que se mostrou extremamente conturbada na jurisprudência inglesa dos

---

[728] A esses podemos acrescentar também a possibilidade de cumulação com os regimes de marcas e patentes. Para um estudo mais aprofundado sobre limites dessa sobreposição, vide: FIRTH, 2008; MUSKER, 2012.

[729] A relação complexa entre os regimes fica clara em casos jurisprudenciais como *Lambretta Clothing Co Ltd v Teddy Smith (UK) Ltd*, versando sobre o design de uma jaqueta. O autor (Lambretta) tentou argumentar que copyright e os regimes do design deveriam ser conjugados para proteger a jaqueta em sua totalidade, o que foi rejeitado pela *Court of Appeal* britânica, criando uma lacuna em determinados aspectos do design, sobre a qual não haveria regime jurídico apropriado para tutelar o artigo.

[730] Há histórico de casos a esse respeito desde o início do século XX, como *Britain v Hanks* (1902) 86 L.T. 765, no qual se decidiu que bonecos de soldados feitos à mão seriam esculturas, de acordo com o *Sculpture Copyright Act* de 1814, então vigente.

Já na segunda metade do século XX, em *Wham-O Manufacturing Co. v Lincoln Industries Ltd* (NZ) [1985] R.P.C (N.Z. C.A.); [1982] R.P.C. 281, o Judiciário neozelandês entendeu que um modelo de madeira e o molde usados para a fabricação de *frisbees* seriam esculturas e, portanto, protegidos por copyright, mas os *frisbees* em si, não.

últimos 100 anos. Carter-Silk e Lewiston (2012, p. 52, tradução nossa) nos ajudam a entender essa complexidade:

> A origem da legislação acerca do design está na proteção dos produtos da indústria, ao passo que a tutela da escultura origina-se das belas artes, enquanto a tutela do artesanato artístico deriva do desenvolvimento do *Arts & Crafts*. No entanto, com a evolução do design industrial, a distinção entre design e escultura tornou-se menos marcante.

Nos julgados, as cortes britânicas tentaram ao máximo fugir da atribuição do que seria ou não obra de arte; contudo, a discussão sobre quais objetos recai proteção por copyright invariavelmente termina por esbarrar nessa questão. Dessa forma, os tribunais acabaram refletindo conceitos de arte e obra artística incompatíveis com as transformações decorridas ao longo do século XX, como explicamos no Capítulo 2 – apesar de, em alguns momentos, terem considerado algumas dessas evoluções no cenário artístico.

Em *Metix (UK) Ltd v G H Maugham (Plastics) Ltd* [1997] F.S.R. 718, por exemplo, entendeu-se que a definição de escultura, para fins jurídicos, não deveria ser estendida para além da noção do senso comum. Nesse sentido, os moldes usados na fabricação de seringas com duplo êmbolo não seriam esculturas, uma vez que seus criadores não pareciam ter se considerado artistas, nem ter sido assim considerados por outrem, quando desenvolveram referidos artigos. Mais ainda, o Judiciário britânico entendeu que, ao se confeccionarem os moldes, a preocupação com sua aparência e forma teria sido ditada predominantemente pelo objetivo de atingir um efeito funcional – retomando, mais uma vez, a noção de que obras artísticas (no caso, uma escultura) são bens majoritariamente estéticos, e não utilitários.[731]

Por sua vez, em *J & S Davis (Holdings) Ltd v Wright Health Group Ltd* [1988] R.P.C. 403, ao julgar se moldeiras odontológicas seriam protegidas, o Judiciário britânico apontou haver diferença em relação à decisão precedente, na medida em que, no novo caso, os modelos usados para a fabricação da moldeira não seriam esculturas por terem uma existência curta, servindo apenas para um estágio na produção do artigo final, e sendo descartados logo em seguida – entendimento esse controverso, pois não necessariamente esculturas são criadas para terem determinada duração.

Já em *Breville Europe plc v Thorn EMI Domestic Appliances Ltd* [1995] F.S.R. 77, o tribunal reconheceu o caráter de escultura a moldes de gesso usados para criar sanduicheiras (apesar de ter também entendido, no caso concreto, não haver violação do copyright relativo a tais moldes – o julgado, no entanto, fala que, caso o resultado fosse contrário, eles teriam que analisar se fazer um sanduíche nessa sanduicheira seria violação do copyright da escultura – uma discussão que seria, no mínimo, interessante).

Para Misquitta (2009, p. 283-284), a decisão em *J & S Davis v Wright Health* prestou pouca atenção à letra da Lei, porém produziu um resultado sensato; enquanto em *Breville v Thorn*, a norma foi interpretada literalmente, resultando numa decisão técnica, mas bizarra.

731 *Justice* Laddie, na sua decisão, critica o fato de a Lei ter sido "atormentada por tentativas de alargar o campo coberto pelas normas de copyright" (tradução nossa), referindo-se ao fenômeno de expansão do regime, que descrevemos no tópico 5.1.2.

De forma semelhante, no que diz respeito a obras de artesanato artístico, em *Burke and Margot Burke Ltd v Spicers Dress Design Ltd* [1936] 1 Ch. 400, decidiu-se que essa categoria não se aplicaria a um determinado vestido, uma vez que confeccionado mecanicamente por um grupo de mulheres, distintas daquela que idealizou a obra e fez o croqui. Transcrevendo o julgado (com nossa tradução): "A arte e o ofício devem originar-se da mesma mente, a fim de fazer um trabalho uma obra de artesanato artístico". Se esse entendimento for aplicado também às obras puramente artísticas, como pinturas e esculturas, as criações de Jeff Koons (um dos artistas contemporâneos mais celebrados, como vimos no Capítulo 2) não seriam protegíveis, pois, como explicamos no tópico 2.7, ele apenas desenvolve o conceito, relegando a produção a uma equipe especializada.

Já em *George Hensher Ltd v Restawile Upholstery (Lancs) Ltd*, discutindo se haveria copyright em protótipos de móveis, *Justice* Graham ([1972] F.S.R. 557) negou a aplicação do precedente criado por *Burke v Spicers*, pois, no novo caso, as mesmas pessoas teriam idealizado e confeccionado os artigos, os quais seriam, portanto, obras de artesanato artístico. A *Court of Appeal* ([1976] A.C. 64) reverteu essa decisão, argumentando que, para que um objeto seja qualificado como artesanato artístico, o apelo funcional ou utilitário não deve ser razão primordial para sua aquisição.[732] Apesar de manter a decisão da *Court of Appeal*, a Câmara dos Lordes rejeitou tal definição, na medida em que negaria que a concepção de artesanato artístico seria justamente produzir bens que fossem tanto utilitários quanto estéticos.

Os Lordes, contudo, não chegaram a um consenso sobre o requisito para configurar uma obra de artesanato como artística. De acordo com *Lord* Reid, por exemplo, para um objeto ter caráter artístico, não basta ter sucesso comercial: é necessário que qualquer parcela substancial do público genuinamente o admire e valorize pela sua aparência e obtenha satisfação ou prazer, seja emocional ou intelectual, ao observá-lo. Booton (1996, p. 131) considera essa noção alinhada aos movimentos do século XIX de difusão da arte, como *Arts & Crafts*, mas ressalta que algumas obras podem não ser apreciadas pelo público em geral, e, ainda assim, merecerem proteção via copyright.

Em igual sentido, *Lord* Simon diz que a expressão "artesanato artístico" surge na legislação no *Copyright Act* de 1911 (conforme explicamos anteriormente) influenciada

[732] Para Booton (1996, p. 130), havia a preocupação de que decidir de outra forma acabaria com o sistema de design registrado, ao garantir proteção de copyright ao design industrial.

pelo *Arts & Crafts*, mantendo o mesmo sentido no decorrer do século XX. Booton (1996, p. 134), todavia, contesta essa afirmação, apontando que esse movimento sequer é mencionado pelo *Gregory Committee* e pelo *Whitford Reports* – os quais, como vimos anteriormente, tiveram peso na edição das normas inglesas sobre copyright.

Já para *Lord* Kilbrandon, uma criação é artística se o autor conscientemente queria produzir uma obra de arte. Booton (1996) critica esse teste, chamando-o de incompleto, na medida em que os tribunais continuam tendo que decidir o que é uma obra de arte, a fim de saber se o autor tinha ou não a intenção de criar uma.

Outro ponto conturbado é se o caráter artístico deve ser verificado analisando-se o artigo por si só, independentemente da sua utilização ou do conteúdo que abrigará. Em *Merlet and Another v Mothercare Plc* [1986] R.P.C. 115, entendeu-se que não (mais especificamente, que a satisfação estética gerada por uma capa para bebês quando vestida não bastaria para qualificá-la como artística, uma vez que tal apelo deve resultar do item em si). Tal teste, entretanto, ignora que muitas obras são feitas para aproveitarem-se das qualidades estéticas dos itens que abrigarão ou com os quais estão de alguma forma associados – por exemplo, uma roupa pode ser confeccionada para enfatizar o formato do corpo e o movimento de quem a veste, assim como um decantador pode ser desenhado pensando-se nas características visuais do vinho, e um vitral geralmente será pensado para aproveitar a qualidade da luz externa (BOOTON, 1996, p. 137).

O contexto como elemento para se avaliar o caráter artístico de uma escultura ou obra de artesanato retornou aos tribunais britânicos duas décadas depois, em *Lucasfilm Ltd & v Ainsworth* [2011] UKSC 39, [2012] 1 A.C. 208, numa disputa acerca do capacete e armadura dos *Stormtroopers*, personagens da saga *Star Wars*, cujos direitos de design registrado haviam recentemente expirado. O entendimento do Judiciário inglês, validado pela Suprema Corte, foi no sentido de que, por maior que tenha sido sua contribuição desses itens para criar o efeito estético final dos filmes, esses itens não configurariam nem escultura nem artesanato artístico. Isso porque, de acordo com *Justice* Mann, para uma obra ser artística, o autor deve ter como parte do seu objetivo criá-la de forma que seja apreciada por seu apelo visual em si, independentemente de ter ou não outra finalidade. O magistrado prossegue, argumentando que devemos entender uma escultura como algo além – mas não tão além – daquilo que estamos acostumados a ver em galerias, baseando-nos no uso normal da palavra. Exemplificadamente, uma pilha de tijolos exposta no *Tate Modern*, em Londres, poderia ser uma escultura – em provável alusão à obra *Equivalent VIII*, de

Carl Andre (1966) –, mas uma pilha idêntica colocada na rua, não, pois teria um propósito distinto.

A decisão é interessante por reconhecer o abstracionismo que marca a Arte Contemporânea (tal como explicamos no Capítulo 2), colocando-o em perspectiva ao decidir sobre um objeto de design. Ainda assim é problemática ao vincular o caráter artístico à intenção de se ter o apelo visual como propósito principal da obra. Fazemos coro ao questionamento de Misquitta (2009, p. 288) para saber se os escultores modernos são movidos por esse objetivo. Ainda que entendamos a reflexão causada por uma obra como parte de seu apelo visual, a partir do momento em que a arte abraça a lógica de mercado, com expoentes como Warhol e, posteriormente, Koons (tal como tratamos em outra parte deste trabalho), passamos a ter dúvidas quanto à motivação predominante do artista.[733] De igual maneira, em outras criações, como os filmes diretamente ligados ao caso em questão, recordistas de bilheteria, é no mínimo impreciso dizer que são realizados com o intuito principal de causarem uma satisfação estética ao espectador.[734]

O caso *Lucasfilm* é extremamente simbólico das complicações trazidas pelo desenvolvimento da Economia Criativa aos regimes da propriedade intelectual. Primeiramente, pela razão óbvia de tratar do limiar entre design, escultura e artesanato artístico. Em segundo lugar, por envolver uma indústria bilionária cujos principais ativos

---

[733] Misquitta (2009, p. 289) chama atenção para o fato de que nenhuma das decisões que mencionou envolve belas-artes. Ou seja, os questionamentos jurídicos acerca do que é arte não foram feitos sobre as obras de, por exemplo, Duchamp, senão sobre a interseção entre arte e design industrial, provavelmente porque é precisamente nessa região que residem os lucros, justificando os custos relativos a um processo judicial (Ibidem). Misquitta reconhece que esse debate talvez nada tenha que ver com arte e que os casos mencionados resultam de negócios concorrentes que operam inteiramente fora da comunidade artística; no entanto, conforme arte se torne um comércio e artistas se orientem mais para negócios, estamos provavelmente nos aproximando muito rápido da época em que artistas começarão a investigar de que forma poderão aumentar suas margens de lucro por meio do copyright/direito de autor. Por fim, questiona-se se demorará para que artistas como Hirst e Koons – de que tratamos no tópico 2.7 – (ou seus acionistas) usem copyright/direito de autor de suas obras para limitar a concorrência.

[734] Para Misquitta (2009, p. 288-289), o problema da decisão é devido: (i) à legislação vaga e ambígua, que não responde com clareza o que é arte; (ii) a um século de precedentes por todo o globo, cada caso considerando a mesma questão por uma perspectiva histórica, social e cultural que não necessariamente era válida fora de seu próprio contexto; (iii) a uma trama complexa de direitos de propriedade intelectual que não deveriam poder se cumular desnecessariamente, para a desvantagem da sociedade; (iv) a uma indústria de *merchandise* de filmes no valor de bilhões de libras determinada a manter seus lucros; e (v) a um ambiente artístico que, por muitos anos (e provavelmente sempre) "saiu da linha", de modo a forçar barreiras e desafiar definições. Para Booton (1996, p. 139) – que não tratou especificamente do caso *Lucasfilm* –, por sua vez, os tribunais são incapazes de definir o significado jurídico da palavra "artístico". Dessa forma, sustenta que a legislação deve ser alterada para retirar aquele termo, que invariavelmente leva tribunais a discutirem questões subjetivas de mérito artístico. Em seu lugar, a Lei deveria proteger obras de artesanato – isto é, obras feitas manualmente –, independentemente da qualidade artística, o que facilitaria a distinção em relação ao aos artigos protegidos pelo design registrado (Ibidem).

são justamente bens criativos (sejam filmes ou itens de design vendidos como *merchandise*). Mais além, por demonstrar que os agentes dessa indústria recorrem ao copyright/direito de autor para proteger seus ativos, devido a esse regime ser muito mais restritivo, como explicamos neste capítulo, estendendo a exclusividade quando outros direitos, como de design registrado ou não registrado, já tiverem expirado. Dessa forma, é válido perguntar por que uma obra audiovisual, produzida dentro da dinâmica de uma organização empresarial, com objetivo mercadológico (isto é, virar um *blockbuster* e dar lucro), encaixa-se na tutela do copyright/direito de autor, ao passo que um artigo estritamente ligado a tal obra e somente comercializável devido ao êxito daquela fica relegado a uma tutela menos favorável?

O exemplo inglês, aqui exposto, é enriquecedor por, em uma série de momentos (como demonstramos acima), os diplomas e os magistrados parecerem levar em conta transformações no cenário artístico (em especial, aqueles da transição entre os séculos XIX e XX, como o *Arts & Crafts*) – diferentemente do que constatamos ter ocorrido no Brasil, como vimos nos capítulos precedentes – e uma consequente necessidade de proteger indústrias que se desenvolveram a partir dessas mudanças. Nesse sentido, percebemos que o legislador do Reino Unido adotou a criação de categorias intermediárias – notadamente, os regimes de designs registrado e não registrado – como resposta para os problemas contemporâneos da atual divisão da propriedade intelectual nesse setor específico.

De modo geral, no entanto, a experiência britânica, tanto em termos legislativos como judiciais, mostra que essa alternativa não soluciona inteiramente a questão, por duas razões. De um lado, os tribunais continuam a ter que definir o que é ou não arte – uma decisão extremamente discricionária, ainda que os magistrados considerem os movimentos contemporâneos que alteraram o cenário de produção artística. De outro, por mais que a existência de regimes híbridos suavize o contraste, continua a haver um abismo nas formas de tutela de bens muito semelhantes entre si,[735] inclusive no que diz respeito à sua finalidade e ao seu aproveitamento comercial.[736]

A seguir, analisaremos o software, outro bem cuja origem é posterior ao surgimento das categorias clássicas da propriedade intelectual e que, devido a suas

---

[735] O que, tal como vimos acima, em alguns momentos levou a cenários bizarros, a exemplo do copyright industrial, dando proteção muito maior a bens puramente utilitários do que àqueles que fossem tanto funcionais como estéticos.

[736] É por essa razão que nos opomos à solução proposta por Reichman (1995), conforme veremos na nota 854.

características funcionais e expressivas, encontra-se no meio do caminho entre os direitos autorais e a propriedade industrial.

5.3.2 Software

Como discutimos no tópico 5.1.1, o direito autoral/copyright tecnológico materializou-se na expansão desses regimes pra cobrir também obras marcadas principalmente por características funcionais e utilitárias. O maior exemplo desse fenômeno, sem dúvida, são os softwares,[737] ativo de alta relevância econômica no mundo contemporâneo.[738] Uma vez que se trata de um produto próprio da era digital (que, como vimos, apresenta incompatibilidades com os direitos autorais, fundados em conceitos próprios da era impressa), é natural que tenha levantado dúvidas quanto ao regime jurídico aplicável, dado que não se encaixa perfeitamente nas categorias abrangidas pelos institutos que compõem a propriedade intelectual.

Num primeiro momento, houve uma iniciativa de qualificá-los como um gênero próprio, intermediário entre a propriedade industrial e os direitos autorais. Essa corrente se baseou principalmente nas peculiaridades dos programas de computador, as quais analisaremos no tópico seguinte. A proteção por meio de um regime próprio foi defendida por um grupo de trabalho da OMPI no final da década de 1970, após longo estudo sobre o tema (BITTAR, 1982, p. 314).

Em paralelo, tribunais estrangeiros – especialmente estadunidenses – começaram a conceder direitos autorais a softwares (Ibidem, p. 319). Dessa forma, iniciou-se uma pressão internacional – promovida pelos Estados Unidos, então principais produtores e exportadores de programas de computador (GHIDINI, 2018, p. 238) – para que os demais países alterassem suas legislações de modo a expressamente inclui-los no

---

[737] O termo "software", de forma mais precisa, engloba tanto o programa de computador propriamente dito, como sua descrição e documentação técnica (BARBOSA, 2003, p. 311-312). No entanto, para fins deste trabalho, adotaremos seu uso comum, ou seja, como sinônimo de programa de computador.

[738] "Há cerca de uma década, a indústria do software no Brasil movimentava em torno de US$ 4,2 bilhões por ano, representando 0,7% do PIB, o que nos tornava o 7º mercado do mundo no setor. A taxa de crescimento do setor se situava em torno de 11% anual, o que possibilitou inverter a balança de pagamentos, tendo gerado, em 2003, US$ 100 milhões de superávit. 150 mil empregos eram gerados por quarenta e oito mil empresas" (NAZARENO, 2004, p. 3).

rol dos bens tutelados pelos direitos autorais.[739] Tamanho foi o lobby, que a própria OMPI mudou sua orientação, sugerindo que os países reconhecessem a proteção dos softwares por meio dos direitos autorais. Ainda que tal posição não tenha sido positivada na Convenção de Berna, o Tratado da OMPI sobre Direito de Autor equipara a proteção dos programas de computador àquela concedida às obras literárias.[740] O Brasil, contudo, não é signatário desse documento.

Mas por que o regime jurídico de tutela dos softwares suscita tanta discussão?[741] Dois parecem ser os motivos principais. Primeiramente, pelo lobby intenso em nível

---

[739] "Brasil, Japão e França nunca poderiam ter a legislação de sua escolha; a OMPI deixou de lado suas propostas de uma forma de proteção do 'meio-termo'. Depois de passar algum tempo meditando sobre a proposta do MITI, o Japão promulgou (em 1985) uma emenda a sua lei regular de direitos autorais, que está alinhada com a legislação de outros países desenvolvidos. Em julho de 1985, a França pareceu fazer o mesmo, introduzindo em sua lei de direitos autorais um conjunto de dispositivos destinados a proteger o software. Um novo direito de uso mais o direito de copiar conjunto de regras foi inventado, 'direitos morais' foram abolidos, um prazo mais curto de proteção foi introduzido e a propriedade foi concedida em princípio ao empreendedor de software e não ao criador do software. Essa abordagem significava uma negação direta de toda tradição jurídica francesa concernente ao 'droit d'auteur'. Ao mesmo tempo, uma reunião da OMPI sobre a proteção de software foi rejeitada na conclusão de que não havia nada a ser discutido, já que a proteção de direitos autorais era, por enquanto, uma resposta razoável. Parece uma curiosa coincidência que, antes de todas essas mudanças de mentalidade e no mesmo mês em que o projeto brasileiro foi submetido ao Congresso (outubro de 1984), o presidente dos Estados Unidos sancionou a nova Lei de Comércio e Tarifas, um dos títulos que contém um 'senso do Congresso' afirmando formalmente que todos os países devem adotar o sistema de direitos autorais para proteger o software, a fim de que não seja alvo de severas retaliações dos EUA. Se é provavelmente uma verdadeira coincidência face ao projeto brasileiro, não há dúvida de que a Lei destinava-se a atacar preventivamente o esboço do MITI japonês, como de fato aconteceu, e possivelmente desestimular soluções *sui generis* em outros lugares. Mas, em 7 de setembro de 1985, o presidente Reagan anunciou que estava ordenando o início de um processo contra o Brasil com base na s. 301 da Lei, para verificar as políticas brasileiras de informática, incluindo a falta de proteção de direitos autorais para o software. Não será uma surpresa notar que, em 26 de agosto de 1986, o Conselho Nacional de Informática (CONIN), um grupo assessor de gabinete, disse ao Presidente do Brasil que uma legislação de direitos autorais 'modificada' era a maneira correta de proteger o software; a proposta do Executivo que chegou ao Congresso brasileiro no final de dezembro de 1986 fez referências à lei de direitos autorais como fornecendo os fundamentos para a proteção, caso contrário, não especificado" (BARBOSA, 2001, p. 4, nota 7, tradução nossa). No mesmo sentido, Samuelson et al. (1994, p. 2.348, nota 46).

[740] No mesmo sentido vai o art. 10 do Acordo TRIPS. Ghidini (2018, p. 239) chama essa equiparação – também adotada pela União Europeia na Diretiva 91/250 – de ficção, dado o caráter funcional dos softwares (conforme veremos no tópico seguinte).

[741] Tamanha é a controvérsia que alguns autores, como Silveira (2011, p. 86), consideram forçada a solução de se enquadrar os programas de computador sob a tutela de uma espécie *sui generis* de direitos autorais (a qual dissecaremos nos dois tópicos seguintes). Em entendimento semelhante, Lemos (2005b, p. 67) critica o tratamento dos programas de computador sob o regime dos direitos autorais: "Discute-se que, justamente por causa dessa aplicação indistinta do direito autoral ao software, centralização e monopólio ocorrem em detrimento de inclusão e abertura". Também Ballardini (2017, p. 29) argumenta que se acaba usando o direito de autor/copyright para proteger aspectos funcionais (uma das características do software, conforme veremos a seguir), deturpando a sua finalidade original. De igual maneira, conforme analisamos no Capítulo 4, tal controvérsia se fez presente nos debates do nosso Congresso Nacional. Nesse sentido, o legislador optou por adotar o regime atual (que explicaremos no próximo tópico) porque outros países utilizaram essa opção e porque os programas de computador, assim como as obras literárias, consistiriam numa expressão, independentemente do uso de linguagem codificada – como veremos a seguir.

internacional para que a solução autoralista fosse abraçada – pois, como vimos anteriormente neste capítulo, os direitos autorais, de forma geral, garantem uma proteção mais forte ao titular sobre sua obra. Ademais, as características próprias dos programas de computador, que os colocam numa posição intermediária entre as obras artísticas, científicas e literárias, de um lado, e os artigos industriais, de outro.

5.3.2.1 Peculiaridades

Podemos elencar seis fatores que fazem dos softwares criações únicas: (i) autoduplicidade; (ii) caráter expressivo; (iii) suporte físico; (iv) destinação funcional; (v) aproveitamento comercial; e (vi) ausência de caráter estético. Tratemos delas a seguir.

Quando pensamos nas patentes, temos diante de nós dois processos para que seja possível sua reprodução. Primeiramente, é necessário ter acesso ao conteúdo teórico. Em outras palavras, precisamos "ler" a descrição para sabermos qual a forma de chegarmos à solução para certo problema técnico. Num segundo momento, é necessário "pôr a patente em prática", aplicando a teoria descrita na carta patente a um processo industrial. Para tanto, depende-se de um aparato físico, de equipamentos, que, a depender do grau de sofisticação, exigem altos investimentos. Um exemplo: ter acesso às patente de invenção por trás de determinado smartphone não nos permite, de imediato, fabricar cópias desse aparelho. Antes disso, precisaremos dispor de toda uma estrutura industrial que possibilite sua reprodução.[742]

O mesmo, contudo, não ocorre com os programas de computador. Devido a sua natureza autoduplicável, o acesso ao código permite sua reprodução. No mercado dos softwares, portanto, as barreiras de acesso a novos agentes diferem significativamente daquelas presentes nas indústrias tradicionais (BARBOSA, 2001, p. 3). A autoduplicidade, portanto, afasta o programa de computador do regime de patentes, mas o assemelha às obras autorais, uma vez que sua reprodução torna-se cada vez mais simplificada por meio das novas tecnologias (pensemos, por exemplo, em músicas, filmes, fotografias e livros replicados digitalmente).[743]

---

[742] A isso se soma o fato de a engenharia reversa ser muito mais fácil nos softwares (SAMUELSON et al., 1994, p. 2.343).

[743] É possível que essa distinção se reduza com o avanço tecnológico. Nesse sentido, a impressão 3D pode um dia simplificar a reprodução de inventos patenteados de maior complexidade.

Também o fato de o software consistir na expressão de um conjunto de instruções organizadas aproxima-o dos direitos autorais, ao mesmo tempo em que o diferencia das patentes, as quais protegem não uma expressão, mas sim uma ideia (posta em prática) representando a solução para um problema técnico.[744] Da mesma forma, sendo protegível a expressão, e não a ideia em si, é possível ter dois programas de computador distintos com base na mesma ideia e inclusive com as mesmas instruções, desde que organizadas de formas distintas.[745] Isso se deve ao fato de ser justamente essa organização a lhe conferir originalidade – a chamada dicotomia ideia-expressão, explicada anteriormente, um dos pilares do sistema autoralista.[746]

Por outro lado, a expressão contida nas obras artísticas, científicas e literárias está sempre posta numa linguagem humana, por mais que não verbal, figurativa ou abstrata, como nas artes plásticas. Por sua vez, os softwares contemplam tanto a linguagem natural (aquela falada por pessoas) como a linguagem codificada (o código-objeto, compreensível pelas máquinas).

Também no aspecto físico dos programas de computador, dos quais dependem invariavelmente, vê-se um distanciamento em relação ao regime autoralista.[747] Decerto, os bens objeto dos direitos de autor também precisam estar fixados em um suporte físico para serem protegidos (art. 7º da Lei de Direitos Autorais). Assim, uma obra literária pode ser

---

744 "O objeto de proteção no programa de computador não é uma idéia, mas a expressão de uma solução para um problema técnico. Assim como o engenheiro, lendo uma patente, prescreve um conjunto de instruções, seja a uma equipe de operários, seja a uma máquina qualquer, assim também o programa incorpora (ou expressa) este conjunto de instruções, mas destinado e legível apenas por uma determinada máquina de tratamento de informação. O valor econômico do programa deriva assim não da sua novidade enquanto idéia, mas da *realização* desta idéia enquanto conjunto de instruções a uma máquina. Diferentes programas podem representar a mesma idéia, ou mais freqüentemente, incorporam dezenas ou centenas de soluções técnicas, novas ou ressabidas, mas de um modo específico" (BARBOSA, 2003, p. 10).

745 Por outro lado, para Samuelson et al. (1994, p. 2.318), isso os diferencia das criações autorais. Por exemplo, é inimaginável pensar em duas partituras que, com notas diferentes, produzam o mesmo som.

746 Um dos problemas da aplicação da dicotomia ideia-expressão aos softwares, conforme reconhecido por Ginsburg (1994, p. 2.560), é o fato de os tribunais não concordarem sobre a identificação da expressão que pode ser protegia sem o risco de se monopolizar a ideia – ou seja, até que ponto ideia e expressão são separáveis entre si – semelhante à crítica de Jones (1990), apresentada acima, de modo que a tutela da expressão não represente o monopólio da ideia. No entanto, Ginsburg (1994) lembra que esse problema existe em obras literárias de não ficção e peças de teatro, citando em seguida jurisprudência estadunidense a esse respeito.

747 "[Houve] dúvida quanto à proteção de programas contidos em meios eletrônicos caracterizados como parte do hardware. Alegava-se, naquela altura, que a fixação do programa a um meio físico integrado ao equipamento retirava a possibilidade de tutelá-lo pelos institutos do Direito Autoral, reservando-se a proteção ao sistema patentário, se fosse o caso. Este foi, historicamente, o segundo problema discutido no âmbito do Direito Autoral aplicado ao software: especificamente, entre o *software* e o *chip*, em forma de ROM, onde ele estaria incluso. Também assunto do caso brasileiro de 1982, o tema foi mais profundamente discutido pelos tribunais americanos e franceses" (BARBOSA, 2001, p. 16-17).

impressa em um livro, assim como uma música pode estar gravada em um CD. Há, porém, uma diferença substancial: o suporte em que uma obra autoral está gravada serve à sua preservação, mas não impossibilita sua execução em outros meios. Um livro pode ser lido oralmente e memorizado, bem como uma música pode ser executada ao vivo. Por sua vez, ler em voz alta a expressão de um conjunto organizado de instruções não fará com que a máquina obedeça aos comandos. Os softwares devem estar gravados no próprio equipamento em que se produzirão os comportamentos, ou em equipamento a ele acoplado.[748]

Por mais que consistam numa expressão original, assim como as obras autorais, os programas de computador contêm também um aspecto funcional – tal como as invenções –, qual seja, provocar determinado comportamento numa máquina.[749] Nesse sentido, Samuelson et al. (1994, p. 2.316) os definem como "máquinas construídas na forma de texto". As criações sujeitas ao direito de autor, por sua vez, limitam-se à primeira característica, uma vez que seu objetivo principal é "manifestação do espírito" ou a comunicação.[750] Haveria aí, portanto, mais uma diferença entre os dois bens intelectuais.[751]

---

[748] Pode-se dizer que o mesmo ocorre com CDs de músicas ou filmes gravados em DVD ou *Blu-Ray*. Há, novamente, uma diferença. O filme pode ser tanto executado naquela mídia, como em qualquer outra (mesmo numa fita de vídeo). Da mesma forma, não há dúvida de que uma peça teatral que reproduza a mesma trama de um filme, sem autorização dos detentores dos direitos autorais, consistiria em plágio. Isso porque a expressão, no âmbito das obras autorais, se dá em linguagem natural, humana (verbal ou não), enquanto a expressão, nos programas de computador, utiliza um misto destas linguagens. Não há dúvida de que no DVD em que gravado um filme há um programa de computador, sem o qual o aparelho não será capaz de lê-lo. Esse programa, entretanto, não se confunde com a obra artística que está ali inserida, a qual pode ser reproduzida em outras mídias. A cópia não autorizada desse DVD consiste em contrafação não pela reprodução literal dos códigos ali contidos, mas sim pela reprodução de seu conteúdo.

[749] Um dos debates históricos mais relevantes acerca da forma adequada de proteção dos softwares foi travado entre Ginsburg (1994) e Samuelson et al. (1994). Um dos argumentos principais destes últimos era o fato de que a característica maior dos softwares seria o fato de "se comportarem" – isto é, performarem determinada função. Ginsburg (1994, p. 2.567), em contrapartida, não discordou desse ponto, mas sustentou que algumas obras objeto dos direitos autorais também têm a mesma característica, tal qual projetos arquitetônicos, coreografias, partituras musicais e esquemas de direção de palco. Arriscando-nos a argumentar contra aquela que talvez seja a maior doutrinadora viva na área de direitos autorais, talvez a diferença aqui resida no fato de o software não apenas conter as instruções para provocar determinado comportamento, tal qual os exemplos por ela citados, mas ser também autoexecutável, estando gravado no próprio equipamento sobre o qual provoca o comportamento, conforme explicamos acima.

[750] Ghidini (2018, p. 239, tradução nossa) insiste que a "[...] forma de um programa é sempre funcional e não importa se pode variar, uma vez que as variações possíveis tipicamente correspondem a conceitos funcionais dela e não a uma liberdade estética [...] Há uma *fusão*, uma penetração (uma conexão indivisível) entre expressão e função. O mesmo resultado prático pode ser alcançado de diferentes formas, mas o que importa [...] é que cada uma delas é guiada por um propósito funcional e não estético" – como veremos a seguir, a ausência de esteticidade é uma das críticas à aplicação do regime autoralista.

O aspecto funcional do software liga-se ao fato de ser produzido eminentemente para o mercado, no seio da atividade empresarial. Esse objetivo maior aproxima-o mais uma vez das patentes, uma vez que, como vimos no Capítulo 3, o sistema autoralista origina-se tendo em vista a tutela do artista individual, que cria como forma de expressão de sua personalidade. Não obstante, conforme demonstramos no Capítulo 2, o aproveitamento comercial, na Economia Criativa, passou a ser a finalidade principal de obras objeto desse regime, a despeito de seu fundamento ter se mantido acerca da figura do autor romantizado.

Além da funcionalidade, também a ausência de caráter estético assemelha os programas de computador às patentes de invenção, diferenciando-as das criações autorais. A isso, porém, se opõe o fato de a parcela do software escrita em linguagem humana não codificada, na medida em que resulta de uma escolha do programador, apresentar o mesmo nível de esteticidade que o exigido para um artigo científico.[752] A questão, portanto, se põe em até que ponto a expressão do programador que compõe parte do software efetivamente é uma "manifestação de seu espírito criador"; ou até que ponto, como já indagamos, um invento também não é consequência da visão de mundo particular de um indivíduo.[753]

Em face das peculiaridades acima e da pressão no nível internacional para a adoção do regime autoralista como forma de tutela dos programas de computador – conforme apontamos –, o legislador brasileiro optou por um tratamento jurídico para esses artigos um tanto criativo: ao mesmo tempo em que formalmente os sujeitou aos direitos autorais, estabeleceu algumas diferenças em relação ao modo como esse instituto se aplica às obras artísticas, científicas e literárias.

5.3.2.2 Tutela brasileira: um regime sui generis

Conforme vimos no Capítulo 4 e mencionamos no tópico anterior, as peculiaridades do software levantaram discussões entre os congressistas brasileiros acerca

---

751 "[A] fonte primária de valor do programa não é o texto, mas o *comportamento* do programa. Mais ainda, notam os autores que, no software, *texto* (o código) e *comportamento* são independentes: pode-se ter distintos códigos chegando a idênticos resultados funcionais" (BARBOSA, 2003, p. 21).

752 Nesse sentido, Bittar (1982, p. 319) diz que o requisito da esteticidade vinha há muito sendo relativizado no campo dos direitos autorais.

753 Além do exposto, pode-se alegar que a esteticidade do programa estaria presente em sua identidade visual (*look and feel*), a qual abordaremos na nota 762.

de qual natureza jurídica lhe seria atribuída. Nesse sentido, tivemos que esperar até o final da década de 1980 para vermos a questão pacificada no direito brasileiro. Até então, o debate se fazia na jurisprudência, estando a maioria dos autores favoráveis à proteção pelos direitos autorais,[754] enquanto uma minoria, liderada por José Carlos Tinoco Soares, defendia que o caráter técnico dos programas de computador tornaria impossível a proteção por aquele regime (BITTAR, 1982, p. 319). Um dos argumentos dos autores em favor da tutela pelo regime autoral era que a Lei 5.988, de 14 de dezembro de 1973 (então Lei de Direitos Autorais), continha em seu art. 6º apenas rol exemplificativo de bens protegíveis, não havendo impedimentos, portanto, ao enquadramento dos softwares nesse regime (ASCENSÃO, 1985, p. 63).

A primeira lei nacional a tratar dos programas de computador foi a Lei 7.232, de 29 de outubro de 1984, que implementou a Política Nacional de Informática. Esse diploma, porém, não definiu a sua natureza nem a forma de proteção, o que viria a ser feito somente em 1987, com a edição da Lei 7.646, de 18 de dezembro, nossa primeira Lei do Software. Nesse momento, o Brasil cedia à pressão internacional e submetia os programas de computador ao regime dos direitos autorais, encerrando de vez a discussão doutrinária e jurisprudencial. Ocorre que, diferentemente de outros países, que apenas modificaram suas leis de direitos autorais para que nelas expressamente constasse a proteção dos programas de computador, o Brasil editou norma específica sobre o tema, disciplinando-o de maneira um tanto distinta que as obras artísticas, científicas e literárias.[755] Esse tratamento *sui generis* não foi abandonado na edição da atual Lei de Software, a Lei 9.609, de 19 de fevereiro de 1998.[756]

---

[754] Entre os quais se incluía o próprio Bittar, além de Orlando Gomes e Ascensão (BITTAR, 1982, p. 319). O autor português, no entanto, posteriormente mudou seu posicionamento, defendendo ser incompatível a tutela dos programas de computador pelos direitos autorais (ASCENSÃO, 1997, p. 666).

[755] Ghidini (2018, p. 240-241) explica que também a Europa adotou uma forma de direito de autor/copyright *sui generis* para tratar os softwares, a qual, na sua opinião, é ainda mais protecionista do que o regime geral, por vedar a engenharia reversa, exceto nos casos em que indispensável para atingir a interoperabilidade com outros programas (cf. art. 6 da Diretiva 24/09/CE). Segundo ele, isso difere do modelo de direito de autor/copyright e mesmo das patentes, nos quais apenas a exploração econômica da obra derivada é sujeita a autorização pelo titular da obra originária, ao passo que a mera criação de uma obra derivada dá lugar a direito autoral/copyright independente.

[756] A Constituição de 1988, por sua vez, nada nos diz expressamente a respeito dos programas de computador. Se, por um lado, o inciso XXVII do art. 5º garante aos autores direitos exclusivos sobre suas obras, por outro, Barbosa (2003, p. 2) indica que a proteção constitucional dos programas de computador não se encontra nesse dispositivo, mas sim no inciso XXIX. Esse dispositivo, por sua vez, faz distinção entre inventos e criações industriais, estando aqueles sujeitos à proteção por meio de privilégios temporários de exclusividade, enquanto estes não estariam (ao menos no plano constitucional) limitados a determinado prazo. Ambos, porém, teriam sua proteção condicionada ao interesse social e ao

É bem verdade que o inciso XII do art. 7º da atual Lei de Direitos Autorais previu expressamente os programas de computador como obras sujeitas ao regime dos direitos autorais.[757] Contudo, esse dispositivo é logo acompanhado da seguinte ressalva: "§ 1º Os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis". A norma aplicável, no caso a atual Lei de Software (promulgada na mesma data que a Lei de Direitos Autorais), estabeleceu regime jurídico um tanto distinto. Por exemplo, não se atribuíram direitos morais ao programador, salvo os direitos de atribuição e integridade (art. 2º, § 1º), previsões estas já constantes na lei anterior.[758]

Outra diferença se dá na titularidade. A nova lei atribuiu ao empregador ou contratante os direitos patrimoniais sobre o programa desenvolvido em sede da relação de trabalho ou prestação de serviços (art. 4º), assemelhando-se, portanto, à propriedade industrial (art. 88 da Lei de Propriedade Industrial).[759]

O prazo de proteção também é distinto das demais obras tuteladas pelos direitos autorais. No caso dos programas de computador, é de 50 anos, a contar de 1º de janeiro do ano seguinte à sua publicação, ou, na sua ausência, criação (art. 2º, § 2º) – o dobro do previsto pela norma anterior, como mencionado no tópico 4.2.3. Conforme vimos no Capítulo 4, esse tema foi particularmente controverso entre nossos parlamentares, havendo críticas quanto à incompatibilidade de se garantir exclusividade por período tão longo e a velocidade própria das transformações digitais. Nesse sentido, Barbosa (2003, p. 25) sugere que o prazo deveria ser de cinco a sete anos.

---

desenvolvimento tecnológico e econômico do País, aos quais não se submetem os direitos autorais propriamente ditos, conforme vimos no tópico 5.1.4 e na nota 664. Essa classificação, contudo, não é partilhada por toda a doutrina. Silveira (2011, p. 85) considera que os programas de computador são criações intelectuais ao lado das criações industriais, e não contidas nesta categoria. Talvez a omissão do legislador constituinte tenha refletido a falta de harmonia entre os programas de computador e os direitos autorais, deixando o espaço aberto para que o legislador ordinário alterasse o regime jurídico daqueles bens, sem esbarrar em impedimentos constitucionais.

757 No mesmo sentido, o art. 2º da Lei de Direitos Autorais (em conformidade com o art. 10, 2, do TRIPS) equipara os programas de computador às obras literárias (observado o disposto nessa mesma lei), o que não constava na lei anterior, ao menos não de forma expressa. Silveira (2011, p. 69) critica esse dispositivo: "Nada justifica essa tardia equiparação senão a Constituição norte-americana, que determina que o Congresso deve promover a proteção aos escritos dos autores e às descobertas dos inventores. De qualquer forma, equiparar um tipo de criação a outro nunca deu certo em material autoral".

758 Silveira (2011, p. 69) acrescenta à lista o direito de inédito. Ainda que a Lei de Software tenha se silenciado a seu respeito, "[...] o direito de inédito integra o mais natural direito de personalidade e não necessita estar expresso em lei [...]" (Ibidem). O mesmo, contudo, não poderia ser dito em relação ao direito de se retirar o programa de circulação.

759 Conforme discutimos anteriormente, a Lei de Direitos Autorais estabelece uma série de limitações à transmissão de direitos patrimoniais (arts. 49 a 51).

Diferentemente da Lei de Direitos Autorais, a Lei de Software previu proteção também ao consumidor, tendo-se em vista sua relevância econômica e social.[760] Assim sendo, o comercializador do programa de computador se obriga a prestar assistência técnica ao comprador durante o prazo que durar a validade técnica da versão adquirida, ainda que esta tenha saído de circulação (art. 8º).

Pensando na importância dos softwares para a economia e o desenvolvimento tecnológico nacional, o legislador brasileiro adotou uma série de dispositivos protecionistas na nova Lei, destacando-a, portanto, do regime autoralista. Por exemplo, há vedação, nos contratos de licenciamento de programas, a cláusulas que limitem a distribuição e a comercialização do produto (art. 10, § 1º, I e II).[761]

Um ponto em comum com os direitos autorais é a prescindibilidade de registro (art. 2º, § 3º). No entanto, o registro facultativo é feito perante INPI – órgão responsável pela concessão da propriedade industrial –, sendo exigidas algumas informações, em especial, trechos suficientes do programa para identificá-lo e caracterizar sua originalidade (art. 3º, § 1º, III) –, em outras palavras, o código-fonte. Por mais que se garanta o sigilo desse material (§ 2º), tal requisito – somado à não obrigatoriedade – torna o registro pouco atrativo. A ausência de registro dificulta a prova acerca de sua autoria, o que conflita com a dinâmica própria dos softwares, produtos em geral elaborados pela contribuição de diversos profissionais.

Em suma, o Brasil adotou formalmente os direitos autorais como forma de tutela dos programas de computador, dessa forma se compatibilizando com a pressão internacional consolidada nos tratados sobre a matéria. No entanto, ao mesmo tempo, estabeleceu um diploma próprio para esses artigos, criando, na prática, uma nova categoria, que mescla elementos do regime autoralista com a propriedade industrial: notadamente, os direitos morais e prazo reduzidos; a titularidade nos programas criados por encomenda ou na relação de trabalho; os dispositivos de proteção do consumidor e do desenvolvimento

---

[760] Silveira (2011, p. 72), contudo, lamenta que tenha sido retirado da nova lei o disposto no art. 26 da lei anterior, segundo o qual: "O titular dos direitos de programas de computador e de sua comercialização responde, perante o usuário, pela qualidade técnica adequada, bem como pela qualidade da fixação ou gravação dos mesmos nos respectivos suportes físicos, cabendo ação regressiva contra eventuais antecessores titulares desses mesmos direitos".

[761] De forma semelhante, na Lei antiga, a comercialização de programas de computador desenvolvidos por empresas estrangeiras estava condicionada à inexistência de programa similar desenvolvido por empresa nacional (art. 8º, § 2º). No mesmo sentido, eram estabelecidas diversas exigências para que as empresas oriundas de outros países pudessem comercializar seus programas em território nacional (arts. 28 e 29). Essas disposições, contudo, não foram mantidas na nova Norma.

nacional;[762] bem como a prescindibilidade do registro. A legislação, todavia, se omite quanto à possibilidade de cumulação com outros institutos, ficando a dúvida de se seria possível a aplicação também do regime de patentes.

Note-se que o art. 10, V, da Lei de Propriedade Industrial estabelece que não são invenções nem modelos de utilidade os programas de computador em si. O que isso quer dizer, do ponto de vista prático? Que a expressão de um conjunto organizado de instruções não poderá ser patenteada. Contudo, se essa expressão puder fornecer a solução técnica para um problema, tendo uma ação prática sobre o universo circundante (atendendo, assim, ao requisito da aplicação industrial), então alguns autores defendem que tal solução técnica poderá ser objeto de patente, a exemplo de Barbosa (2003, p. 22).[763]

Um exemplo que ilustra essa possibilidade seria um programa de computador que viabilizava o controle de abertura de uma câmara de tratamento de borracha artificial, repetindo incessantemente o cálculo de um algoritmo segundo os dados dos sensores de pressão e temperatura. Nesse caso, temos uma solução técnica, a qual seria protegida pela patente, enquanto a expressão do conjunto de instruções dadas à máquina seria objeto da proteção por direitos autorais relativos aos programas de computador. Conforme nos explicam Barbosa (2003, p. 11) e Sicca (1999, p. 11), vários têm sido os casos em tribunais estrangeiros, especialmente nos Estados Unidos, em que tal proteção tem sido reconhecida, desde que atendidos os requisitos próprios das patentes de invenção ou de modelo de utilidade.

O próprio INPI reconhece essa possibilidade, tendo editado um documento no qual indica Procedimentos para o Exame de Pedidos de Patentes Envolvendo Invenções

---

[762] No tópico anterior, explicamos que a ausência de esteticidade poderia ser um elemento de separação entre direitos autorais e software. Por outro lado, também apontamos que essa característica estaria presente, de certa forma, na identidade visual (*look and feel*) dos programas. Assim, fica a dúvida de se esse elemento aspecto foi tutelado pela legislação. Seria sua cópia proibida por meio dos direitos autorais ou mesmo pelo instituto da concorrência desleal? No direito brasileiro, a questão parece ter sido resolvida pelo art. 6º, III, da Lei de Software, ao estabelecer que a semelhança entre programas que se der "por força das características funcionais de sua aplicação, da observância de preceitos normativos e técnicos, ou de limitação de forma alternativa para a sua expressão" não consiste em violação. É fato que os sistemas operacionais exigem determinadas características, especialmente visuais, dos programas aplicativos que nele rodarão. Da mesma forma, os usuários estão familiarizados com determinados formatos de programas aplicativos, dotados de certos aspectos visuais. Excluir dos demais agentes econômicos a possibilidade de reproduzir tais aspectos, sem dúvida, resultaria numa limitação à entrada em determinado mercado, constituindo-se, portanto, em barreiras econômicas.

[763] Mann (2010, p. 297) chama a atenção para o fato de que um produto de software típico pode incluir dezenas ou mesmo centenas de avanços tecnológicos, sobre os quais um mesmo número de patentes pode se aplicar.

Implementadas por Programas de Computador.[764] Nele, a autarquia apresenta como exemplo de solução patenteável um mecanismo de busca de palavras em uma base de dados que armazene documentos de texto e que faça buscas seguindo uma metodologia específica, capaz de prover resultados mais rápidos e eficazes.

Assim sendo, conclui-se que a legislação brasileira contempla sobreposição entre os direitos autorais *sui generis* e as patentes de invenção e modelo de utilidade no que diz respeito aos softwares,[765] devido às peculiaridades que os colocam numa zona intermediária entre os bens clássicos objeto de cada um desses regimes – e, possivelmente, também ao lobby para uma maior proteção. A cumulação joga a luz sobre um ponto central à hipótese deste trabalho, qual seja, a defasagem entre, de um lado, as categorias tradicionais da propriedade intelectual (em especial os direitos autorais) – que ainda se fundam na tutela de um cenário próprio do final do século XVIII – e, de outro, a dinâmica dos artigos oriundos da era digital e da Economia Criativa. No próximo capítulo, analisaremos possíveis soluções para esse problema, bem como as dificuldades que enfrentariam para serem aplicadas.

[764] Disponível em: <http://bit.ly/inpi-soft-patente>. Último acesso em: 30 maio 2018.
[765] Ghidini (2018, p. 239) diz que a mesma cumulação é admitida na Europa e a chama de protecionismo.

6 POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Vimos anteriormente neste trabalho que os regimes da propriedade industrial e do direito de autor originaram-se em momentos nos quais havia uma clara divisão entre os objetos a serem tutelados por cada um deles – notadamente, as criações utilitárias, no primeiro caso, e as obras artísticas, científicas e literárias, no segundo. Isso porque tais artigos eram produzidos dentro de lógicas econômicas distintas, não sendo amplamente admitido o aproveitamento comercial como motivação principal da arte, tal como ocorria no artesanato e na indústria. Dessa forma, estabeleceram-se distinções entre os institutos, que vão desde o sujeito típico de direitos (a figura romantizada do criador individual, no caso do sistema autoralista, e do empresário/empresa, na propriedade industrial), até a atribuição de direitos morais, prazos de proteção maiores (em constante expansão) e prescindibilidade de registro para as obras autorais – características estas ausentes na tutela dos artigos industriais.

No entanto, conforme analisamos, no decorrer do século XX, houve uma aproximação entre arte e indústria, seja pela incorporação de princípios mercadológicos na produção artística; pela sua utilização como investimento, entretenimento e publicidade; pelo surgimento das figuras do artista-empresário e da empresa-artística; ou pelo desenvolvimento da Economia Criativa, abrangendo setores limítrofes como a moda. Consequentemente, passamos a ter alguns problemas na divisão das categorias clássicas da propriedade intelectual: disciplinas jurídicas muito distintas para itens que se tornaram muito semelhantes; o descompasso entre a justificativa dos direitos autorais, e os objetos e sujeitos que tutelam no cenário contemporâneo; e dúvidas quanto ao regime aplicável a criações intermediárias, gerando por vezes sobreposição de institutos e, por outras, ausência de proteção. Como exemplo, vimos o tratamento legal do design e do software.

Neste capítulo, estudaremos as alternativas que podem ser adotadas para solucionar tais problemas criados pela configuração atual da propriedade intelectual. Iniciaremos pelas críticas que se colocam hoje a esse instituto jurídico, em especial pela literatura econômica e pelo *Law and Economics*. A partir daí, analisaremos os modelos propostos em substituição aos regimes autoralista e industrial – tais como os *creative commons*, os softwares livres e de código aberto, e mesmo a abolição dos institutos –, de modo a verificar em que medida resolveriam a problemática apresentada. Em seguida, tentaremos traçar algumas diretrizes a serem adotadas pelo legislador (e, eventualmente, o

Judiciário) que decida se ocupar da questão. Por fim, investigaremos em que pontos eventuais soluções seriam limitadas pelos tratados internacionais sobre a propriedade intelectual aderidos pelo Brasil.

Antes de prosseguirmos, cabe um esclarecimento: não é pretensão deste trabalho trazer uma proposta completa que resolveria todos os problemas apresentados. Alterações de regimes jurídicos já positivados dependem de uma série de estudos que envolvem áreas distintas, da Economia à Sociologia. Portanto, o que almejamos aqui é abrir caminho para futuras investigações que nos levem a um cenário melhor do que temos na atual forma de se dividirem os direitos autorais dos institutos da propriedade industrial.

6.1 Modelos alternativos à propriedade intelectual

6.1.1 Críticas à propriedade intelectual

Costumamos pensar na propriedade intelectual como algo inerente à inovação, sem a qual não haveria estímulos para que os indivíduos investissem tempo e recursos na criação de novos bens autorais e industriais.[766] Ocorre que, como vimos no Capítulo 2, os regimes autoralista e da propriedade industrial são relativamente recentes. Ainda assim, desde as origens da civilização, homens e mulheres inventaram engenhosidades; construíram ferramentas; desenvolveram soluções para problemas técnicos; compuseram músicas e poemas; narraram episódios reais e fantasiosos; pintaram paredes de cavernas, cerâmicas, afrescos, telas; esculpiram em diversos materiais, do barro ao mármore; entre tantas outras manifestações do intelecto.

Ou seja, durante a maior parte da história humana, a produção e a circulação de obras utilitárias, artísticas, científicas e literárias prescindiram de regimes legais que garantissem sua exclusividade.[767] O fato é que a apropriação das criações intelectuais não passa de uma tecnologia jurídica desenvolvida para viabilizar determinados fins, não muito diferente das sociedades de responsabilidade limitada (com personalidade distinta da de seus sócios) e dos títulos de crédito. Tal como discorremos no Capítulo 3, os privilégios

---

[766] Argumento que, como vimos, se fez presente tanto na doutrina como nos debates legislativos analisados nos Capítulos 3 e 4 para justificar a existência dos regimes da propriedade intelectual (seja na forma dos direitos autorais ou da propriedade industrial).

[767] Conforme explicamos no Capítulo 3, há quem diga que desde Roma Antiga já havia leis garantindo os direitos de um autor sobre sua obra. No entanto, trata-se de uma ideia questionável, como já expusemos.

das corporações de ofício, forma embrionária da propriedade intelectual, originaram-se como meio de se controlar a difusão e o acesso ao conhecimento, possibilitando a censura de informações e a interferência em setores econômicos estratégicos.[768]

Pode-se argumentar que os direitos autorais e a propriedade industrial seriam resultado inevitável do desenvolvimento dos meios de massificar a comunicação e a fabricação de artigos (BRENT apud CARBONI, 2010, p. 31). Por exemplo, a prensa mecânica, o rádio, a TV e, mais recentemente, a internet (como tratamos no Capítulo 5) reduziram substancialmente os custos de reprodução das criações autorais. Da mesma forma, os motores a vapor e à combustão, a descoberta da eletricidade e, agora, a impressão 3D baratearam a confecção de itens utilitários.

Em outras palavras, pode-se alegar que a evolução dos meios de se propagar e replicar o conhecimento paradoxalmente mina o estímulo à inovação, uma vez que o desenvolvimento tecnológico reduz a possibilidade de se excluir o acesso de terceiros aos bens intelectuais. Se a criação de uma nova obra ou artigo gera uma externalidade positiva, na medida em que todos podem fazer uso dela, nenhum agente teria estímulo para investir na inovação. Pelo contrário: seria mais benéfico ao indivíduo (mas não à coletividade) adotar um comportamento parasitário (*free-rider*), aguardando que outro desenvolva o novo produto para então copiá-lo.

Seria justamente, portanto, a maior facilidade de reprodução resultante das novas tecnologias que explicaria a necessidade de mecanismos jurídicos que garantissem a exclusividade sobre as criações intelectuais (diferentemente do que ocorreu durante a maior parte da História). O mesmo fato também seria o motivo da expansão constante de tais regimes (LESSIG, 2004, p. 174), que vem ocorrendo tanto nos direitos autorais como na propriedade industrial (tal como explicamos no Capítulo 5). Em suma, em prol do estímulo à inovação via competição, se aceitaria paradoxalmente a imposição de um monopólio sobre os bens intelectuais (SMIERS, 2015, p. 111).[769]

---

[768] Exemplo claro foi a elaboração do Estatuto da Rainha Ana, na Inglaterra, que, como esclarecido no Capítulo 3, tinha por objetivo reduzir o poder das corporações de editores de livros, por meio da transferência para os autores do monopólio sobre as obras. Nesse sentido: Lessig (2001, p. 186-187).

[769] É justamente o benefício à concorrência que marca o surgimento da propriedade industrial como uma adaptação dos privilégios estatais à lógica do liberalismo econômico do surgimento da Era Contemporânea, tal como mencionamos no Capítulo 3. Conforme explicado, a mentalidade iluminista pautou esse processo de transferência de um monopólio estatal para um privado, fundando-se na ideia de que a inovação pertence ao inventor por ser fruto do trabalho. Diferentemente, o sistema continental de direitos autorais teve mais influência da relação personalíssima entre autor e obra. Isso não significa

Esse mecanismo, contudo, não está imune a críticas. Existe vasta literatura econômica que, baseada em dados empíricos, questiona a prescindibilidade e o impacto positivo da outorga de direitos autorais e propriedade industrial na criação de novas obras artísticas, científicas e literárias, bem como no desenvolvimento de novas tecnologias (KINSELLA, 2001; SHAVEL e VAN YPERSELE, 2001; NADEL, 2003; BESSEN e MEURER, 2008; BOLDRIN e LEVINE, 2008; BURK e LEMLEY, 2009; LEVINE et al., 2011).[770]

Boldrin e Levine (2008), por exemplo, embasados em pesquisas de outros autores, sustentam que a propriedade intelectual não foi essencial[771] – e em alguns casos

---

dizer, como constatamos nos Capítulos 3 e 4, que argumentos econômicos (também típicos do período mencionado – isto é, a extinção do mecenato e o princípio de mercados de bens artísticos, aos quais o autor individual era alheio, conforme discorremos no Capítulo 2 –, mas ainda considerados atualmente, a despeito das transformações provocadas pela Economia Criativa) não tiveram um papel na tradição autoralista francesa, adotada pelo Brasil. Dessa forma, as justificativas econômicas da propriedade intelectual levantadas neste tópico também se aplicam ao *droit d'auteur* e aos sistemas que nele se basearam (como o brasileiro), ainda que disputem na doutrina, nos debates legislativos e na jurisprudência (cf. analisamos ao longo deste trabalho) espaço com argumentos romantizados acerca da produção artística como uma "expressão do espírito".

770 No que diz respeito especificamente ao prazo de exclusividade sobre obras artísticas, científicas e literárias, Lessig (2004, p. 207) nos diz que 17 economistas, incluindo cinco ganhadores do Prêmio Nobel (Ronald Coase, James Buchanan, Milton Friedman, Kenneth Arrow e George Akerlof), assinaram parecer contrário à sua extensão nos Estados Unidos por meio do *Sonny Bono Copyright Term Extension Act*.

771 Nesse sentido, dizem haver evidência de que autores britânicos durante o século XIX receberam mais *royalties* pela venda de seus livros nos Estados Unidos (onde não eram protegidos) do que no próprio Reino Unido (BOLDRIN; LEVINE, 2008, p. 24). Isso porque, antes de licenciarem o copyright sobre suas obras na Inglaterra, vendiam manuscritos para os editores americanos, os quais saturavam de cópias o mercado local o mais rápido possível, antes que os competidores pudessem imitá-los (Ibidem). Em igual sentido, argumentam não haver evidência de que o reconhecimento de direitos autorais sobre músicas teve efeito sobre a quantidade de compositores clássicos nem sobre a produção destes na Alemanha, Áustria, Inglaterra e Itália – à exceção da França (Ibidem, p. 197). Também, a ampliação da legislação de copyright americana de 1909, estendendo em 40% o prazo de exclusividade, não aumentou a proporção de obras produzidas em relação à população daquele país nos 40 anos seguintes (Ibidem, p. 101-102). Além disso, alegam que a criação de bases de dados é maior nos Estados Unidos do que na União Europeia, onde são protegidas, conforme explicamos na nota 527 (Ibidem, p. 213).

Na mesma linha, vide os comentários de Samuelson (2005, p. 14) acerca da ausência de impacto negativo das decisões de *Computer Associates v. Altai* e *Sega v. Accolade* na indústria de software estadunidense, aos quais nos referimos na nota 771. A mesma ausência de correlação haveria na propriedade industrial.

Por sua vez, a análise dos catálogos de invenções das Feiras Mundiais do século XIX aponta que a Suíça, país até então sem patentes, tinha o segundo maior número de tecnologias exibidas per capita (BOLDRIN; LEVINE, 2008, p. 199). Em igual sentido, Bessen e Meurer (2008, p. 12-13), revisando dados históricos da Revolução Industrial, concluem que as patentes desempenharam papel pequeno no crescimento econômico e na inovação. De igual maneira, Boldrin e Levine (2008, p. 56-57) não encontram relação entre a proteção de cultivares nos Estados Unidos, a partir dos anos 1970, e o aumento da produtividade agrícola, que tem se mantido constante naquele país. Também no setor financeiro, relatam que a inovação cresceu drasticamente em período em que não havia proteção por meio de patentes (de 1970 a 1990), não havendo sinais de incremento desde então (Ibidem, p. 60). Já de acordo com Lessig (2001, p. 206), a evidência empírica mostra que, salvo em algumas indústrias, como a farmacêutica, o benefício das patentes é pequeno. Do ponto de vista teórico, o argumento é também colocado por Hayek (1988, p. 35).

foi até mesmo prejudicial à inovação.[772] Isso porque, conforme explicamos no Capítulo 5, diferentemente dos ativos costumeiramente sujeitos ao regime de bens comuns, as criações intelectuais têm baixa rivalidade, de modo que o uso por um indivíduo não as esgota; pelo contrário, as agrega, na medida em que toda nova produção artística, científica e tecnológica funda-se naquelas que a precederam – sendo, portanto, bens antirrivais (WEBER apud BENKLER, 2002, p. 66, nota 123).[773] Dessa forma, não são passíveis da

---

Dreyfuss (2010), por sua vez, revisita literatura que analisa setores criativos em que, apesar da constante inovação, não há formas típicas de tutela – como culinária e *stand-up comedy*; no entanto, ela conclui que tais áreas dependem de formas laterais de proteção: chefs de cozinha utilizam o direito de autor em seus livros de culinária e o *trade dress* para ter exclusividade na "vestimenta comercial" de seus restaurantes, ao passo que comediantes utilizam comercialmente seu direito de imagem.

772 Boldrin e Levine (2008, p. 52) citam Stigler, segundo o qual houve pouquíssimo desenvolvimento da máquina a vapor (que deu origem à Revolução Industrial) durante a vigência da patente detida por James Watt, de 1775 a 1800. Em comparação, dizem que as inovações dessa tecnologia quintuplicaram entre 1810 e 1835. Em trabalho anterior (2003, p. 5), alegam que alteração na legislação estadunidense em 1836, dificultando a concessão de novas patentes, aumentou a inovação naquele país. Similarmente, Shavell e Van Ypersele (2001, p. 527) alegam que as críticas ao sistema de patentes no século XIX fizeram que muitos países europeus se preparassem para alterá-lo ou mesmo aboli-lo. Por exemplo, a Inglaterra encomendou uma série de comissões reais entre 1850 e 1870 para investigar esse regime; a Suíça rejeitou sua introdução em 1863; Otto von Bismarck recomendou sua extinção na Prússia em 1868; enquanto a Holanda chegou a fazê-lo em 1869. Citando Machlup e Penrose, alegam que a reintrodução das patentes está associada a questões políticas, como a crise econômica de 1870, levando ao enfraquecimento das ideias de livre comércio. Já Levine et al. (2011) apresentam argumentos teóricos e empíricos para defender não haver prova de que a propriedade intelectual impulsiona a inovação; havendo, porém, evidência de que a prejudica em casos particulares.

773 No âmbito das patentes, Scotchmer (1991) cunhou a expressão "erguido sobre os ombros de gigantes" (*standing on the shoulder of giants*) – em referência à frase dita por Isaac Newton – para denominar o fenômeno de todo progresso tecnológico fundar-se em inovações anteriores. A autora critica o fato de a maior parte da literatura econômica tratar das patentes isoladamente, sem enfocar as externalidades que inovações anteriores causam às posteriores. Ela defende que a natureza cumulativa da pesquisa causa problemas à configuração ótima do direito patentário: o desafio é recompensar completamente os primeiros inovadores pela base tecnológica que fornecem para inovadores posteriores, ao mesmo tempo em que se recompensem estes adequadamente pelos incrementos e novos produtos que desenvolvam. Assim, quanto mais amplo o regime de patentes (tanto em termos de prazo quanto na restrição que impõe às condutas de terceiros), mais futuros inovadores precisarão de licenciamento das tecnologias anteriores (sob o risco de violarem direitos de exclusividade), e menos incentivos eles terão para inovar (tema ao qual voltaremos mais adiante). Uma forma de remunerar adequadamente o primeiro inovador e o posterior seria por meio de empreendimentos cooperativos (vide nota 797). No entanto, a capacidade de tais acordos de cooperação oferecerem incentivos para ambos os inovadores depende de dois fatores: (i) o grau de externalidade positiva do invento posterior (quanto transfere de ganho para o primeiro inovador); e (ii) o poder de barganha do segundo inovador. O problema é que, quanto mais amplo o regime patentário, menor o poder de barganha do segundo inovador. Bessen e Meurer (2008), por sua vez, associam esse fenômeno ao dilema do prisioneiro da teoria dos jogos: a decisão individual de patentear é racional, pois os benefícios privados de obter essa patente excedem os custos, ao passo que os custos que milhões de patentes, conjuntamente, impõem aos inovadores (salvo nas indústrias química e farmacêutica, de acordo com os autores) excedem os benefícios que concedem.

A nosso ver, essa mesma argumentação teórica proposta por Scotchmer, e Bessen e Meurer pode ser traçada em relação aos bens autorais – a esse respeito, vide nossos comentários no capítulo anterior sobre as semelhanças econômicas atuais dos mercados de tais criações em relação aos artigos industriais. Nessa linha, Lessig (2004, p. 21-24) narra como a *Disney* – um dos principais defensores da propriedade intelectual, especialmente a extensão do prazo do direito autoral/copyright (cf. vimos no tópico 5.1.5) – começou sua produção cinematográfica justamente fazendo uso de criações e invenções de terceiros. Estas, porém, não se limitaram a obras já caídas no domínio público (como as histórias dos Irmãos

chamada tragédia dos comuns,[774] senão da tragédia dos anticomuns[775] (a que nos referimos no tópico 5.2.1), na medida em que justamente o mecanismo jurídico criado para dar-lhes

Grimm): a técnica de sincronização de som e imagem, que possibilitou as animações do estúdio, não foi inventada por Walt Disney. Da mesma forma, o desenho de estreia do *Mickey Mouse* (que alegadamente motivou a ampliação do prazo do copyright americano no final do século passado, conforme já mencionamos no tópico 5.1.5) em 1928, chamado *Steamboat Willie*, foi uma paródia de um filme de sucesso do ano anterior, *Steamboat Bill, Jr.*, por sua vez inspirada na canção *Steamboat Bill*.

A literatura também lista uma série de exemplos de coexistência entre obras originárias e derivadas, sendo estas autorizadas ou não, competindo num mesmo mercado ou não. Nessa linha, Lessig (2004, p. 25) nos fala do *doujinshi*: quadrinhos japoneses resultantes da adaptação de *mangás* existentes. "*Doujinshi* não é simplesmente uma cópia; o artista precisa fazer uma contribuição para a arte que ele copia, transformando-a de forma sutil ou significativa. Um gibi *doujinshi* pode então pegar um gibi de sucesso e desenvolver sua história de maneira diferente – com uma linha de história diferente. Ou então o gibi pode pegar personagem por personagem do mesmo jeito, mas mudando sua aparência levemente". Apesar de, tecnicamente, configurarem uma violação aos direitos sobre as obras originais, há uma aceitação do *doujinshi* no Japão, cujo mercado ilegal existe em paralelo ao e concorre com o mercado de *mangás*. Lessig nos diz, inclusive, que para muitas pessoas é justamente a existência do *doujinshi* que faz o mercado de *mangás* prosperar. Cita também a opinião de Winick, para quem o mercado de quadrinhos estadunidense, originalmente, funcionou na base da cópia (Ibidem).

Em igual sentido, Lemos (2009, p. 40), ao tratar do fenômeno do *tecnobrega* no Pará (ao qual voltaremos na nota 786), nos informa inexistir concorrência entre os mercados oficial e ilegal de CDs e DVDs, uma vez que os discos "paralelos" são de qualidade inferior, seja na mídia utilizada para a gravação, seja por consistirem numa merca compilação de áudios e vídeos, sem curadoria e encarte. Já Boldrin e Levine (2008, p. 25-28) narram o fato de edições comerciais de relatórios do Governo Estadunidense (como o sobre o 11 de setembro), publicados por editoras privadas, terem se tornado best-sellers, a despeito de documentos governamentais não serem sujeitos a copyright naquele país. Ou seja, por mais que os relatórios estivessem disponíveis gratuitamente na internet, muitas pessoas preferiram pagar por versões impressas, o que pode ser justificado pela qualidade da diagramação e da impressão, bem como por algumas dessas edições trazerem comentários de especialistas acerca dos documentos – em outras palavras, obras derivadas de uma obra original sobre a qual não há regime de exclusividade.

Similarmente, nos conta Lessig (2004, p. 257): "A idéia de que o conteúdo livre pode aumentar o valor do conteúdo não-livre foi confirmada pela experiência de outro autor. Peter Wayner, que escreveu um livro sobre o movimento de software livre chamado *Free for All*, disponibilizou uma versão eletrônico [sic] de seu livro gratuitamente online sob uma licença *Creative Commons* [de que falaremos no tópico seguinte] após o livro ter saído de circulação. Ele então monitorou os sebos para ver as vendas do livro. Como previu, conforme o número de downloads aumentava, a procura por seu livro nos sebos aumentou também".

Outro exemplo semelhante seria o mercado da moda, em que as contrafações costumam ser de qualidade muito inferior, tornando fácil identificá-las (RAUTIALA; SPRINGMAN, 2006). Assim, ocorreria o chamado "paradoxo da pirataria": a existência de cópias serviria para dar publicidade ao artigo original – com o qual não competiriam, dada a distinção de qualidade – ao mesmo tempo em que alimentam o desejo por adquiri-lo como sinônimo de status – o que Veblen (2007) chama de consumo conspícuo. Note-se, contudo, que o paradoxo da pirataria não é amplamente aceito (PAUL, 2014).

774 Boyle (2003, p. 35-36) compara a propriedade intelectual à política de cercamento das terras comuns inglesas durante a 1ª Revolução Industrial, cujo objetivo também era evitar a tragédia dos comuns, resultante do uso excessivo e ausência de investimento, mas tendo por efeitos a concentração de poder e a destruição de um modo de vida milenar. Por outro lado, defende as diferenças entre um bem físico, como a terra, e os bens intelectuais, que são objeto do que ele chama de "segundo cercamento" (Ibidem, p. 43). Em razão disso, acredita que o segundo cercamento não tem o mesmo efeito de alavancar energia produtiva que alegadamente teve o primeiro (Ibidem, p. 49) – a esse respeito, Boyle (Ibidem, p. 36) também cita literatura econômica que questiona o real aumento da capacidade agrícola provocado pelo primeiro cercamento.

775 No que diz respeito às patentes, Burk e Lemley (2009) fazem uma distinção entre o conceito de anticomuns e o de emaranhados de patentes (*patent thickets*) proposto por Shapiro. O primeiro diria respeito à sobreposição vertical: isto é, o impedimento de aprimorar inovações anteriores pela

potencial de exclusão – os direitos autorais e a propriedade industrial – impede que terceiros façam uso delas para criar novas obras, invenções e conhecimento.[776]

A existência de regimes de propriedade intelectuais, portanto, gera custos de transação[777] – de licenciar tais direitos para desenvolver criações/inovações derivadas (LEVINE et al., 2011, p. 26),[778] bem como de litigar em processos judiciais por suposta violação[779] – que minariam a inovação.[780]

---

exclusividade atribuída a estas (tema ao qual voltaremos mais adiante). Por sua vez, emaranhados de patentes se referem à sobreposição horizontal: a amplitude de uma patente faz que inovações dissociadas recaiam sobre sua margem de exclusividade.

776 Além disso, Lemos (2005b, p. 168, nota 200) explica que "[a] teoria econômica moderna inclusive propõe a superação da 'tragédia dos *commons*'. Carol Rose, professora da Universidade de Yale, propôs até a expressão 'comédia dos *commons*' em seu artigo, no qual desmistifica a inviabilidade econômica dos *commons* e dá vários exemplos em que a produção de bens públicos se torna cada vez mais viável, em especial por causa do avanço tecnológico (Rose, 1986)". De forma semelhante, Hess e Ostrom (2007, p. 11) criticam a tragédia dos comuns de Hardin por: (i) discutir apenas modelos de acesso aberto, em vez de *commons* administrados; (ii) presumir que há pouca ou nenhuma comunicação entre os agentes envolvidos; (iii) postular que indivíduos agem apenas em seu interesse próprio imediato; e (iv) oferecer apenas duas soluções – privatização ou intervenção governamental. Segundo elas, há casos em que o modelo de Hardin é aplicável, mas muitos grupos podem efetivamente administrar e manter seus recursos comuns se tiverem as condições adequadas, como regras apropriadas, bons mecanismos de resolução de conflitos e limites bem definidos (Ibidem).

777 "O argumento comum em favor de um forte regime de patentes é de que terceiros saberão com quem negociar para desenvolver certo tipo de incentivo. O problema dessa teoria, no entanto, é a assunção de que as partes saberão o suficiente para apropriadamente licenciar a inovação inicial ou que outras questões não minarão os incentivos para licenciar. Ambas limitações são o que economistas chamam de custos de transação" (LESSIG, 2001, p. 209-210, tradução nossa). Trata-se da mesma crítica que apresentamos no capítulo anterior à visão neoclassicista da Escola de Chicago (para a qual a propriedade intelectual se basearia menos na teoria dos incentivos, e mais na ideia de permitir transações entre agentes acerca dos direitos sobre as obras, criando uma alocação de recursos mais eficientes, com base nas demandas do consumidor). No mesmo sentido, vide a explicação de Landes e Posner (1989) acerca de custos de rastreamento, que apresentamos no capítulo anterior.

778 A respeito das patentes (podendo se estender também aos direitos autorais/copyright), Levine et al. (2011, p. 27, tradução nossa): "Há, no entanto, um lado negativo em um sistema de patentes, que não se observa nas patentes individualmente: um sistema de patentes não apenas recompensa os inovadores, mas também torna mais caro inovar diante das muitas licenças que precisam ser adquiridas para trazer um novo produto para o mercado. Assim, do ponto de vista puramente teórico, o impacto do patenteamento na inovação é ambíguo: tanto estimula quanto desestimula a inovação". Benkler (apud CARBONI, 2010, p. 107-18), por sua vez, alega que, com o aumento desses custos de licenciamento, a inovação ficaria principalmente a cabo de um misto de fontes fora do mercado – por meio de estatais e agências de fomento à pesquisa (de igual forma, vide MAZZUCATO, 2014, a quem voltaremos na nota 797) – e de atores de mercado cujos modelos de negócio não dependem do sistema de regulação da propriedade intelectual, como jornais – em sentido contrário, porém, vide caso *International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 215 (1918), acerca de proteção autoral sobre notícias, no qual o Judiciário estadunidense entendeu que a ausência de garantia de exclusividade acabaria com os incentivos para que as agências investissem na transmissão da informação.

779 No âmbito dos bens artísticos, científicos e literários, Lessig (2004, p. 168) chama esse fenômeno de cultura de permissão, em oposição a uma cultura livre: "Nunca em nossa história um pintor precisou se preocupar se sua pintura violou o copyright da pintura de outros; para o pintor de nossa era, usando as ferramentas do Photoshop, compartilhando conteúdo via Web, tem que se preocupar com isso o tempo todo. As imagens estão por aí, mas as únicas imagens seguras para serem usadas em trabalhos criativos são aquelas compradas da Corbis ou de algum outro depósito de imagens. E na compra, a censura ocorre. Há um mercado livre para pincéis; não precisamos nos preocupar quanto aos seus efeitos na criatividade.

Por outro lado, Lessig (2001, p. 71) defende que inovadores vão sempre inovar, pois obtêm retorno mesmo quando outros também se beneficiam de suas ideias. Para alguns autores (Ibidem, p. 211; LEVINE et al., 2011, p. 59-60), a "vantagem do pioneirismo" (*first move advantage*) dada ao agente pela inovação desenvolvida já bastaria para garantir-lhe uma vantagem competitiva e, assim, remunerá-lo pelos gastos incorridos, servindo de incentivo suficiente.[781] A razão seria que, mesmo com a maior facilidade de reprodução provocada pelas novas tecnologias, a imitação ainda demanda tempo, recursos e conhecimentos adicionais, havendo pouca evidência empírica de externalidade positiva gratuita (*spill-over*) das criações intelectuais (BOLDRIN; LEVINE, 2008, p. 167-171).[782]

Além disso, haveria outras formas como a inovação traria retornos para o agente, que não apenas pela sua exploração econômica direta. Um exemplo seriam outras

---

Mas há um mercado cada vez mais regulamentado e monopolizado dos ícones culturas; a lei para cultivar e transformar tais ícones não é similarmente livre". Nesse sentido, as hipóteses de não violação de direitos autorais (ou a hipótese aberta de *fair use*, no copyright estadunidense) não bastam, por não serem de aplicação imediata, mas sim em sede de litígios judiciais. É nessa linha que Lessig diz: "Uma cultura de permissão significa uma cultura de advogados" (Ibidem, p. 173). A isso se some o que argumentamos, no Capítulo 5, quanto às restrições de acesso ao Judiciário devido aos custos envolvidos. Já quanto à propriedade industrial, Bessen e Meurer (2008, p. 16), analisando dados de empresas americanas de capital aberto, concluem que, salvo nas indústrias química e farmacêutica, desde 1990 os lucros oriundos de patentes foram inferiores aos custos agregados com litígios referentes a violação.

780 Exemplo disso seria o estabelecimento de direito *sui generis* para as bases de dados (que mencionamos na nota 527), aumentando o custo de acesso à informação sem contrapartida ou benefício social, criando obstáculos para empresas de tecnologia e causando danos à comunidade científica, na medida em que impossibilitam a criação de trabalhos derivados de bancos de dados anteriores e restringem novos bancos de dados autônomos, ainda que para uso interno ou privado (LEMOS, 2005b, p. 141-142).

781 Este seria o caso de indústrias como a moda, pela sua própria dinamicidade: quando as cópias são postas à venda, os criadores originais já estão lançando uma nova coleção; por sua vez, a existência de imitadores promove a inovação, na medida em que as grifes, para manterem sua posição no mercado, precisam constantemente produzir criações novas (RAUTIALA; SPRINGMAN, 2006).

782 Isso porque poucas invenções hoje são simples como a roda, que basta olhar para saber como reproduzir: "Considere uma nova técnica para dobrar metal em várias formas sem enfraquecê-lo. A ideia por trás disso é não rival. Um bom engenheiro poderia dar uma olhada, entender a ideia e decidir como ela poderia ser usada em seu processo de fabricação. Sem proteção de patente, o inventor desta técnica parece não ter meios de extrair qualquer retorno dela. Mas, na verdade, adotar o novo processo de dobrar metal requer maquinário especializado e treinamento de engenheiros. O inventor sabe como fazê-lo funcionar, mas os usuários em potencial não sabem. Não é difícil ver como, mesmo na ausência de uma patente, o inventor poderia lucrar com os fabricantes que o contratam como consultor para colocar o processo em funcionamento" (LEVINE et al., 2011, p. 51, tradução nossa). Nesse sentido, há literatura econômica indicando que a transferência de tecnologia, mesmo com auxílio ativo do inovador, é difícil e custosa de transmitir (BOLDRIN; LEVINE, 2008, p. 171). De acordo com Ramello (2005, p. 129-133), há dois tipos de conhecimento: aquele que pode ser codificado e aquele não claramente codificado, mas que ainda assim é comunicado e, consequentemente, existe dentro das relações entre indivíduos, sendo chamado, assim, de "conhecimento tácito". Segundo ele, a existência desse fator social do conhecimento, não apropriável diretamente, justifica a existência de conferências, simpósios e outros eventos indispensáveis à evolução acadêmica e financiados tanto privada como publicamente. Se a propriedade intelectual por si só (a qual só cobre o conhecimento codificável) bastasse para assegurar resultados eficientes na produção e troca de novos conhecimentos, esses eventos seriam dispensáveis. Assim, a não disponibilidade do conhecimento codificado inviabiliza a transmissão de conhecimento tácito, e vice-versa.

oportunidades promovidas pela projeção e reputação que os criadores/inventores adquirem por meio da imitação[783] ou mesmo pela distribuição gratuita,[784] bem como o hábito que os consumidores adquirem com determinados produtos e marcas.[785] No caso de criadores de obras intelectuais, seus maiores proveitos econômicos podem resultar de outras fontes, como shows, servindo a reprodução de suas obras como forma de publicidade (SMIERS, 2015, p. 113).[786]

Conforme explicamos no tópico 5.1.4, a ideia de que o incentivo à inovação depende de um regime jurídico de exclusividade baseia-se no conceito schumpeteriano de eficiência dinâmica por meio da destruição criativa. Boldrin e Levine (2008) criticam esse modelo por ignorar o fator lobby: assim como agentes econômicos se empenharão para desenvolver novas tecnologias e conhecimentos, movidos pelo lucro monopolista que estes lhes garantirão, se esforçarão ainda mais para manter tais lucros pelo máximo de tempo

---

783 Como na indústria da moda, conforme explicamos anteriormente. Além desse exemplo, Lessig (2001, p. 70-71) nos explica como empresas como a *IBM* passaram a fazer uso do código aberto (de que falaremos no tópico 6.1.3), aprimorando sem se apropriar dos softwares que operam com esse código. A princípio, isso seria um contrassenso econômico. Mas o incentivo da *IBM* estava em outro lugar: o desenvolvimento dos softwares de código aberto utilizados pela *IBM* valorizam tanto os equipamentos vendidos pela empresa (que operam com esses softwares) como os programas próprios da *IBM* que operam junto aos softwares de código aberto.

784 A respeito das obras autorais: "Distribuir obras de graça pode fornecer aos artistas novas oportunidades, como financiamento, contratos de produção ou contratos pagos para trabalhar em outros projetos. [...] Exercer direitos autorais diferentemente do que se tornou usual, e quase normativo, pode provar que a retórica controle/remuneração que tende a dominar o discurso de direitos autorais de hoje não é natural, mas vem de hábitos construídos, devido aos esforços da indústria de direitos autorais" (DUSOLLIER, 2006, p. 261, tradução nossa).

785 "Finalmente podemos argumentar que esse tipo de pirataria na verdade ajuda o dono do copyright. Quando os chineses 'pirateiam' o Windows, isso torna a China dependente da Microsoft. A Microsoft perde o valor do software tomado. Mas ele ganha usuários que estarão acostumados a viverem no mundo da Microsoft. Com o tempo, conforme as nações ficarem mais ricas, mais e mais pessoas irão comprar software ao invés de o piratear. E com tempo, já que tais compras beneficiarão a Microsoft, a Microsoft irá se beneficiar da pirataria" (LESSIG, 2004, p. 59). No mesmo sentido, Lessig (Ibidem) nos fala da disponibilização gratuita de bases de dados jurídicas para estudantes de direito, para que criem o hábito de usá-las e, após a graduação, adquiram a licença. Já Benkler (2002, p. 53) narra como dois terços dos lucros das empresas de software vêm da prestação de serviços relacionados, como assistência técnica e customização, do que com o licenciamento das versões genéricas de softwares.

786 Lemos (2009, p. 37-38) narra como no Estado do Pará a indústria multimilionária do *tecnobrega* vai bem, a despeito da crise do mercado de CDs e DVDs. Isso porque, naquele setor, o principal rendimento dos artistas vem dos seus shows (em especial, as festas de "aparelhagem"), de modo que as mídias gravadas sem autorização, ao disseminarem e compartilharem as obras – no modelo de "*commons* sociais" (que explicaremos na nota 807) –, funcionam como publicidade gratuita dos cantores e bandas. Lemos (Ibidem, p. 41) também explica que alguns artistas do *tecnobrega* tentaram inicialmente o mercado oficial, que se mostrou pouco rentável, ao passo que hoje 88% dos artistas nunca tiveram contratos com gravadoras – alguns, inclusive, recusaram propostas por se mostrarem menos interessantes economicamente, como é o caso da banda *Calypso*. Já Benkler (2002) traz como exemplos a atividade acadêmica – em que os retornos financeiros costumam vir da prestação de serviços, como o salário pelas aulas e honorários de consultorias, do que royalties por publicações.

possível (Ibidem, p. 71).[787-788] Para eles, os exemplos históricos em que podemos observar a ocorrência da eficiência dinâmica se limitam a mercados em surgimento, com baixa proteção das criações intelectuais, e em que a competição e a imitação eram altas (BOLDRIN; LEVINE, 2008, p. 178).[789] Após o amadurecimento de tais indústrias e o estabelecimento da propriedade intelectual, dizem, a tendência não foi a conquista de liderança por meio de criações desenvolvidas por novos concorrentes; pelo contrário, os mercados mantiveram-se concentrados nas mãos dos mesmos agentes (Ibidem).[790 -791]

---

[787] Similarmente, Shaver (2010, p. 9, tradução nossa): "Para entender por que [a abordagem predominante na propriedade intelectual hoje não leva em conta um cuidadoso equilíbrio de interesses], é necessário examinar o conceito de 'rent-seeking' [busca de renda, em tradução literal], primeiramente identificado por economistas nas décadas de 1960 e 1970 (Tullock, 1967; Krueger, 1974). Este termo refere-se a uma situação em que um grupo de tomadores de decisão detém o poder de transferir riqueza de um indivíduo ou grupo para outro, particularmente por meio da criação de monopólios legais. Sob tais condições, prevê a teoria, os agentes do mercado investirão enormes recursos para fazer lobby junto aos formuladores de políticas para criar, preservar e ampliar tais monopólios. O resultado é que os governos expandam gradualmente as proteções à propriedade intelectual bem além dos níveis que seriam mais benéficos para a sociedade como um todo (Mueller, 1989; Landes e Posner, 2003). A evolução do regime internacional de PI reflete a influência dessas pressões de *rent-seeking* (Sell and May 2001, Drahos and Braithewaite 2002, Grandstand 2006)".

Na mesma linha, Lessig (2001, p. 90-91) cita o "dilema do inovador" proposto por Clay Christensen: empresas líderes num mercado determinado superarão as outras em aprimorar a tecnologia que define esse mercado, mas não conseguem identificar e desenvolver tecnologias que substituam ou afetem substancialmente esse mercado, não por uma irracionalidade, mas porque elas acabam se voltando para os retornos que já obtêm no mercado existente, ignorando os retornos que viriam de novas tecnologias que dependem de mercados ainda não identificados ou não desenvolvidos. É a incerteza desses novos mercados que leva as empresas líderes a não investirem em mudanças tecnológicas radicais. Esse dilema seria uma razão para se manterem certos recursos sob o regime dos bens comuns: se é garantida a neutralidade da plataforma, então a empresa líder poderá continuar a perseguir o lucro no mercado em que atua, ao passo que os competidores terão a chance de usar a plataforma para apostar em um novo modelo de negócios. Além disso, há a possibilidade de uma empresa monopolista identificar os ganhos que uma nova tecnologia pode trazer socialmente, bem como as dificuldades de essa empresa se apropriar desses ganhos e as perdas que tais ganhos podem lhe ocasionar. Assim sendo, a empresa se oporia à mudança tecnológica, de modo a preservar seu poder.

Para Samuelson (2005, p. 6), é justamente o fato de os custos da propriedade intelectual serem distribuídos (conforme exposto), enquanto os benefícios são concentrados, que facilita a articulação dos grupos de interesse para fazerem lobby quanto à ampliação dos regimes, mas dificulta uma maior pressão em sentido contrário por parte da coletividade. De forma semelhante, Drahos (2016, p. 167).

[788] Vide os comentários dos autores mencionados nos capítulos anteriores sobre o lobby na internacionalização dos direitos autorais/copyright, bem como na sua expansão, e os debates legislativos em que é indicada a existência de pressão das indústrias do entretenimento no Brasil.

[789] Boldrin e Levine defendem que a introdução de patentes em determinado setor nunca foi fruto de uma decisão espontânea, bem razoada e informada, em uma indústria principiante: pelo contrário, a exclusividade seria criada justamente quando já se tem um mercado estabelecido, competitivo e dinâmico (2008, p. 47-48). A respeito dos bens artísticos, científicos e literários, conforme analisamos nos Capítulos 2 e 3, o estabelecimento dos direitos autorais se deu justamente no surgimento dos primeiros mercados de arte, literatura e dramaturgia, após o fim do mecenato.

[790] Similarmente, Levine et al. (2011, p. 10-12, tradução nossa): "Enquanto grandes corporações são muitas vezes (nem sempre, talvez nem na maioria das vezes, mas certamente com frequência) o resultado de grandes inovações – algumas vezes patenteadas e outras não; pense em Ford e Edison, Sears e Amazon, Microsoft e Google, AT&T e Wal-Mart – as grandes inovações raramente são produto de grandes corporações monopolistas. Pelo contrário, as inovações revolucionárias são, na maioria das vezes,

produto de pequenas empresas – terceiros competitivos e criativos, que devem concorrer com as empresas estabelecidas, sendo capazes de fazê-lo devido à sua superioridade criativa. [...] Mesmo nos poucos casos em que a inovação que revolucionou uma indústria vem de empresas pré-existentes e relativamente grandes na mesma indústria (pense no papel que o Wal-Mart desempenhou, por exemplo, em aumentar drasticamente a produtividade de o setor de varejo e distribuição, ou que os bancos de investimento, hoje todos em extinção, desempenharam nos anos 70 e 80 na criação do setor financeiro moderno) – as patentes desempenham um papel menor ou nulo na gestação da inovação inicial!". Nesse sentido, Boldrin e Levine (2008, p. 178) dizem que, no mercado estadunidense de softwares, dois dos quatro líderes iniciais foram substituídos por novos concorrentes (um dos quais, a Microsoft) no curto período de sete anos; sendo que, após o reconhecimento de patentes de programas de computador naquele país, não houve alterações substanciais no *market share* desse setor.

Na mesma linha, Lemos (2005b, p. 66): "[...] a manutenção das tradicionais estruturas de direito autoral trouxe para o mercado de software, privilegiando um modelo centralizado, composto por poucos agentes, em detrimento da possibilidade da constituição de um sistema cognitivamente aberto e pluralista". Isso explicara a motivação do movimento software livre (ao qual nos referiremos no tópico 6.1.3): "Ele foi criado por programadores insatisfeitos com o regime institucional do direito autoral, ao perceberem-no como um obstáculo à concretização de modelos de desenvolvimento de software que propiciassem sua capacidade integral, indo além dos propósitos exclusivamente econômicos. Essa insatisfação tomou forma a partir de uma constatação cognitiva: o direito autoral tradicional gera um incentivo à centralização do desenvolvimento do software do ponto de vista intelectual, na medida em que o produto final é controlado, desenvolvido e explorado exclusivamente pelo detentor de direitos sobre ele. Esses programadores, agentes do movimento do software livre, perceberam que as possibilidades de inovação seriam muito maiores se o desenvolvimento de software fosse descentralizado" (Ibidem, p. 73) – dessa forma, o software livre seria um exemplo da mudança na figura de agente promovida pelo entorno digital, em oposição aos responsáveis pelas transformações dos regimes legais, a que nos referimos no tópico 5.2.4.

Outro mercado em que a propriedade intelectual teria levado à concentração é a indústria cinematográfica de Hollywood, cujas origens remontam ironicamente à pirataria: para escaparem das patentes sobre câmeras e projetores (algumas das quais eram detidas por ninguém menos que Thomas Edison, que usava de meios não muito amigáveis para fazer valer seus direitos – incluindo pagar gangues para agredir os violadores), os estúdios migraram para a Costa Oeste, onde as patentes também eram válidas, mas mais dificilmente executáveis (BOLDRIN; LEVINE, 2008, p. 20). Desde a atribuição do copyright sobre os filmes, porém, Hollywood continua a ser controlada pelos mesmos quatro grandes *players* (Ibidem, p. 178), os quais exercem intenso lobby para a ampliação do regime autoralista, conforme analisamos anteriormente. Em contraste, a indústria pornográfica não pôde fazer uso do sistema jurídico e do favoritismo político, resultando num mercado dinâmico, competitivo e inovador (Ibidem, p. 39-40). Nesta, a facilidade de reprodução criada pela internet leva à perda de espaço pelos maiores agentes (como a *Playboy*), criando espaço para uma série de concorrentes menores, que fornecem produtos os mais variados (Ibidem) – uma rápida busca em qualquer site pornográfico e encontraremos uma diversidade com a qual nem mesmo o Marquês de Sade teria fantasiado. Por sua vez, Lessig (2001, p. 117) traz dados do começo do milênio acerca da concentração de mercados na Economia Criativa.

Reiteramos aqui nosso entendimento acerca dos direitos autorais/copyright, expressado no capítulo anterior, quanto à possibilidade de permitirem uma dominação de mercado, uma vez que não seriam de fato bens facilmente substituíveis (contra a opinião de alguns autores, já citados nas notas 336 e 574).

[791] A respeito especificamente das patentes, Boldrin e Levine (2008) mencionam uma série de formas como concentram mercados e prejudicam a inovação. Um delas seria a criação de pools de patentes: para poderem inovar, empresas se engajam em uma série de licenças cruzadas, permitindo que façam uso das tecnologias umas das outras (Ibidem, p. 65), de modo a vencer o problema dos anticomuns, tal como mencionamos. É uma prática muito usada atualmente entre grandes *players*, como *IBM, Xerox, Intel e HP* (Ibidem). O problema é que o pool de patentes favorece apenas os agentes que façam parte dele, prejudicando quem estiver de fora e constituindo, portanto, barreira à entrada nesses mercados (Ibidem, p. 66) e gerando oligopólios, em vez de competição (Ibidem, p. 78).

Outro mecanismo que prejudica o desenvolvimento são as patentes defensivas, que não agregam nenhuma inovação de fato, servindo apenas para bloquear terceiros de criar novas tecnologias (Ibidem, p. 75). Além disso, citam as patentes submarinos: pedidos genéricos depositados, a serem complementado quando nova tecnologia fosse desenvolvida por terceiro, apropriando-se desta (Ibidem, p. 18). Semelhante é o problema dos *trolls* de patentes, que depositam pedidos apenas para impedir concorrentes

Dessa forma, segundo Boldrin e Levine, a propriedade intelectual não seria o direito sobre os frutos do trabalho (conforme justificou parte da doutrina histórica, tal como vimos no Capítulo 3), nem giraria sobre o incentivo de criar, inovar e incrementar,[792] mas sim um meio jurídico de se preservar uma forma existente de fazer negócios (2008, p. 111).[793] Isso se evidenciaria na ampliação do regime autoralista (e também da propriedade industrial), tal como analisamos no Capítulo 5, por exemplo, por meio da extensão dos prazos de exclusividade e das hipóteses de violação, que geram incompatibilidades com o entorno digital (conforme tratamos no tópico 5.2.4).[794]

---

de desenvolverem determinada tecnologia, sem nenhuma intenção de produzi-la ou comercializá-la de fato. Boldrin e Levine mencionam também o problema da apropriação de conhecimentos tradicionais, via patentes, prejudicando pequenos fazendeiros e comunidades nativas (Ibidem, p. 82).

Em suma, concluem os autores que patentes não são vantajosas para pequenos agentes, sendo melhor para estes licenciarem para *players* maiores as tecnologias que desenvolvam, retirando-se em seguida do mercado (Ibidem, p. 76). Para além disso, constatam que as patentes não atingem outra de suas finalidades, qual seja, desestimular o uso de segredos industriais (outro meio de se criar exclusividade sobre a inovação) e, consequentemente, disseminar o conhecimento. Segundo eles, há estudos indicando que países sem regime de patentes no século XIX não inovaram menos, mas, por sua vez, se focaram em indústrias em que a possibilidade de manutenção de segredo é maior, como processamento de alimentos e instrumentos científicos (Ibidem, p. 175). Da mesma forma, haveria evidência de que segredo industrial foi importante para desenvolver esses mercados, mas não de que as patentes foram essenciais para proteger e incentivar setores como de maquinário, em que é mais manter as tecnologias em sigilo (Ibidem, p. 200).

Nesse sentido: "[...] as patentes, destinadas a reduzir o sigilo, podem levar ao resultado oposto. Se a imitação for possível no início do ciclo de vida da indústria, um inovador tem poucos motivos para executar uma patente, já que não há razão para restringir a capacidade quando a capacidade da indústria é baixa de qualquer maneira. Por essa razão, um inovador com a opção de um monopólio legal pode ter maior incentivo ao sigilo do que um sem: garantir que a imitação não possa ocorrer até que seja lucrativo para ele fazer uso da patente" (Ibidem, p. 175, tradução nossa). Mais ainda: chamam a atenção para o fato de que, para a maior parte das inovações, patente e segredo podem coexistir, uma vez que são os detalhes que importam e não a descrição vaga que se insere no pedido de depósito. Citam, por exemplo, sistema de compra *one click* da *Amazon*, cuja descrição da patente limita-se a um modelo prático de compras via internet, que, no entanto, só pode ser implementado por um algoritmo com tal finalidade, não descrito no pedido de patente.

792 Similarmente, Sádaba (2008, p. 16).

793 Também nessa linha, Lessig (2004, p. 9 e 19). A respeito das obras autorais, Smiers (2015, p. 111) diz que o fato de artistas e seus produtores serem empresários/empreendedores (tal como analisamos no Capítulo 2) leva-nos a questionar o motivo de se ter um regime de direitos autorais/copyright, se, em essência, estes servem para reduzir os riscos negociais relativos ao desenvolvimento e comercialização de tais criações. Já Lemos (2009, p. 12) alerta sobre o custo social da propriedade intelectual ao impor a alocação de recursos públicos para garantir direitos privados (notadamente no combate à pirataria e outras formas de violação). Nessa linha, Lessig (2004, p. 186) cita Lohmann, fazendo um paralelo, em termos de efetividade e custos, entre o combate à pirataria e a guerra às drogas. Dessa forma, questiona a oposição entre os ganhos privados de um regime jurídico cada vez mais amplo e rígido, e a naturalização da violação de direitos autorais/copyright como prática social – exercida, segundo ele, por 40 milhões de estadunidenses.

794 De acordo com Lessig (2004), mesmo antes da internet, o surgimento de tecnologias que permitissem novos usos de obras autorais gerou reações dos titulares das obras afetadas, que não queriam estender seu controle sobre as novas formas de reprodução. Isso aconteceu com o desenvolvimento do fonograma (Ibidem, p. 50-53), da rádio (Ibidem, p. 53-54), da TV a cabo (Ibidem, p. 54-56) e do videocassete (Ibidem, p. 68-69). No que diz respeito aos Estados Unidos, em todos esses casos, o Judiciário e o

Em contraste, os autores defendem que seria justamente a concorrência, e não a propriedade intelectual, que estimularia a inovação (BOLDRIN; LEVINE, 2008, p. 210-211). Assim sendo, opõem-se novamente à teoria da destruição criativa de Schumpeter (que criticam por ignorar a importância do lobby, conforme explicamos neste tópico), aproximando-se da argumentação teórica proposta por Arrow (1962, p. 612), segundo o qual o incentivo para inventar é menor sob condições monopolistas do que competitivas.[795-796]

Note-se que tanto a visão de Schumpeter quanto a de Arrow (adotada por Boldrin e Levine) fundam-se na premissa de que a inovação depende exclusivamente da concorrência. Essa ideia, porém, ignora o fato de que boa parte da produção de conhecimento, tecnologia, e obras artísticas, científicas e literárias funda-se justamente num processo cooperativo,[797] tema analisado do ponto de vista teórico por Scotchmer

---

Legislativo estabeleceram um equilíbrio entre os interesses dos criadores do conteúdo, dos usuários e dos agentes dos mercados possibilitados pelas novas tecnologias (Ibidem, p. 67-68). Em nenhum deles se atribuiu um controle total aos titulares dos direitos sobre as obras autorais, restando sempre possibilidades de violação – por exemplo, o uso do videocassete para fazer cópias não autorizadas de filmes (Ibidem, p. 70). Nas inovações trazidas pela internet, porém, promovem-se alterações nos regimes de propriedade intelectual de modo a se permitir um controle quase absoluto sobre o uso das obras, por exemplo, responsabilizando os provedores por violações de usuários (em igual sentido: LEMOS, 2005a, p. 182), e até mesmo fundos de investimento que financiaram novos modelos de negócios, como o Napster e o a MP3.com (de que falamos na nota 677), bem como advogados que os orientaram quanto à licitude desses modelos (LESSIG, 2004, p. 171).

No mesmo sentido, Lemos (2005b, p. 139), acerca da extensão dos direitos autorais/copyright às bases de dados (que mencionamos na nota 527): "A pressão para se criar uma proteção específica dos dados constantes de um banco de dados surgiu, no âmbito global, a partir de interesses defendidos pelas empresas e pelos grupos internacionais da área de mídia. Tais interesses relacionam-se com a manutenção das respectivas posições econômicas por parte desses grupos em face do desenvolvimento tecnológico, substancialmente, o desenvolvimento da tecnologia digital e da internet. A proteção aos dados contidos em um banco de dados é diferente da proteção conferida pelo direito autoral. Muitas vezes, eles consistem em compilações de fatos e outras informações livres que não atendem aos requisitos de criatividade e originalidade necessários para a proteção do direito autoral".

De forma análoga, vide no Capítulo 4 as acusações de parlamentares brasileiros, a partir de 1950, no sentido de que o regime autoralista serviria para tutelar os interesses dos titulares de direitos, deixando desprotegido o autor (visto, então, de forma romantizada).

795 Ainda que, também neste caso, o incentivo para inovar será menor do que o desejado (ARROW, 1962, p. 612)

796 Como exemplo, Boldrin e Levine (2008, p. 210-211) fazem uma comparação entre o Vale do Silício e a Rota 128. Essas duas regiões dos Estados Unidos originaram-se com o mesmo propósito de serem centros de produção de alta tecnologia, tendo características muito parecidas (em especial, a proximidade com universidades de ponta). No entanto, apenas o polo californiano prosperou. Segundo os autores, a razão disso foi o fato de a Califórnia proibir cláusulas de não competição em contratos de trabalho, ao passo que na Rota 128 esse tipo de disposição era comum.

797 A premissa da competição está diretamente relacionada ao liberalismo, predominante na época de surgimento dos regimes da propriedade intelectual (conforme explicamos no Capítulo 3). De acordo com Adam Smith (2000, p. 263), os seres humanos seriam egoístas por essência, de modo que apenas perseguindo seus interesses individuais poderiam alcançar o bem comum. Esta, assim como outras ideias liberais clássicas, decorreria de uma observação neutra da natureza: já no século XVIII, por exemplo,

(1991, p. 37)[798] e Benkler (2002).[799-800] Além disso, tampouco se consideram outras motivações que levam os indivíduos a criarem obras artísticas, científicas e literárias, ou

Mandeville (2008) dizia que a vida econômica deveria se reger por leis naturais e não por princípios ideais. Não é ao acaso a semelhança entre as teorias da destruição criativa de Schumpeter (1994) e de seleção natural de Darwin (1997): em ambas, o desenvolvimento atribui uma vantagem competitiva (ou adaptativa), que somente poderá ser superada por outra inovação (ou evolução). Trata-se de uma reprodução das leis biológicas ao mercado, ambiente em que também ocorreria uma "sobrevivência do mais apto", dada a essência humana.

Ocorre que a pretensão universal dessa abordagem apresenta ao menos uma falha crucial: a associação com a teoria darwiniana ignora "a realidade biológica no reino animal, que não se rege apenas pela violência e a exclusão dos rivais, mas também pela solidariedade e a empatia" (WAAL apud COMPARATO, 2013, p. 51). Na mesma linha, Ramello (2005, p. 128), citando Granovetter, diz que o defeito analítico da teoria econômica do copyright reside na sua falha em reconhecer sua natureza coletiva, adotando, em vez disso, uma concepção atomizada e subsocializada da ação humana. Da mesma forma, a "teoria dos incentivos expressa nenhuma confiança na capacidade humana de auto-organização voluntária ou comunitária" (SÁDABA, 2008, p. 240, tradução nossa). Ignoram-se, portanto, formas de autogestão de bens comuns baseadas justamente na cooperação, como aquelas estudadas por Ostrom (2010).

Note-se, porém, que essa concepção individualista não se limita à abordagem econômica: também os direitos morais aproximam-se da noção de autoria como criação pessoal e única, relacionada ao liberalismo do século XVIII, tal como já explicamos. Além disso, a premissa liberal também ignoraria o papel protagonista do Estado na inovação, não apenas corrigindo falhas de mercado e promovendo a ciência de base, mas sim como investidor em pesquisas de risco e empreendedor no desenvolvimento e na comercialização de novas tecnologias, tal como analisado por Mazzucato (2014) em áreas como aviação, energia nuclear, computação e internet (tomando como exemplo a *Apple*), biotecnologia e tecnologia verde. Ignorar o papel do Estado na inovação torna-se ainda mais delicado quando consideramos o fato de que a propriedade intelectual permite uma apropriação dos benefícios das novas criações, descobertas e invenções, ao passo que socializa os seus custos (tal como explicado anteriormente).

[798] Para quem a amplitude do regime de patentes deve depender do fato de se inovadores podem se integrar e cooperar (SCOTCHMER, 1991, p. 37).

[799] Benkler (2002) analisa o surgimento, no entorno digital (motivado pela redução dos custos de fixação e difusão da informação), de uma terceira forma de produção, colaborativa e alternativa à dicotomia entre mercado e empresas, segundo a qual os indivíduos produzem guiados ou pelo sistema de preços (mercado) ou pelas ordens da hierarquia gerencial (empresa). Esse cenário bidimensional foi trazido por Coase (1937), para quem a existência de empresas (entendidas como um aglomerado de recursos e agentes que interagem sob sistemas de comando gerencial) e o seu tamanho se justificam quando os custos de transação relativos a negociar diretamente no mercado são superiores aos custos de transação oriundos da produção por meio de uma organização hierárquica (assumindo-se ganhos iguais em ambos os modelos: mercado e empresa). Mercado e empresa, portanto, usam de mecanismos distintos para definir os papéis que cada indivíduo deve ter em determinada atividade: o primeiro se baseia no sistema de preços, ao passo que o segundo recorre à divisão interna de trabalho imposta de cima para baixo.

Ocorre que a criatividade humana, talvez o ativo mais relevante no entorno digital, é de difícil avaliação e altamente variável, mais do que o trabalho tradicional e que os recursos materiais (BENKLER, 2002). Assim, ambos os modelos (mercado e empresa) resultam em custos e perdas informacionais (relativas a quais indivíduos desempenhariam melhor determinada atividade) e alocativos (referentes, no mercado, à negociação da participação desse indivíduo na atividade; enquanto, na empresa, relativos à inclusão desse indivíduo no seu quadro, ou, se muito elevados, às perdas de só permitir a interação entre os seus empregados). Benkler (Ibidem) observa, portanto, que, no âmbito da informática (não se limitando aos softwares livres e de código aberto, de que trataremos adiante), grupos de indivíduos colaboram com êxito em projetos de larga escala, impulsionados por uma gama diversa de motivações e sinais sociais, em vez do mecanismo de preços do mercado ou de instruções da hierarquia gerencial das empresas.

Esse terceiro modelo, identifica o autor, tem vantagens sistemáticas sobre o mercado e a organização empresarial quando o objeto do produto é informação ou cultura e quando o capital físico necessário para essa produção (computadores e estrutura de comunicação) é amplamente distribuído, em vez de concentrado. Isso porque tem maior eficiência informacional (na medida em que os próprios indivíduos

detêm maior conhecimento sobre as atividades que podem desempenhar melhor) e alocativa (pois permite que grupos maiores de indivíduos interajam com mais opções de recursos informativos na busca de novos projetos e oportunidades para colaboração).

A eficiência desse modelo depende, no entanto, de três características do projeto colaborativo: (i) modularidade (a capacidade de ser segmentado em atividades distintas); (ii) granulação (o grau de simplicidade das atividades em que segmentado o projeto); e (iii) heterogeneidade (o grau de diferença de simplicidade entre as atividades). Com base nessas características, o modelo colaborativo teria o potencial de afastar o risco de comportamento oportunista. Primeiro, porque a modularidade possibilita redundância, diminuindo a chance de uma das atividades ficar incompleta pelo desincentivo causado pelo oportunismo. Também, à medida que o agrupamento de indivíduos aumenta, o projeto pode tolerar níveis crescentes de oportunismo, contanto que o número absoluto de colaboradores seja suficiente para sua execução. Por fim, o caráter de não rivalidade do produto final faz que o oportunismo não afete a capacidade dos colaboradores de fazerem uso total dele. Dessa forma, o risco maior de desincentivo derivaria do oportunismo possibilitado pela apropriação do produto final.

Também Ghosh (1998, p. 9), ao tratar da internet, traz o conceito de "mercado de caldeirão" (*cooking-pot market*), em alusão à prática tribal de cozinhar coletivamente e dividir o alimento, com a diferença de que, no modelo tribal, cada um contribui com um ingrediente na expectativa de obter um prato da refeição; enquanto na internet nenhum usuário sabe o que poderá extrair a partir de sua contribuição. Nas palavras de Ghosh (Ibidem, p. 12, tradução nossa): "O mercado de caldeirão fornece uma explicação racional para as motivações das pessoas para produzir e comercializar bens e serviços onde falta um incentivo monetário. O modelo sugere que as pessoas produzem não apenas, ou mesmo em grande parte, para melhorar sua reputação, mas como um pagamento mais que justo por outras 'ideias' de bens que recebem do caldeirão. O mercado de caldeirão não é escambo, pois não requer transações individuais. Baseia-se no pressuposto de que, na internet, você não perde quando duplica, de modo que cada colaborador recebe muito mais do que um retorno justo na forma de contribuições combinadas de outras pessoas. [...] O modelo de mercado de caldeirão mostra a possibilidade de um imenso valor ser gerado por meio da interação contínua de pessoas em uma velocidade paralisante, com uma flexibilidade e aptidão sem precedentes para bens e serviços intangíveis e ambiguamente definidos. O mercado de caldeirão já existe: é uma imagem do que a internet já evoluiu, com calma e quase furtivamente, nas últimas duas décadas". "Portanto, no âmbito da economia da informação em rede, o valor não é construído com base na criação de uma escassez na transferência de conhecimentos, mas sim por meio da geração de um número cada vez maior de conexões em rede" (CARBONI, 2010, p. 117). Temos aí, consequentemente, mais um aspecto em que o regime autoralista apresenta incompatibilidades com o entorno digital, como abordado no tópico 5.2.4.

800 Curioso que os próprios Boldrin e Levine reconhecem a importância do modelo colaborativo no desenvolvimento de uma das tecnologias mais simbólicas da Revolução Industrial: o motor de minas a vapor. Nesse sentido, nos contam que, após a extinção da patente detida por Boulton e Watt, um novo modelo foi desenvolvido por Richard Trevithick, que decidiu não patenteá-lo. "Isso desencadeou um longo e extremamente bem-sucedido período de 'inovação colaborativa competitiva', no qual diferentes empresas fizeram pequenas mudanças incrementais no projeto original do motor originado na Cornualha. Tais mudanças não foram nem patenteadas nem mantidas em segredo, espalhando-se rapidamente entre outras empresas da região, permitindo e ao mesmo tempo forçando novas melhorias dos concorrentes. [...] Por causa da incerteza na mineração de carvão, um número modesto de investidores envolvidos em seguro mútuo por cada uma possui ações em uma ampla seção transversal de minas. Como é o caso dos acionistas de empresas de capital aberto, isso significa que cada investidor foi capaz de captar o benefício da inovação, independentemente de qual empresa ou engenheiro tenha feito a melhoria. [...] Os investidores captaram os ganhos comuns para todas as minas de cada inovação, enquanto os engenheiros, tendo assinado o direito de monopolizar sua invenção, lucraram com suas taxas e com o valor publicitário de divulgar suas inovações. De fato, em muitos aspectos, este sistema de melhoria de motores de minas competitivos e colaborativos do início do século XIX é semelhante ao sistema de software de código aberto moderno" (Ibidem, p. 52, tradução nossa). Ao citarem o modelo de código aberto (de que trataremos adiante), os autores se aproximam do argumento que apresentamos no Capítulo 5, quanto à forma colaborativa de produção no entorno digital.

desenvolverem novos conhecimentos e tecnologias (SÁDABA, 2008, p. 237-238)[801] – tal como reconhecido pela própria doutrina clássica, conforme identificamos no Capítulo 3.

Da mesma forma, a consideração da propriedade intelectual por um viés exclusivamente econômico deixa de fora outros interesses sociais envolvidos por trás dela, como direito à liberdade de expressão, ao conhecimento, à informação, à saúde e à educação (tal como abordamos no Capítulo 5). A existência de um monopólio, por meio do regime de exclusividade, prejudica tais direitos de duas formas principais. Primeiramente, o monopólio cria um "peso morto" (*dead-weight loss*), excluindo do mercado aqueles que não podem pagar pelos bens autorais, pelo conhecimento e pela tecnologia.[802] De igual maneira, atribui-se ao monopolista um controle sobre a difusão de informações.[803-804]

---

[801] Benkler (2002, p. 54) relaciona as motivações a três categorias de resultados que a atividade pode trazer: (i) monetários; (ii) intrínseco-hedonistas (o prazer que a execução da atividade, em si, causa); e (iii) sociopsicológicos (englobando tanto efeitos nas relações sociais, a percepção social que se terá do indivíduo e a satisfação interna da relação com os outros). Já Carboni (2010, p. 108) cita três motivações de produtores/disseminadores de conhecimento fora do regime de propriedade intelectual: (a) a criação de uma relação com o autor, como advogados que publicam textos para captar clientela; (b) a troca de informações com outras entidades, a fim de estabelecer parcerias e negócios e conjunto; e (c) a disponibilização gratuita de informação em troca de reputação ou por hobby, como quem cria um site ou blog sobre determinado tema (tal como ocorre na *Wikipédia*, que mencionamos nos tópicos 5.2.1 e 5.2.4). Dessa forma, reforça que hoje trocamos muito mais informações fora de relações mediadas pelo mercado do que dentro. Nessa linha, Sádaba (2008, p. 211) diz que a propriedade intelectual representa apropriação de bens que são produzidos por meio da interação não mercantil entre indivíduos, por meio de cooperação espontânea – o que, mais uma vez, reflete a criação no meio virtual. No que diz respeito às obras artísticas, científicas e literárias, lembremos que, conforme analisado nos capítulos anteriores, doutrina, legislador e jurisprudência levam em conta a "expressão do espírito" como motivação artística, tendo por base a figura romantizada do autor individual – a mesma que consideram quando também abordam as motivações econômicas dos direitos autorais.

[802] "[O] monopólio impede pessoas que ordinariamente teriam acesso à obra intelectual de fazê-lo, em razão da discriminação de preço do monopolista, com o intuito de maximizar o seu ganho. Quando o custo marginal do bem intelectual é zero, como vem se tornando o caso da música na internet, qualquer exclusão promovida pelo regime de preços praticado pelos monopolistas se configura como 'peso morto'" (LEMOS, 2005b, p. 173). Exemplo disso é o preço dos CDs no Brasil (equivalente ao de países desenvolvidos), excessivo para grande parcela de nossa população (Ibidem, p. 11-12). Similarmente, Benkler (apud CARBONI, 2010, p. 106): "Se considerarmos que o mercado somente produz um bem de forma eficiente quando é estabelecido um preço sobre o seu custo marginal, a informação (assim como a cultura e o conhecimento, que, no âmbito econômico, também são tipos de informação) não pode ser vendida ao seu custo marginal (que é zero) ou acima dele, o que a torna candidata a ser um bem substancialmente produzido fora do mercado". Assim sendo, Benkler (apud Ibidem) "[...] argumenta que, para o bem-estar geral da sociedade, seria mais eficiente que os possuidores da informação a disponibilizassem livremente ou, no máximo, a custo de sua comunicação".

[803] "Apesar disso, no meu entender, todas essas mudanças [ampliação do copyright] não importariam tanto se não fosse uma outra mudança que precisamos considerar também. Essa é uma mudança que é de certa forma a mais familiar para nós, embora sua significância e escopo não foram bem entendidos ainda. Ela é a mudança que cria exatamente o motivo para que fiquemos preocupados com as demais mudanças que eu descrevi anteriormente. Trata-se da mudança na concentração e integração dos meios de comunicação. Nos últimos vinte anos, a natureza da posse dos meios de comunicação passou por uma mudança radical, causada por mudanças nas normas legais que governam a mídia. Antes que tal mudança acontecesse, as diferentes formas de mídia eram propriedade de companhias separadas de mídia. Agora, a mídia está cada vez mais sendo propriedade de algumas poucas companhias. De fato, após as mudanças que a FCC

Note-se, porém, que valores econômicos, como eficiência e inovação, não são o único motivo pelo qual a liberdade de recursos (como as criações autorais e industriais) pode se provar valiosa: também os valores democráticos justificam que determinados bens não sejam apropriados (LESSIG, 2001, p. 92-93). Um exemplo é a proibição de um

anunciou em junho de 2003, muitos esperam que em alguns poucos anos, nós vivamos em um mundo aonde três companhias irão controlar mais de 85% de todos os meios de comunicação" (LESSIG, 2004, p. 146). Crítica semelhante é posta por Smiers (2015, p. 115). Também Drahos (2016, p. 196, tradução nossa): "Quando uma sociedade cria direitos de propriedade em objetos abstratos, ela enfrenta a perspectiva de um extenso poder de ameaça estar concentrado nas mãos de poucos. O caminho para essa conclusão tem sido argumentar que a propriedade é um mecanismo de soberania. Quando esse mecanismo de soberania opera em relação a objetos abstratos, o poder de ameaça dentro de um sistema social aumenta dramaticamente. Isso ocorre porque os objetos abstratos são tanto uma forma de capital quanto uma porta de entrada para outros tipos de capital, capital dos quais os outros dependem. O mecanismo de propriedade permite que os proprietários façam uso do poder de ameaça que surge devido aos relacionamentos de dependência que ocorrem em torno desse tipo de capital". Em igual sentido, Hayek (apud LEMOS, 2005b, p. 75): "seria interessante descobrir em que medida uma visão crítica realmente séria dos benefícios do direito autoral para a sociedade [...] teria a chance de ser discutida em uma sociedade na qual os canais de expressão encontram-se tão largamente controlados por pessoas que têm um interesse direto na situação existente". Trata-se da mesma reticência apresentada por Netanel (2007, p. 20) à teoria neoclassicista, conforme mencionamos no capítulo anterior. Por exemplo, a responsabilização dos provedores de internet pelas violações de direitos autorais/copyright (uma das manifestações da expansão do regime, a que nos referimos no tópico 5.1.2) é uma forma de o direito repercutir na tecnologia, "[...] fazendo com que os canais de comunicação se tornem obstruídos e a decisão sobre que conteúdo pode ou não trafegar pela rede passe a ser tomada primordialmente por agentes privados" (LEMOS, 2005b, p. 189). Outro exemplo é a proteção dos softwares por meio de direitos autorais/copyright (que explicamos no Capítulo 5): "[O] monopólio atribuído ao 'autor' do software, além de permitir que ele controle com exclusividade sua distribuição, modificação e cópia, permite também suprimir o seu 'código-fonte'. Esta supressão faz com que os usuários tenham acesso funcional ao software, mas jamais acesso cognitivo. Assim, utiliza-se o bem intelectual através de suas funcionalidades, mas fica-se impossibilitado de compreender ou estudar como elas operam e se constituem. [...] Tal monopólio é tão severo que o próprio Judiciário, mesmo com seu escopo de atuação incrementado pelo advento da chamada 'litigância de direito público', não consegue lidar com ele. Isto porque não tem o Judiciário condições de enfrentar a raiz da questão, que seria a própria transformação da idéia de direito autoral aplicável ao software. No máximo, o Judiciário consegue lidar com a administração das conseqüências do monopólio, de modo a remediá-las. Não consegue, entretanto, alcançar as suas causas" (Ibidem, p. 189-90). A crítica de Lemos se relaciona à teoria crítico-estruturalista de Salomão Filho (2015), para quem o Direito constantemente não altera estruturas sociais, limitando-se a um papel compensatório, conforme explicamos no Capítulo 5. A seguir, veremos como algumas propostas alternativas à propriedade intelectual, como os *creative commons*, e os softwares livres e de código aberto podem assumir uma feição mais compensatória ou ter efeitos estruturais, a depender da forma como vistos.

804 Outro argumento econômico para a propriedade intelectual é que somente inovações com as melhores oportunidades comerciais serão exploradas para fins de lucro, de modo que se promoveriam apenas as invenções úteis, isto é, aquelas que as pessoas desejem (ANDERSEN, 2007, p. 141). Essa ideia, contudo, apresenta o problema de o sistema, ao incentivar apenas as criações de interesse mercadológico, excluir outras ainda socialmente úteis, mas pouco rentáveis, como medicamentos para doenças tropicais, que atingem, em sua maioria, nações subdesenvolvidas. Nessa linha, Boldrin e Levine (2008, p. 107) explicam que, no mercado editorial, o interesse em aumentar o prazo dos direitos autorais/copyright é garantir a publicação por mais tempo apenas das obras de sucesso, que constituem apenas uma fração pequena do total de obras publicadas, tendo por resultado o esgotamento de edições de obras de menos sucesso. Além disso, para as grandes editoras, seria mais interessante que obras antigas de sucesso não fossem publicadas, uma vez que sua ausência no mercado aumenta a demanda por obras novas (Ibidem, p. 108). Tais argumentos se alinham à discussão que encontramos na doutrina histórica sobre a relação entre direitos autorais e qualidade da literatura, conforme analisado no Capítulo 3.

mercado de voto, uma vez que prejudicaria outro valor social: a igualdade. De igual maneira, quando um recurso se torna fundamental para a participação em sociedade, asseguramos que se mantenha sob o regime dos bens públicos ou comuns (Ibidem).

Nesse sentido, Feldman (2012, p. 77-78) chama a atenção para o fato de que o sistema de patentes não precisa necessariamente seguir uma lógica utilitarista, podendo ser pautado por interesses morais[805] ou sob uma perspectiva de equidade, independentemente do efeito que tenham para a inovação. Mais ainda: uma análise puramente utilitarista dos bens intelectuais, ao pretender-se neutra e apolítica, oculta o fato de basear-se em teorias e conceitos dotados de carga ideológica e que também surgiram em cenários sócio-históricos específicos (SÁDABA, 2008, p. 236-237).[806] Trata-se da mesma crítica que apresentamos no Capítulo 5 ao esvaziamento do Direito, pregado pelo Positivismo Jurídico, deixando a elaboração e a aplicação das normas legais à mercê do poder econômico: elegendo-se a inovação como pilar de orientação política, permite-se que a indústria defina social e legalmente o que é inovação em função daquilo que tem valor para ela mesma (Ibidem, p. 239).

No entanto, mesmo justificativas extraeconômicas da propriedade intelectual – como a ideia individual de autoria, no sentido de expressão da personalidade – refletem uma carga ideológica própria de determinado período: no caso, os séculos XVIII e XIX (tal como vimos nos Capítulos 2, 3 e 4). Conforme explicamos no tópico 5.2, nem os direitos autorais, nem a propriedade industrial consistem numa resposta inevitável às tecnologias que barateiam os custos de reprodução de bens intelectuais, mas sim ao uso das referidas inovações para atender a determinados fins, econômicos e morais, escolhidos com base nas ideologias predominantes da época e de determinado espaço geográfico: no caso, a Europa e os Estados Unidos.[807] Portanto, a crítica nuclear à propriedade intelectual que surge da

---

[805] Que, como vimos, têm de fato influência sobre a propriedade industrial – vide tanto a fundamentação com base na teoria dos frutos do próprio trabalho, conforme explicamos no Capítulo 3, como o reconhecimento de alguns direitos morais do inventor, mencionados no tópico 5.1.7 – como, em maior intensidade, no regime autoralista.

[806] Essa abordagem, portanto, recai nas mesmas falhas de boa parte das escolas da análise econômica do Direito: trata-se a lei apenas como precondição para o desenvolvimento da atividade econômica, cuja função operacional é a proteção dos mercados e dos interesses dos agentes econômicos – em especial, a propriedade privada (MILHAUPT; PISTOR, 2008. p. 21). Atribuir à norma jurídica a finalidade única de maximizar interesses é reduzir seu papel de dar significado concreto e expressão aos valores sociais por ela contemplados (FISS, 1986, p. 8).

[807] Nesse sentido, Sádaba (2008, p. 183-184) diz que a propriedade intelectual deixou de ser exceção para ser a norma, evoluindo de um discurso historicamente situado a um mito social poderoso, uma invenção do capitalismo industrial para apropriação do conhecimento (Ibidem, p. 16), mencionando Boyle, para quem o capitalismo (ou a racionalidade econômica) sobreviveu conquistando e colonizando mundos

literatura analisada associa-se à hipótese central deste trabalho, na medida em que acusa a existência de uma incompatibilidade entre os fins almejados por tal regime jurídico, estipulados em um contexto específico, e os resultados provocados na realidade da Economia Criativa.[808]

Em suma, para parte da literatura, a propriedade intelectual acabaria por ter efeitos contrários ao quais se propõe – em vez de promover a inovação e estimular a concorrência, ela retardaria o desenvolvimento de novas criações e aumentaria a concentração nos mercados –, preterindo também outros interesses sociais tutelados juridicamente. Assim sendo, quais seriam as alternativas possíveis?[809] Alguns modelos

---

supostamente não economizados (Ibidem, p. 191) – o que se relaciona ao que identificamos nos Capítulos 2 e 3 quanto ao surgimento dos regimes autoralistas coincidirem com fim do mecenato e o início de mercados de obras artísticas, literárias, musicais e de dramaturgia (ainda que, conforme vimos, a comercialização não fosse encarregada ao autor, cujo processo criativo era visto como forma de expressão da personalidade).

Já Lemos (2009, p. 3) afirma que, em muitas regiões de países em desenvolvimento (especialmente as periferias), a tecnologia digital e a internet chegaram antes da ideia de propriedade intelectual, propiciando a emergência de Indústrias Culturais que, naturalmente, não foram pautadas pela lógica desses regimes jurídicos como incentivos, mas sim pelo compartilhamento e livre disseminação de conteúdo. Essa forma de compartilhamento à margem da propriedade intelectual transforma os bens autorais no que Lemos chama de "*commons* sociais": "[q]uando as tecnologias digitais começam a ser apropriadas pelas periferias, a ausência de um sistema 'oficial' de propriedade intelectual cria os '*commons* sociais', uma situação em que quaisquer negócios culturais que se originem terão a característica de um modelo aberto de negócios (*open business model*), no sentido de que a propriedade intelectual não exercerá papel significativo e o conteúdo é tido como uma parte dos *commons*/bens comuns" (Ibidem, p. 35, tradução nossa). Assim, os *commons* sociais contrastam com os *commons* legais, criados por meio de licenças voluntárias, tais como os *creative commons*, de que trataremos adiante. Exemplos de indústrias que operam com sucesso no modelo de *commons* sociais são o *tecnobrega*, no Estado do Pará (que mencionamos na nota 786), a indústria cinematográfica nigeriana, o ritmo *chompeta*, na Colômbia, o mercado musical árabe, e o *dubstep* nos subúrbios de Londres – a despeito de ocorrer em um país desenvolvido (Ibidem, p. 36-37).

808 A crítica também se estende ao transplante dos regimes para outros espaços geográficos, distintos daqueles em que a propriedade intelectual se originou. Lemos (2009, p. 7) aborda a tensão entre a exportação de modelos de países desenvolvidos e as circunstâncias econômicas e sociais de países em desenvolvimento – por exemplo, gerando exclusão de uma grande parcela da população que não pode adquirir os bens intelectuais, como apontamos acima. Já Levine et al. (2011, p. 4) falam criticamente em "mercantilismo das ideias", comparando a propriedade intelectual com as restrições que até poucos anos atrás havia no comércio internacional, sendo uma medida protecionista de países desenvolvidos, incompatível com o discurso liberal de quebras das barreiras alfandegárias.

809 Note-se que o debate aqui apresentado pouco tem que ver com uma disputa entre liberais e conservadores, direitistas e esquerdistas (vide gama ampla de economistas citados neste tópico, ligados a escolas diversas). Por exemplo, Boldrin e Levine (2009, p. 129) alegam que, ironicamente, a propriedade intelectual nos aproxima de um modelo mais socialista do que capitalista, apontando semelhanças entre a chamada "Economia das Ideias" (algo próximo do conceito que apresentamos de Economia Criativa) e os escritos de Karl Marx. De igual maneira, acrescentam: "De acordo com Bill Gates – dificilmente seu comunista radical ou utopista – 'Se as pessoas tivessem entendido como as patentes seriam concedidas quando a maioria das ideias de hoje fossem inventadas e tivessem tirado patentes, a indústria estaria completamente paralisada hoje'" (Ibidem, p. 2, tradução nossa). Similarmente, Lessig (2001, p. 145-126) faz um paralelo entre os líderes soviéticos e os *CEOs* de empresas no mundo capitalista: ambos os grupos apresentariam resistência a mudanças que não se provassem benéficas para eles.

vêm sendo discutidos, seja para alterações em setores específicos, como o software, seja uma proposta de abolição completa da propriedade intelectual. Exporemos brevemente alguns deles a seguir,[810] bem como seu potencial de solucionar o problema analisado neste trabalho da incompatibilidade que a distinção de tratamento dos bens autorais em relação aos artigos industriais cria no cenário contemporâneo.

6.1.2 Creative commons

Como explicamos no tópico anterior e no tópico 5.2.1, as criações intelectuais assemelham-se aos ativos tratados sob o regime de bens comuns pelo seu baixo potencial

---

A questão, portanto, não se limitaria a uma polarização entre submeter os bens intelectuais a um regime de propriedade (aqui tido como sinônimo de direito de exclusividade, conforme tenhamos apresentado anteriormente as diferenças entre a propriedade intelectual e o instituto tradicional do Direito Civil) ou ao controle estatal, mas sim na maneira mais adequada, dados os interesses em jogo, de regular os bens intelectuais na condição de bens comuns (apesar da diferença quanto ao seu grau de rivalidade, como explicamos). Nessa linha, Lessig (2001, p. 86), citando Carol Rose, diz que vivemos uma época de cegueira cultural, em que a visão dominante é de que o mundo inteiro é melhor administrado quando dividido entre proprietários privados, o que ocorreria, por exemplo, no regime de patentes atual, que se justifica menos pelos benefícios que traz e mais pela ideia de que é correto por ser antigo (Ibidem, p. 216) – em igual sentido, HAYEK, 1948, p. 113-114 –, apesar de ser relativamente recente, conforme explicamos no Capítulo 3. Assim, a ideia de que direitos não exclusivos podem ser mais eficientes que direitos exclusivos raramente entra em debate.

Não que a propriedade, de acordo com Lessig, seja ruim, ou que os mercados sejam corruptos, ou que o governo seja o melhor regime para alocar recursos: a questão para ele é que recursos livres, ou recursos administrados na forma de bens comuns, às vezes criam mais riqueza e oportunidade para a sociedade do que recursos administrados privadamente. Rose (apud LESSIG, 2001, p. 87) identifica duas razões pelas quais nossa tradição tem mantido certos recursos como bens comuns (tais quais rodovias): primeiramente, esses recursos são fisicamente capazes de monopolização por entes privados; segundo, o público tem uma reivindicação superior a esses recursos, porque são mais valiosos quando usados por um número indeterminado e ilimitado de indivíduos. Assim, mantemos esses recursos no regime de bens comuns por causa do risco de uma captura injusta se os recursos fossem privados. Segundo Rose (apud Ibidem, p. 87-88), quando um recurso tem valor pela sua abertura (o valor aumenta quanto mais o recurso seja usado – que é o caso da propriedade intelectual, conforme explicamos no tópico 5.2.1), faz sentido atribuir parte significativa de seu valor ao caráter público do recurso.

O ponto é que um sistema de controle criado para recursos rivais não necessariamente é apropriado para recursos não rivais e pode ainda criar sérios prejuízos caso aplicado a ambos (Ibidem, p. 95). Há uma gama de técnicas (tanto legais como tecnológicas) que podem ser usadas para construir um sistema de controle para bens não rivais. Uma forma que se observa nos bens comuns é o controle por meio dos costumes da sociedade envolvida (tal como vem sendo estudado por OSTROM, 2010), o que teria ocorrido no começo da internet, mas vem se perdendo com a expansão dos direitos autorais/copyright (LESSIG, 2001, p. 96), conforme abordamos no capítulo anterior. O problema é achar um equilíbrio para as formas de controle dos acessos ao recurso, equilíbrio este que pode servir para uma época, mas não para outras. Esse equilíbrio tampouco é automático, não havendo garantia de que será mais benéfico ou prejudicial (Ibidem, p. 97).

[810] Há hoje uma infinidade de propostas de alteração dos regimes da propriedade intelectual, que vão desde mudanças pontuais até a abolição completa (de que trataremos no tópico 6.1.4). Assim sendo, abordaremos neste tópico aqueles modelos que têm se mostrado em maior evidência, bem como aqueles que estão mais diretamente ligados à problemática central deste trabalho – isto é, a divisão entre direitos autorais e propriedade industrial.

de exclusão (ainda que, diferentemente destes, sejam dotados de baixa rivalidade). Portanto, a ideia de sujeitá-los a um regime (semelhante ao) de propriedade, atribuindo-lhes exclusividade, se justificaria como (única) forma de incentivar a produção de novas obras, tecnologias e conhecimentos. Uma vez, contudo, que questione a correlação entre propriedade intelectual e inovação (conforme vimos anteriormente), parte da literatura propõe como alternativa tratar os artigos autorais e industriais de forma análoga aos bens comuns, permitindo seu uso pela coletividade e possibilitando, assim, o desenvolvimento de obras derivadas, bem como o acesso a informação, conhecimento, cultura, educação e saúde – dentre outros direitos fundamentais.

É essa a proposta almejada, por exemplo, pelos *creative commons*, um regime de licenças voluntárias que atribuem às obras artísticas, científicas e literárias a natureza de direitos comuns, na medida em que garantem ao usuário um direito perpétuo[811] e gratuito de reproduzir, expor, performar, comunicar e distribuir cópias da obra. Mais ainda: de acordo com as licenças escolhidas pelo autor – sendo admitido combinação –, o usuário pode ter o direito de, com fins comerciais ou não, distribuir ou modificar a obra, produzindo criações derivadas – que, por sua vez, podem ser vinculadas à mesma licença sob a qual foram criadas, a critério do autor originário.[812]

Os *creative commons* nasceram das críticas de Lessig (2001) à propriedade intelectual, apresentadas acima. Com base nelas, o professor da Universidade de Stanford propôs como alternativa ao regime tradicional o tratamento das criações artísticas, científicas e literárias como uma espécie de bem comum. A partir desse modelo, desenvolveram-se as licenças voluntárias, que já foram adaptadas para uma série de jurisdições, sendo o Brasil uma das primeiras (LEMOS, 2005b, p. 85), onde têm tido êxito considerável (SUTHERSANEN, 2007b, p. 67).

O objetivo dos *creative commons*, portanto, é duplo (DUSOLLIER, 2006, p. 272). Primeiramente, reagir à crescente proteção de conteúdo pelo direito de autor. Além disso, as licenças voluntárias visam a curar a falha simbólica do regime atual, marcado pela

---

811 O autor pode revogar a licença a qualquer momento, impedindo que novos usuários tenham o direito de usar a obra livremente. No entanto, serão mentidos os direitos dos usuários que tiverem feito uso antes da revogação. De igual maneira, o autor originário não poderá mandar retirar de circulação cópias ou obras derivadas (conforme o caso) que tenham sido realizadas durante a vigência da licença.

812 Ou seja, o autor originário pode determinar que as obras derivadas da sua criação também sejam distribuídas pelo mesmo tipo de licença, permitindo, por exemplo, sua modificação pelos demais usuários.

crescente percepção do instituto jurídico como um impedimento ao processo criativo e ao aproveitamento de recursos culturais. Dessa forma, combinando componentes legais e simbólicos em sua estratégia, almeja-se promover entre os autores e artistas a filosofia de compartilhamento e contribuição aos bens comuns (Ibidem).

Nesse sentido, a vantagem primordial desse regime é legalizar os *commons* sociais (LEMOS, 2009, p. 51-53), que já existem na prática, conforme explicamos anteriormente. Além disso, os *creative commons* diminuem o peso da abordagem individualista-romantizada sobre a autoria (a qual, como vimos anteriormente, é uma das causas da incompatibilidade dos direitos autorais à Economia Criativa), em prol de um caráter tanto colaborativo como competitivo (DUSOLLIER, 2006, p. 286). Consequentemente, ao questionar a noção predominante de autoria, o uso das licenças teria um efeito subversivo sobre o regime tradicional (Ibidem).[813] Mais ainda, essa alternativa tem o potencial de promover a descentralização da mídia (LEMOS, 2009, p. 45-51), uma vez que valoriza a divulgação das obras pelo próprio autor, bem como a circulação diretamente pelos usuários. Por fim, na medida em que algumas modalidades permitem o uso da obra original para produzir criações derivadas, os *creative commons* têm maior adequação ao entorno digital do que a rigidez estabelecida pelos direitos autorais, tal como explicamos no Capítulo 5.

Por outro lado, apesar do caráter subversivo supramencionado, as licenças são, como já explicamos, voluntárias, e baseiam-se no regime autoralista atual, sendo, portanto, mais uma adaptação do que um substituto a este (LESSIG, 2004, p. 258; DUSOLLIER, 2006; LEMOS, 2009, p. 43; XIFARAS, 2010; SMIERS, 2015, p. 109). Por mais que desloquem a atenção do modelo econômico tradicional usado para justificar os direitos autorais (abordados no tópico anterior), trazendo o enfoque para outras formas de aproveitamento que o criador pode ter por meio da distribuição gratuita,[814] os *creative commons* ainda incorporam uma parte essencial do sistema existente: a propriedade (no

[813] "Exercer direitos autorais/copyright de forma diferente da que se tornou usual, e quase normativa, pode provar que a retórica controle/remuneração que tende a dominar seu discurso atual não é natural, mas vem de hábitos construídos, devido aos esforços da indústria" (DUSOLLIER, 2006, p. 285, tradução nossa).

[814] Apesar de apontar outras formas como os autores podem obter retornos econômicos (tal como exemplificamos no tópico anterior), Dusollier (2006, p. 288-289) se preocupa com o potencial efeito que os *creative commons* teriam de "tornar invisível" o trabalho relativo à criação artística, ao normalizarem a exigência, por parte dos usuários, de que os criadores disponibilizem gratuitamente suas obras, como uma forma de "presente para a sociedade". Assim sendo, Dusollier faz um paralelo com o trabalho doméstico feminino, cujas necessidades dos beneficiados (isto é, marido e filhos) ofuscaram a valorização dessa atividade, vista como algo a ser naturalmente desempenhado de graça pelas mulheres.

sentido de controle) do autor sobre a obra, a quem ainda cabe a prerrogativa exclusiva de decidir se autoriza ou não – e até que ponto – sua distribuição e modificação pelos usuários (DUSOLLIER, 2006, p. 281).[815]

Mesmo se considerarmos a modalidade de licença "viral", impedindo que criadores de obras derivadas restrinjam o seu uso por terceiros (o chamado *copyleft*, análogo aos softwares livres, que veremos no tópico seguinte), Dusollier (2007, p. 1.434) aponta a fragilidade dessa alternativa, ao depender: (i) da capacidade de execução das licenças (especialmente se serão aceitas pelo Judiciário); (ii) da definição adequada de criações derivadas sobre as quais recai a licença; (iii) da compatibilidade de diferentes licenças incidindo sobre diversas partes de uma criação; e (iv) de sua capacidade de aplicação global. Segundo Dusollier (Ibidem), todos esses problemas resultam da própria natureza privativa do aparato jurídico sobre o qual se baseiam os *creative commons* (assim como as demais iniciativas de *copyleft*, a exemplo dos softwares livres e das *open source patents*, de que falaremos adiante).[816]

De igual maneira, os *creative commons* podem ganhar adesão de autores individuais, mas dificilmente serão considerados por grandes conglomerados culturais (SMIERS, 2015, p. 109). Isso porque as licenças voluntárias seriam mais favoráveis aos interesses dos criadores do que dos titulares dos direitos,[817] ou seja, as empresas da

---

[815] É nesse sentido que Elkin-Koren (apud DUSOLLIER, 2006) questiona o potencial de essa alternativa de fato modificar o sistema autoralista vigente, cuja crítica Dusollier (Ibidem, p. 285, tradução nossa) associa a uma frase da escritora Audre Lorde: "as ferramentas do mestre (no caso, o esquema de contrato e licenciamento como um método de organização privada) nunca vai desmontar a casa do mestre (isto é, os direitos de autor/copyright [...])". A preocupação de Elkin-Koren (apud Ibidem) vai mais além: as licenças são uma forma de contrato imposto a quem quiser ter acesso à obra – encaixando-se no que Radin (apud Ibidem, p. 284) chama de "contrato como produto" (*contract-as-product*), em que os termos e condições vêm junto com o produto, "dentro de um mesmo pacote", não estando sujeitos a negociação. Esse mesmo modelo pode ser usado para a finalidade exatamente oposta à dos *creative commons*: estabelecer licenças corporativas que limitem os direitos garantidos aos usuários pelo regime autoralista (tema ao qual voltaremos no tópico 6.1.4, quando tratarmos da proposta de abolição da propriedade intelectual). Assim sendo, pior do que não desmontar sua casa, as ferramentas do mestre reforçariam sua solidez. Dessa forma, os *creative commons* (e também os softwares livres e de código aberto, conforme veremos no tópico seguinte) teriam apenas um efeito compensatório, não alterando as estruturas sociais fundadas no regime autoralista (tal como apontamos acima). No tópico seguinte, falaremos da possibilidade de os *creative commons* (assim como os softwares livres e de código aberto) terem efeitos estruturais, tendo-se em vista sua capacidade de viabilizar um modelo de governança descentralizada dos bens intelectuais como bens comuns.

[816] Dusollier (2007, p. 1.435) fala também do risco de tais iniciativas de ordem privada serem usadas como substitutos e, portanto, esvaziarem o debate acerca da importância do domínio público e das exceções aos direitos de propriedade intelectual.

[817] "A abordagem individualizada dos *creative commons* desafia o fato de que a maioria das obras são produzidas por funcionários, não por autônomos, e, portanto, são geralmente detidas por seus empregadores? Os *creative commons* deveriam confrontar o fato de que muitos criadores (por exemplo, a

Economia Criativa (como também os artistas de maior projeção, conforme explicamos anteriormente) – que, como vimos, parecem ser hoje os sujeitos efetivamente tutelados pelo regime autoralista.[818]

Note-se, também, que, apesar de hoje se proporem modelos semelhantes aos *creative commons* para patentes – a exemplo dos *science commons*[819] e das *open source patents*[820] –, não existe ainda opção equivalente para desenhos industriais e marcas. Assim sendo, esse modelo alternativo não resolveria a problemática central deste trabalho: isto é, a discrepância entre os direitos autorais e a propriedade industrial no cenário contemporâneo. Decerto, pode-se pensar em um sistema semelhante para os demais regimes da propriedade industrial. No entanto, continuaria a haver indefinição sobre a tutela jurídica das indústrias limítrofes (que abordamos no Capítulo 5), a exemplo do design. De igual maneira, uma vez que os *creative commons* não alterem os regimes vigentes, as disparidades estabelecidas entre estes (de que tratamos no capítulo anterior) continuarão existindo. Esse problema se observa particularmente no que diz respeito aos direitos morais, que não são modificados pelas licenças.[821]

---

maioria dos músicos, a maioria dos autores acadêmicos) podem ser obrigados a atribuir direitos autorais/copyright sobre seu próprio trabalho a uma gravadora ou editora como condição para que seja produzido ou publicado?" (SUTHERSANEN, 2007b, p. 66, tradução nossa).

818 Como forma de contornar esse problema, Lessig (2001, p. 255) propõe medidas para estimular a adesão aos *creative commons*, a exemplo de incentivos fiscais para que titulares doem seus direitos sobre as obras a um órgão de conservação público, tal como é feito em relação a doadores de obras de arte.

819 Esse sistema se baseia em uma prática já existente tanto entre acadêmicos, como entre estes e indústrias, os contratos de transferência de materiais (*material transfer agreements*): acordos por meio dos quais o titular dos direitos estabelece os termos para uso derivado de materiais biológicos, compostos químicos e mesmo softwares em pesquisas a serem executadas por outra instituição. O que os *science commons* fazem é padronizar os modelos de licença contidos em tais contratos (SUTHERSANEN, 2007b, p. 65-68). Para uma análise mais aprofundada, consultar Wilbanks e Boyles (2006).

820 Dusollier (2007, p. 1.415) explica que as *open source patents* funcionam de forma semelhante aos softwares livres, que veremos no tópico seguinte. No entanto, diferentemente destes ou das licenças de *creative commons* que proíbem a exclusividade nas criações derivadas, o compartilhamento recíproco das *open source patents* é garantido de forma limitada aos agentes que participam do pool de tais patentes (Ibidem). Para Dusollier (Ibidem), isso pode ser explicado pela natureza dos recursos governados por tais licenças: conhecimento, informação ou ferramentas de pesquisa que não são usualmente comercializadas ou distribuídas em massa para o mercado tal qual *commodities*, vez que são voltados somente para alguns especialistas". Curiosa essa análise, já que indica a existência de uma lógica econômica distinta daquelas dos bens cobertos por direitos autorais, mas em sentido diverso ao que usualmente observamos ser argumentado (conforme expusemos ao longo deste trabalho). Outra diferença está na limitação geográfica: dado que a exclusividade da propriedade industrial depende de registro (vide tópico 5.1.6), as licenças de *open source patents* acabam restritas a países em que a patente tenha sido concedida (Ibidem, p. 1.433). Mais uma vez, portanto, temos a discrepância de formalidades exigidas para cada regime da propriedade intelectual, de que tratamos no capítulo anterior.

821 Observe-se que, para Lemos (2009, p. 43-45), as críticas aos *creative commons* são geralmente postas por acadêmicos, que costumam se basear em premissas abstratas. Na mesma linha, alega que as transformações mais recentes da propriedade intelectual (sejam aquelas efetivamente implementadas ou

6.1.3 Software livre e código aberto

Os softwares livres são programas de computador que concedem aos usuários a liberdade de controle na execução e adaptação da computação e do processamento de dados às suas necessidades, na medida em que não são impostas licenças proprietárias restritivas. Dessa maneira, os usuários podem executar, copiar, distribuir, estudar, modificar e melhorar o software. Tais liberdades são dadas de dois modos: pela divulgação do código-fonte e por meio de licenças específicas – sendo a principal delas a *General Public License* (Licença Pública Geral) ou GNU.

O movimento tem suas origens na década de 1980, protagonizado por Richard Stallman. Seu princípio básico é de ordem ética, e não econômica ou mesmo tendo em vista a inovação. Nesse sentido, o software livre funda-se sobretudo na preocupação com o usuário.[822]

No final da década de 1990, o movimento código aberto surgiu como uma espécie de dissidência do software livre. Seus fundadores, Eric Raymond e Linus Torvalds (criador do sistema operacional *Linux*), partilhavam de uma motivação distinta da Stallman: a divulgação do código-fonte e a concessão de licenças para estudar, alterar e aprimorar os programas de computador seriam uma forma de torná-lo mais consistente, na medida em que a colaboração de múltiplos agentes facilita a correção de falhas. Ou seja, diferentemente do software livre, os adeptos do movimento código aberto não repudiam o aproveitamento comercial das criações.

Dessa forma, as licenças concedidas sob o modelo de código aberto são um pouco mais flexíveis, não necessariamente proibindo a cobrança pelo uso de softwares modificados (aproximando esse modelo, portanto, dos *creative commons*, tal como visto no

apenas propostas) carecem, em sua maioria, de suporte em estudos empíricos, bem como avaliação de impacto ou mesmo considerações acerca dos grupos beneficiários e prejudicados (conforme identificamos nos debates legislativos brasileiros, no Capítulo 4, bem como na literatura crítica à propriedade intelectual, no tópico anterior) – o que Lemos chama de "engenharia social". Assim sendo, acredita que os *creative commons* são uma alternativa positiva, por promoverem o espaço para esse tipo de experimentação – apesar de não explicar como isso ocorreria.

822 Informações extraídas da página oficial do GNU, sistema operacional criado por Richard Stallman sob a filosofia do software livre. Disponível em: <http://bit.ly/gnuphilosophy >. Último acesso em: 17 jul. 2018.

tópico anterior). Na prática, todavia, boa parte das licenças de ambos os movimentos coincide nos seus termos.[823]

Uma das vantagens do software livre e do código aberto como ferramenta para sanar a problemática apresentada neste trabalho é o fato de, a princípio, afastarem a aplicação da lógica autoralista aos programas de computador (que, como vimos no capítulo anterior, causa algumas incompatibilidades). Isso se dá, primeiramente, pelo fato de as fundamentações dos movimentos não passarem pelo discurso de tutela romantizada da obra como expressão da personalidade, mas sim pela proteção dos interesses do usuário (software livre) e pela promoção da inovação (código aberto). Além disso, licenças que permitam novas formas de distribuição e modificação (tal como nos *creative commons*) distanciam-se do regime de exclusividade dos direitos autorais, adequando-se ao modelo colaborativo de produção do entorno digital (que vimos acima). Por outro lado, também como os *creative commons*, o software livre e o código aberto são ferramentas que se baseiam no regime jurídico existente, não o alterando de fato.[824]

6.1.4 Modelos substitutos

Assim como abordado anteriormente, iniciativas como os *creative commons*, o software livre e o código aberto são colocadas como alternativas ao regime autoralista tradicional, em face das críticas desse mecanismo jurídico como ferramenta para promover a inovação, desconsiderando a natureza não rival dos bens intelectuais, formas colaborativas de produção e outros interesses relevantes, como o acesso a informação,

---

[823] Informações extraídas da página oficial do GNU. Vide nota imediatamente anterior.

[824] Em sentido contrário, Lemos (2005b, p. 65-66) se mostra otimista: "O movimento do software livre demonstra que há espaço para inovação institucional no âmbito da propriedade intelectual, e que tal inovação pode-se dar fora dos mecanismos usuais de transformação do direito". E, mais ainda: "O movimento do software livre parece ser uma das raras circunstâncias em que as estruturas do direito autoral foram confrontadas a partir de uma perspectiva de transformação, derivada da percepção das limitações inerentes ao regime tradicional quanto ao desenvolvimento de software" (Ibidem, p. 71). Assim, a depender da forma como consideremos os softwares livres e de código aberto (bem como os *creative commons*), podemos concluir que têm o potencial de produzir alterações nas estruturas sociais ou, pelo contrário, se limitam a efeitos compensatórios. Se pensarmos que esses modelos se baseiam no regime autoralista existente e, portanto, são incapazes de "desmantelar a casa do mestre", então serviriam apenas para compensar as distorções provocadas pela disciplina jurídica atual (tal como explicamos acima). Por outro lado, se nos ativermos ao seu papel de viabilizar e fomentar a dinâmica descentralizada de inovação no entorno digital abordada por Benkler (2002) – vide nota 799 –, então essas alternativas não apenas tratam as criações intelectuais como bens comuns, mas também estabelecem um novo formato de governança difusa desses bens. Consequentemente, se aproximariam dos modelos estudados por Ostrom (2010), citados na nota 797, que apresentariam gestão mais eficiente desses bens (do ponto de vista de interesses econômicos e sociais).

cultura, educação e conhecimento. Entretanto, esses modelos são questionados por se ampararem justamente nos institutos que visam a alterar. Trataremos agora de propostas que se colocam no espectro oposto: isto é, em total substituição à propriedade intelectual.

Note-se, porém, a existência de uma ampla gama de modelos apresentados como alternativa aos regimes atuais. Por certo, a extinção completa da propriedade intelectual resolveria o problema central levantado neste trabalho: a incompatibilidade entre a distinção de tratamento dispensado pelos direitos autorais e pela propriedade industrial, de um lado, e a aproximação dos bens que visam a tutelar no cenário da Economia Criativa, de outro. Contudo, há ao menos dois riscos associados a essa proposta.

Primeiramente, uma completa desregulamentação pode ter o efeito exatamente contrário ao esperado: restringir o acesso às obras e inventos e, consequentemente, a inovação. Isso porque, na ausência de qualquer regulação jurídica, é provável que os agentes recorram aos segredos industriais[825] e a contratos extremamente restritivos para garantir sua exclusividade sobre os bens intelectuais – estendendo-a até mesmo para além dos prazos e direitos hoje estabelecidos (BOLDRIN; LEVINE, 2008, p. 264-266).[826] De

[825] Nesse sentido, Boldrin e Levine (2008, p. 264-270) fazem uma distinção entre o que chamam de abolição completa e desregulamentação da propriedade intelectual. Nesse último caso, seria permitida a execução de contratos tendo por objeto bens intelectuais, de modo que sanções por violação só se aplicariam às partes envolvidas, não afetando terceiros. Por exemplo, o usuário não teria que se preocupar com o uso e reprodução de obras "vazadas" na internet. Já no primeiro, não seria autorizada a celebração de contratos colusivos (por exemplo, a venda de um livro que proíba a comercialização de cópias para terceiros), que seriam tratados como cartéis. Ainda assim, admitem a possibilidade de um poder de monopólio do inovador em razão da vantagem do primeiro movimento. Nesse sentido, apontam que poderiam ser adotadas que o governo ativamente garanta a concorrência (apesar de questionarem o quão desejáveis seriam, o qual sua relevância prática final), como se passar a exigir a publicação de informações detalhadas sobre uma inovação, como uma condição para se poder utilizá-la comercialmente. Por exemplo, para se vender softwares, seria obrigatória a divulgação do código-fonte (de forma semelhante como já existe hoje em relação a fármacos). O problema, contudo, estaria na complexidade (e quase impossibilidade) em se divulgarem todos os detalhes ligados a novos processos produtivos ou novos métodos de negócios, o que levantaria o risco de manipulação dessas informações, resultando em custos de transação excessivos. Já no caso da desregulamentação do regime patentário, Boldrin e Levine (2008, p. 264-270) questionam se de fato o risco da ausência de divulgação dos inventos teria um efeito muito pior do o que existe hoje, já que atualmente o nível de descrição das patentes é mínimo (conforme já abordamos), além do fato de o prazo atual de proteção ser tão longo que, para muitas indústrias, quando as tecnologias entram em domínio público, já estão obsoletas.

[826] Essa é uma das preocupações que Lessig (2001, p. 257) apresenta ao defender o modelo de licença compulsória, como veremos a seguir. Já a desregulamentação de que falam Boldrin e Levine (2008, p. 264-267), conforme explicado anteriormente, teria mais três desvantagens: (i) o fato de tais contratos criarem efeitos negativos para terceiros (que, novamente, poderiam exceder aqueles causados pelos direitos assegurados pela Lei); (ii) custos de transação envolvidos na execução de tais contratos, que requerem uma supervisão invasiva e custosa da esfera pessoal; (iii) e a probabilidade de o número de litígios crescer exponencialmente, o que gera custos sociais. No entanto, os próprios Boldrin e Levine (Ibidem) minimizam esses efeitos negativos, uma vez que os regimes da propriedade intelectual já vêm sendo estendidos de qualquer forma (como explicamos no capítulo anterior) e o Judiciário (ao menos estadunidense) tem permitido que contratos vão além dos direitos previstos por Lei.

igual maneira, há muita incerteza sobre os efeitos que a revogação dos institutos teria para a produção de bens artísticos, científicos e literários, e artigos industriais.

Nesse sentido, mesmo entre a literatura econômica crítica que apresentamos no começo do capítulo apenas uma minoria defende sua abolição total (KINSELLA, 2001; BOLDRIN; LEVINE, 2008).[827] Por mais que reconheçam as falhas do sistema existente, grande parcela dos autores acredita ser inviável ou, no mínimo, inconsequente abandoná-lo, dado que essa medida provocaria mais efeitos danosos do que benéficos (MACHLUP, 1958;[828] RAMELLO, 2005, p. 134).

Assim sendo, surgem alternativas intermediárias, estabelecendo outros regimes no lugar da propriedade intelectual. Uma opção seria o financiamento estatal para a criação de obras autorais e artigos industriais – o que, em certa medida, já existe por meio do uso de recursos públicos para a pesquisa (seja na concessão de bolsas de iniciação científica, mestrado e doutorado, seja na gratuidade das universidades públicas) e projetos culturais, e por mecanismos de renúncia fiscal (como o previsto na Lei Rouanet[829] no Brasil). A adoção desse modelo como substituição aos regimes atuais apresenta, porém, ao menos um grande problema: há uma assimetria de informações entre governo e entes privados no que diz respeito aos custos e benefícios das criações intelectuais, havendo o risco tanto de a remuneração oferecida não ser adequada ou, inversamente, de o poder público ter que confiar nos custos estimados pelo próprio beneficiário (SCOTCHMER, 1991, p. 30).

Tendo-se em vista a existência dessa assimetria, outra opção de financiamento público seria a remuneração a posteriori, que também já existe por meio de premiações a

---

[827] Boldrin e Levine (2008, p. 269-270) defendem a possibilidade apenas de "execução privada" de contratos relativos aos bens intelectuais (contanto que não envolvam meios escusos e coercitivos, cujo risco acreditam ser baixo). Por exemplo, na indústria audiovisual estadunidense, o direito de atribuição (tal como mencionamos no capítulo anterior) e a distribuição de lucros são regulados por meio de acordos privados entre estúdios e os sindicatos de roteiristas, não estando previstos em Lei. Sem um regime de propriedade intelectual, esses contratos não poderiam ser executados judicialmente, mas sim pelas próprias partes (por exemplo, por meio de greve dos roteiristas, ou locaute dos estúdios). Boldrin e Levine (Ibidem) não acreditam que essa alternativa seja necessariamente boa do ponto de vista econômico, mas ainda assim mais desejável, dado que é altamente custoso para o governo impedir a execução privada desses contratos. Para além disso, apontam uma autolimitação desse tipo desse tipo de execução, na medida em que as partes podem sempre abandonar a relação comercial e buscar novos contratantes (por exemplo, estúdios podem demitir roteiristas em greve, assim como estes podem procurar outros estúdios).

[828] De acordo com Machlup (1958, tradução nossa): "Se não tivéssemos um sistema de patentes, seria irresponsável, com base em nosso conhecimento atual de suas consequências econômicas, recomendar sua criação. Mas como temos um sistema de patentes há muito tempo, seria irresponsável, com base em nosso conhecimento atual, recomendar a sua abolição".

[829] Lei 8.313, de 23 de dezembro de 1991.

contribuições artísticas e científicas. Tanto este quanto o modelo anterior se assemelham às formas de financiamento anteriores ao surgimento de um mercado de arte – notadamente, o mecenato e as Academias, tal como vimos no Capítulo 2. Nesse sentido, ambos apresentam o problema de criar uma ingerência governamental sobre qual tipo de conteúdo cultural ou tecnologia será produzido, o que pode ser usado para fins tanto de censura como de favorecimento de grupos de interesse.[830]

Com base nisso, Lessig (2001, p. 201) e Fisher (2004) propõem uma forma diferente para o financiamento público, que não passa nem pelo comissionamento, nem pelo pagamento de recompensas. Trata-se de um mecanismo estatal de remuneração de autores e executantes pela quantidade de vezes que suas músicas e filmes (bem como obras derivadas deles) são reproduzidos por meio digital.[831] Dessa forma, mitiga-se o problema da interferência governamental, uma vez que o valor a ser pago depende majoritariamente do consumo das criações pelo público usuário.[832]

Para tanto, os autores registrariam suas obras perante um órgão competente, responsável também por rastrear a quantidade de vezes que a música é reproduzida na internet.[833] No caso de obras derivadas, o autor identificaria as criações precedentes, bem

---

[830] A despeito das críticas, Shavell e Van Ypersele (2001) defendem a superioridade do mecanismo de recompensa em relação à propriedade intelectual (ao menos no que se refere às patentes), assim como em relação a um mecanismo optativo de recompensa (que não exclua os direitos de propriedade intelectual). Segundo eles, essa discussão não é recente, tendo se feito presente ao longo de todo o século XIX, época do amadurecimento dos regimes modernos de patente na Europa e nos Estados Unidos, conforme vimos no Capítulo 3. Apesar disso, alegam que desde o último século houve pouco estudo econômico sobre a questão, à exceção de Polanvyi (1943) e Wright (1983). Para os autores, a superioridade se dá pelo fato de, no sistema de recompensa, o incentivo médio para inovar ser maior (uma vez que a recompensa ótima é igual ao excedente esperado), além de se evitar o peso morto do preço monopolista criado pelas patentes. Por fim, concluem que as vantagens do sistema de recompensa são mais fáceis de verificar em áreas nas quais as perdas sociais causadas pela propriedade intelectual (a diferença entre o preço e o custo de produção, após a inovação) são altas, a exemplo das indústrias farmacêutica, fonográfica e de softwares.

[831] Netanel (2003) sugere modelo semelhante, mas apenas para usos não comerciais. A essa alternativa entendemos se aplicarem as observações que fazemos nesse tópico à proposta de Fisher (2004), ressalvado o fato de limitarem o mercado de obras derivadas (assim como nas licenças mais restritivas dos *creative commons* e os softwares livres, de que tratamos acima). Do outro lado do espectro, a abolição completa do regime autoralista (mencionada anteriormente), a princípio, dá total liberdade para reproduções e modificações com fins comerciais, apenas não havendo exclusividade do reprodutor/autor da obra derivativa.

[832] Fisher (2004) reconhece que essa interferência ainda poderia existir, apesar de o risco ser menor. Isso porque, apesar de não poder decidir para quais artistas especificamente vai o dinheiro, a agência responsável pelo sistema (conforme veremos adiante) teria discricionariedade para calcular qual valor total seria arrecadado para as recompensas, dando-lhe bastante poder e possibilidade de captura pela indústria.

[833] O próprio Fisher (2004) reconhece as dificuldades dessa forma de se aferir as reproduções. Para ele, a melhor maneira de fazê-lo seria por meio de um sistema de amostragem, numa versão mais complexa (e, consequentemente, mais cara) daquele usado pelos canais de TV para calcular a popularidade dos

como a parcela utilizada delas, com base no que se calcularia o percentual da remuneração devido aos autores originários por cada reprodução da nova obra.

Os custos para esse sistema, contudo, não seriam baixos: em 2004, Fisher estimou o valor de US$ 2,389 bilhões apenas para a remuneração dos artistas estadunidenses (sem contar, portanto, os gastos com implementação desse modelo). Esses recursos seriam levantados pelo aumento do imposto de renda ou pela criação de um novo tributo a incidir sobre os bens e serviços necessários para reproduzir, executar e distribuir digitalmente as obras (isto é, discos virgens, aparelhos de DVD, computadores, MP3 *players*, serviços de internet, plataformas de compartilhamento etc.).[834] Apesar dos custos, Fisher (Ibidem, tradução nossa) sumariza as vantagens desse modelo:

> Os consumidores pagariam menos por mais entretenimento. Os artistas seriam justamente compensados. O conjunto de artistas que disponibilizaram suas criações para o mundo em geral – e, consequentemente, a gama de produtos de entretenimento disponíveis para os consumidores – aumentaria. Os músicos seriam menos dependentes de gravadoras, e os cineastas seriam menos dependentes dos estúdios para a distribuição de suas criações [o que, por sua vez, tenderia a reduzir a concentração de mercado e o poder de lobby dessas empresas].[835] Consumidores e artistas desfrutariam de maior liberdade

programas. Alguns cuidados, porém, seriam necessários para evitar fraudes (como a não contabilização de reproduções acima de determinado número por um mesmo usuário no período de 24 horas). Outra opção, pensada por Love (2003), seria dar uma margem de discricionariedade para que os usuários decidam, independentemente da quantidade de reproduções, quanto e quais obras e artistas merecem receber mais do que outros, quer por terem sido pioneiros ou por atuarem em ramo que depende de mais incentivo (como cinema *cult*, por exemplo). Dessa forma, se mitigaria o chamado "efeito Britney" – em alusão à cantora Britney Spears – a tendência de poucos artistas mais famosos serem desproporcionalmente mais remunerados do que os demais (Ibidem, p. 9) em parte, decorrência do surgimento da figura do artista-empresário, de que tratamos no Capítulo 2, gerando o conflito de interesses entre estes e os pequenos artistas, tal como verificado nos Capítulos 4 e 5). De acordo com Eckersley (apud FISHER, 2004), um sistema de voto teria a vantagem de ser mais barato, mas, por outro lado, dependeria do engajamento dos usuários, o que não é garantido. Assim sendo, Fisher conclui ser melhor a remuneração por reprodução, com ajustes para evitar distorções (como em função da duração da obra).

[834] Segundo Fisher (2004), o aumento do imposto de renda teria como vantagens utilizar a estrutura de cobrança da Receita, resultando em menores custos administrativos, e provocar menos distorção no comportamento dos consumidores, tendo um efeito menor de desincentivo ao consumo dos bens autorais. Por outro lado, seu custo político é considerável, por afetar a população como um todo, independentemente do consumo individual. Já a opção de tributar bens e serviços ligados ao uso das obras teria como desvantagem um maior impacto no comportamento do consumidor, desincentivando a contratação de serviços de internet ou compra de mídias virgens para outras finalidades que não a reprodução de obras musicais e filmes.

[835] Fisher (2004) nos explica qual passaria a ser o papel das indústrias tradicionais nesse novo modelo: "O marketing e a publicidade permaneceriam funções cruciais no admirável mundo novo. Porque a renda de um proprietário de direitos autorais dependeria, como antes, da popularidade de suas criações, estimulando a demanda do consumidor por uma música ou filme em particular que continuaria a ser importante. Em um cenário, as gravadoras e estúdios poderiam capitalizar sua experiência de marketing e poder para permanecerem vitais e lucrativas no novo ambiente. Em outro, no entanto, seriam superados

> para modificar e redistribuir gravações de áudio e vídeo. Por fim, a sociedade em geral se beneficiaria de uma redução acentuada na execução de litígios e direitos autorais e outros custos de transação.

Além disso, esse sistema teria que necessariamente provocar adaptações no regime autoralista atual, não apenas para retirar as hipóteses de exclusividade sobre a reprodução das obras no meio digital, mas também para conformar a aplicação dos direitos morais.[836] Nesse sentido, o direito à integridade precisaria ser excluído da legislação (tal como já ocorre com as obras arquitetônicas). Todavia, a reputação do autor continuaria tutelada pelo direito à honra e ao nome,[837] se promoveria a adequação dos direitos morais à realidade digital e se reduziria a discrepância com a tutela da propriedade industrial (cujas incompatibilidades explicamos no Capítulo 5).

Por outro lado, o modelo apresentado por Fisher (2004) dependeria não apenas da alteração da legislação nacional, mas também dos regimes de outros países (e também dos tratados internacionais aos quais submetidos, conforme falaremos no tópico 6.3). Além disso, a alternativa, a princípio, se limitaria a músicas e filmes. Bem verdade que ele admite sua extensão posterior para outras obras, como *e-books*. Ainda assim, o sistema é pensado para reproduções apenas no meio virtual, sem resolver os problemas do descompasso entre obras autorais e artigos industriais no plano físico. Por fim, assim como a abolição total dos regimes (tal como mencionado anteriormente), a proposta gera dúvidas pelas poucas informações que temos hoje sobre seus potenciais efeitos à inovação.[838]

Em suma, as alternativas apresentadas nesta seção visam a corrigir algumas das questões levantadas no capítulo anterior – como o anacronismo dos direitos autorais na era digital, na garantia de direitos morais, na desconsideração de outros interesses relevantes (notadamente, aqueles dos usuários) e na sua fundamentação filosófica e econômica (ocasionando sua aplicação ao avesso do que propõe). Todavia, por mais que reconheçam

---

por empresas mais novas e mais enxutas, capazes de desenvolver e explorar os diferentes tipos de táticas de marketing possibilitadas pela internet. Tudo dependeria da flexibilidade das empresas existentes".

836 Fisher (2004) assume a possibilidade de esse modelo ser optativo, em vez de uma licença compulsória, convivendo com o regime tradicional. Ainda assim, certas alterações seriam necessárias ao menos no Brasil, como as referentes aos direitos morais. Fisher também propõe que esse sistema poderia (i) dar à possibilidade de o autor permitir a reprodução, mas não a criação de obras derivadas – recebendo, como consequência, proporcionalmente apenas dois terços dos valores devidos por reprodução aos demais autores –, ou (ii) ser implementado de forma privada, por cooperativas. Para essas hipóteses, se aplicam os mesmos problemas que abordamos em relação aos *creative commons*, softwares livres e código aberto.

837 De forma análoga ao que abordamos no Capítulo 5, quando tratamos dos problemas de se tratar os direitos autorais como direitos de personalidade.

838 Para outras críticas a essa proposta, vide Liebowitz (2003).

algumas das transformações do cenário artístico no último século, de forma geral, deixam de lado outras tantas mudanças que descrevemos no Capítulo 2, como a aproximação entre os objetos autorais e autorais e as criações industriais, além do surgimento da figura do artista-empresário.[839]

Dessa forma, nenhuma das opções supradescritas se mostra exatamente adequada para corrigir o problema central deste trabalho: a dificuldade de aplicar a distinção entre direitos autorais e propriedade industrial à realidade contemporânea da Economia Criativa. Isso porque nenhum desses modelos trata a divisão existente das categorias como cerne da crítica à propriedade intelectual, enfocando ora a sua incompatibilidade com o meio digital, ora sua incapacidade de alcançar apropriadamente os fins a que se destina (em especial, a inovação).

Em vista das falhas desses modelos, traçaremos no próximo tópico diretrizes a serem consideradas pelo legislador em eventual reforma dos regimes jurídicos para endereçar o problema da estrutura bipolar do regime jurídico atual.

6.2 Diretrizes para uma eventual reforma

Conforme vimos no início deste capítulo, existe hoje uma mistificação em torno da propriedade intelectual (a respeito tanto dos direitos autorais como da propriedade industrial), no sentido de que seria uma decorrência inevitável do avanço (e, consequentemente, do barateamento) das tecnologias de reprodução das obras. Nessa linha, por esses institutos existirem há cerca de 200 anos, somos levados a enxergá-los como única alternativa viável, esquecendo-nos de que esse período é relativamente curto diante da história da produção artística, cultural, científica e tecnológica.

Assim, a naturalização desse modelo afeta também as categorias em que se divide, a despeito dos problemas que essa estrutura bipolar apresenta atualmente (como abordado no Capítulo 5). Isso porque cristaliza a fundamentação socioeconômica sobre a qual se baseia, ofuscando o fato de tratar-se de ideias próprias dos séculos XVIII e XIX (cf. analisamos no Capítulo 3), anteriores às transformações ocorridas na Economia Criativa (explicadas no Capítulo 2).

---

[839] Ademais, todas as propostas de substituição e abolição da propriedade intelectual – incluindo o que Boldrin e Levine (2008) chamam de desregulamentação – são incompatíveis com os tratados internacionais que hoje regulam a material (conforme veremos no tópico 6.3).

Ignoramos hoje, portanto, que tanto os direitos autorais como a propriedade industrial são tecnologias jurídicas para alcançar determinadas finalidades. Nesse sentido, se a forma como construídos já não produz adequadamente os resultados que os justifiquem, é necessário repensá-los. O primeiro passo para isso é atualizarmos o substrato social e econômico que ampara a divisão bipartite dos regimes, de modo a adequá-lo à realidade contemporânea (o que, como visto, não é endereçado satisfatoriamente por nenhuma das propostas alternativas à propriedade intelectual). Essa primeira medida nos orientará para intervenções mais específicas na disciplina legal dos institutos.

6.2.1 Atualizar a fundamentação

De acordo com o que constatamos no Capítulo 3, identificamos na doutrina clássica forte presença de argumentos filosóficos para justificar os direitos autorais, ligados à romantização do autor e da atividade criativa, motivada pela necessidade de expressão pessoal, com repúdio ao aproveitamento comercial das obras pelo próprio criador. Mesmo havendo menção a indústrias literária e dramatúrgica incipientes, o editor e o empresário teatral foram vistos como pequenos comerciantes. Assim sendo, o regime autoralista continental surge para tutelar sobretudo a figura do artista/escritor individual. Também, as poucas referências encontradas a teorias estéticas refletem a divisão vigente no período entre criações artísticas e industriais. São justamente esses elementos (em especial o repúdio ao aproveitamento comercial das obras pelo próprio autor) que estabeleceram uma clara distinção entre os direitos autorais e a propriedade industrial – demonstrando já seus primeiros problemas com o desenvolvimento da arte aplicada.[840]

Já no Capítulo 4, verificamos que nosso legislador foi um pouco mais pragmático do que a doutrina, tratando de forma mais direta dos interesses econômicos por trás da regulação e dispensando menos atenção à justificação filosófica. Consequentemente (e, apesar do reconhecimento de outros interesses, como acesso à educação e à cultura, a

[840] É bem verdade que, conforme constatamos, justificativas econômicas se fizeram presentes na doutrina clássica sobre os direitos autorais, preocupando-se basicamente com dois sujeitos: o autor e o editor. Da mesma maneira, reconheceu-se o surgimento dos primeiros mercados de obras artísticas (principalmente, a escrita e o teatro), tendo algumas decisões jurisprudenciais identificado a figura do artista organizador da atividade artística, próxima do artista-empresário da Economia Criativa (que explicamos no Capítulo 2). Mais ainda: os juristas do período tratam de uma gama de interesses de distintos grupos (autores, editores, países com forte produção literária e países contrafatores) por trás da regulação. Não obstante, tais referências identificadas não minam as conclusões que descrevemos acima, como explicado no Capítulo 3.

partir de 1950), as normas brasileiras foram construídas principalmente em torno da proteção econômica do autor e dos titulares dos direitos (tendo alguns parlamentares, inclusive, alegado que as leis privilegiariam estes, em detrimento daqueles). Além disso, refutamos nossa hipótese inicial de que o Legislativo não teria levado em conta as transformações da Economia Criativa e o surgimento da empresa-artística, nem os problemas resultantes da incompatibilidade com a divisão bipolar da propriedade intelectual (tratada de forma marginal).

Não obstante, nossas outras duas hipóteses se mostraram verdadeiras. Primeiramente, por mais que reconhecessem as dificuldades de adaptação (por exemplo, no caso do software), nossos parlamentares não chegaram a questionar separação entre os direitos autorais e a propriedade industrial. Isso porque, apesar da abordagem mais pragmática e de terem considerado as mudanças no cenário artístico após a segunda metade do século passado, predominou entre os congressistas uma visão romantizada da figura do autor, produzindo fora da lógica de mercado, comercializando sua obra apenas para subsistência, e hipossuficiente em relação aos titulares de direitos.

Ou seja, para corrigirmos a problemática analisada neste trabalho, criada pela incompatibilidade entre a configuração clássica da propriedade intelectual e a realidade contemporânea, precisamos ter em mente que a idealização da produção artística (própria dos séculos XVIII e XIX) é o que fundamenta esse modelo, tanto do ponto de vista filosófico como do econômico (conforme explicamos no Capítulo 3). Não basta, portanto, reconhecer que a Economia Criativa trouxe mudanças, mas sim a extensão em que estas ocorreram.

De acordo com o que analisamos no Capítulo 2, essas transformações não se limitaram ao que é considerado arte (questão abordada por vezes pelo legislador brasileiro, que chegou a tratar de indústrias limítrofes, como o design), novos sujeitos de interesse, nem o desenvolvimento de meios mais organizados de reprodução e aproveitamento comercial das obras (com destaque para o entorno digital). Para além disso, elas afetaram também o racional econômico do criador (e não apenas do titular dos direitos), e, dessa forma, a própria figura do autor. Não se ater a essas consequências dá margem à aplicação do direito autoral ao avesso (como explicamos no Capítulo 5), tutelando interesses contrários aos que almeja.

Assim sendo, a primeira diretriz para uma eventual reforma é considerarmos a superação (ainda que não completa) do repúdio ao aproveitamento comercial pelo próprio

artista – que, conforme observamos no Capítulo 2, se consolidou a partir da década de 1950, com destaque para o *Popismo*, mas alcançando também a literatura, o teatro, o cinema etc. (vide os novos papéis assumidos pela arte, de financiamento, publicidade e entretenimento). Como mencionado, essa mudança nos leva a outra questão ignorada pelos parlamentares brasileiros: a ascensão de novas formas de autoria, dependentes de esforços colaborativos, e mais próximas da atividade empresarial. Essa transformação será a segunda diretriz a nos guiar.

6.2.2 Repensar o sujeito de tutela

Conforme já dissemos anteriormente, o surgimento do artista-empresário não acabou com os pequenos criadores. No entanto, pôs em xeque a visão romantizada da produção artística como um processo personalíssimo, menos motivado por questões financeiras do que por uma necessidade de expressão (ideia essa que, tal como o instituto da propriedade intelectual, foi construída dentro de um contexto específico, notadamente, a transição do mecenato para o surgimento do mercado de arte, conforme explicado no Capítulo 2). Não obstante, de acordo com o que constatamos no Capítulo 4, o legislador brasileiro (ainda que embasado em argumentos mais econômicos do que filosóficos) continuou a considerar essa figura individual.

Desse modo, o texto das normas brasileiras acaba por tutelar igualmente criadores de diferentes projeções (e finalidades) comerciais: todos sob a lógica romântica dos séculos XVIII e XIX.[841] De igual maneira, a ideia adotada da produção artística como um fenômeno individual deixa de lado os modelos colaborativos – cada vez mais presentes, como mostramos nos Capítulos 2 e 5 –, em que a criação se dá de formas semelhantes à organização empresarial (não muito distante, portanto, do desenvolvimento e fabricação de artigos industriais).

---

[841] Podemos nos questionar, portanto, se a atribuição de direitos distintos, a depender do tipo de autor ou da finalidade comercial da obra, seria uma alternativa interessante. A princípio, essa ideia nos parece impraticável. Experiência semelhante, acerca apenas da finalidade, observa-se com as obras de design nos países que adotaram o princípio da divisibilidade (*scindibilità*), conforme explicamos no tópico 5.3.1. No entanto, como verficiamos no caso inglês, essa medida não traz uma solução eficiente para o problema da divisão entre direitos autorais e propriedade industrial. Retornaremos a esse ponto no tópico 6.2.5.

Por sua vez, isso nos remete aos questionamentos de quem acaba por ser protegido pela legislação: o pequeno autor individual e hipossuficiente (tal como propõe o discurso adotado); o artista-empresário; ou os titulares de direitos (a empresa-artística)?[842] As acusações levantadas nas discussões legislativas no Brasil e na literatura crítica à propriedade intelectual que analisamos acima concluem que os regimes jurídicos, tanto em nosso país, como em outras jurisdições, privilegiam esses últimos (isto é, os titulares de direitos), a despeito de sua fundamentação basear-se principalmente na tutela dos primeiros (e, mais recentemente, dos usuários).[843]

Outro ponto relevante, nessa linha, é a situação da pessoa jurídica. Conforme vimos, a Lei brasileira – de forma pouco clara, levando a interpretações controversas – admite a autoria apenas por indivíduos. Ao mesmo tempo, porém, garante à pessoa jurídica titularidade originária dos direitos patrimoniais sobre a obra (ponto igualmente controverso). Em suma: a discussão gira sobretudo em torno dos direitos morais, que, a princípio, somente caberiam à pessoa física – o que, numa primeira análise, serviria como uma forma de se tutelarem os autores (individualmente considerados) em face dos exploradores comerciais das obras (o que não necessariamente funciona dessa maneira, tal como explicamos no Capítulo 5 e retomaremos no próximo tópico).

Note-se que a justificativa para a impossibilidade de atribuição à pessoa jurídica tanto de autoria como de direitos morais (ao que voltaremos adiante) baseia-se na visão romantizada da produção artística como uma criação do espírito. Ocorre que, na prática, essa proibição aumenta o abismo entre os tratamentos dispensados a cada uma das grandes categorias da propriedade intelectual (conforme discorremos no Capítulo 5). Tendo-se em vista a aproximação entre obras artísticas e artigos industriais, abordada no Capítulo 2, passamos a ter disciplinas jurídicas díspares para bens semelhantes – especialmente nos casos de indústrias limítrofes, como o design, sobre as quais pairam dúvidas acerca do regime aplicável.

---

[842] Assim, nos aproximamos da visão de Jaszi (1991 e 1994), quanto à incorporação de uma ideia pós-moderna de autoria, ao mesmo tempo em que nos afastamos da proposta de Ginsburg (2017), quanto a "reintroduzir" o modelo romantizado de autoria para resolver a falta de tutela do pequeno artista (ambas as correntes mencionadas anteriormente – vide notas 555 e 567). Isso porque, em nosso entendimento, a opinião de Ginsburg recai no mesmo problema que acusamos aqui: qual seja, desconsiderar a emergência do artista-empresário e da empresa-artística.

[843] Nesse sentido, acreditamos que repensar o sujeito da tutela (assim como a fundamentação do regime autoralista, discutida no tópico anterior) levaria à resolução do problema do avesso dos direitos autorais, tal como explicamos no Capítulo 5.

Nesse sentido, uma vez que a mudança na figura da autoria deve ser uma das diretrizes a orientar eventual reforma, nos parece também recomendável prever a autoria da pessoa jurídica (observando-se os comentários que traçamos no próximo tópico sobre os direitos morais). Caso contrário, teríamos uma incompatibilidade com o paradigma cuja adoção propomos (isto é, um modelo de autoria mais próximo do observado na Economia Criativa).

6.2.3 Repensar classificação como direitos humanos e de personalidade

Outra diferença dos direitos autorais em relação à propriedade industrial que também é provocada pela visão romantizada (e pelo reconhecimento de direitos morais) é seu enquadramento como direitos de personalidade e direitos humanos, tal como tratado no capítulo anterior.

A respeito da primeira categoria (direitos de personalidade), listamos anteriormente quatro problemas em aplicá-la aos autores: (i) o aumento da distinção de tratamento da propriedade industrial; (ii) a apropriação desse instituto para proteger não o autor individual, mas sim os titulares dos direitos sobre as obras; (iii) a dificuldade de encaixá-los ao lado dos demais direitos de personalidade (direitos autorais morais seriam, ao mesmo tempo, direitos patrimoniais de personalidade); e (iv) o conflito com outros direitos de personalidade.

Já em relação à segunda classificação (direitos humanos), identificamos também quatro problemas em estendê-la aos direitos autorais: (i) a possibilidade de apropriação (assim como nos direitos de personalidade); (ii) o risco de se engessar o regime autoralista, dificultando as adaptações necessárias; (iii) a dificuldade de se considerarem os direitos autorais como direitos de propriedade (como visto, uma das justificativas, ao lado dos direitos morais, para esse enquadramento); e (iv) o conflito com outros direitos humanos.

Note-se, porém, que, como explicamos no Capítulo 5, os direitos autorais de cunho moral visam a proteger aspectos que já estão cobertos por direitos de personalidade positivados – ao menos no Brasil –, como o direito à privacidade (no caso dos direitos de anonimato e ineditismo) e à honra (no caso dos direitos de integridade e atribuição).[844]

[844] Isto é, sob o ponto de vista de tutela do autor. Como veremos no tópico seguinte, os direitos morais podem também ter por finalidade a tutela do interesse público. Contudo, também nesse caso, há outras

Assim sendo, não haveria por que inseri-los nessa categoria, ao lado desses demais direitos.

Dessa forma, nossa terceira diretriz é repensar a classificação dos direitos autorais como direitos de personalidade e direitos humanos. Como vimos, um dos motivos para a atribuição de tal natureza aos direitos sobre as obras artísticas, científicas e literárias é o reconhecimento de ume vertente moral nestes. Portanto, nossa terceira diretriz está diretamente associada à quarta, de que trataremos no tópico seguinte.

6.2.4 Repensar os direitos morais

No Capítulo 5, explicamos que a aplicação dos direitos morais, fundados na ideia de uma ligação personalíssima entre criador e criação, conflita com algumas das formas de produção na Economia Criativa, notadamente a reprodução de obras precedentes – prática naturalizada tanto em movimentos contemporâneos[845] como no meio digital – e a autoria coletiva. Os *creative commons*, analisados no início deste capítulo, ajudam a mitigar essa incompatibilidade, na medida em que algumas licenças autorizam criações derivadas. Por sua vez, a legislação brasileira atual prevê mecanismos para evitar que o exercício dos direitos morais inviabilize o aproveitamento das obras coletivas (como no caso da indústria audiovisual), aceitando, portanto, uma relativização desses direitos em prol de outros interesses.

Essas soluções, contudo, não endereçam outros cinco problemas que identificamos na aplicação atual dos direitos morais: (i) o descompasso entre sua fundamentação personalíssima e a inserção da produção artística (não apenas plástica, mas também literária, musical, cinematográfica etc.) contemporânea numa lógica de mercado; (ii) o fato de aumentarem a disparidade em relação à propriedade industrial; (iii) a possibilidade de serem usados indevidamente pelo autor para a obtenção de vantagens financeiras; (iv) o risco de servirem para proteger os titulares de direitos (incluindo pessoas jurídicas), em vez do autor individual (a quem se propõem a tutelar); e (v) eventual conflito com o interesse público.

---

normas previstas na legislação brasileira que já protegem tais interesses, como a repressão à falsidade ideológica e a concorrência desleal, e os mecanismos de preservação ao patrimônio artístico e cultural.

845 A exemplo de *appropriation art*, que mencionamos na nota 107.

A respeito do primeiro ponto, mencionamos a alternativa – proposta por Torresman (2000, p. 109) e Ascensão (1997, p. 143-144) – de relativizar os direitos morais (ao menos o direito de integridade) em obras com caráter mais comercial que artístico. A dificuldade, no entanto, se dá em como aferir esse critério. Conforme discutimos anteriormente, conferir aos tribunais a função de definir o que é ou não arte cria margem para decisões discricionárias.

Por sua vez, estabelecer uma distinção com base no número de cópias vendidas ou aplicação da obra em artigos utilitários provoca distorções.[846] Primeiro, porque uma obra tipicamente artística, como uma gravura, pode ser seriada; ao passo que peças de design muitas vezes são únicas. De igual maneira, vincular a disciplina jurídica à funcionalidade, no cenário atual, faz que tratamentos díspares se apliquem a bens muito semelhantes (como novamente o design, de um lado, e as esculturas, de outro), inclusive quanto à motivação econômica de sua produção – ponto esse que se conecta ao segundo problema: o aumento do abismo em relação ao regime da propriedade industrial.

Se o substrato socioeconômico que deu origem aos direitos morais mudou, é preciso que esse instituto também mude. Nesse sentido, Gervais (2015, p. 294) propõe que alteremos o argumento em que se baseiam esses direitos (mas não o conteúdo), passando a abraçar como fundamento o interesse público.[847] Por exemplo, como mencionamos na nota 608, para além da proteção do autor, os direitos de atribuição e de integridade têm a função de assegurar a terceiros, respectivamente, a autenticidade da obra e sua conservação (LUCAS-SCHLOETTER, 2015, p. 52).[848]

A incorporação dos interesses dos usuários e da coletividade nos parece imprescindível à adaptação dos direitos morais à realidade contemporânea (reforçados pela mudança do paradigma da produção artística, já não tão próximo da visão romantizada dos

---

[846] Como visto no Capítulo 5, critérios adotados, respectivamente, pelo *Visual Artists Rights Act* estadunidense e, durante certo período, pela Inglaterra, distinguindo a proteção da obra em relação à fabricação do artigo nela retratado.

[847] Similarmente, Rajan (2015, p. 253) sugere um direito de atribuição em paralelo ao existente, mas focado na origem, o que cobriria conhecimentos tradicionais, e acervos de museus e bibliotecas, endereçando a questão das obras órfãs. Apesar de interessante a proposta, não vemos por que seria necessária a natureza de direito moral para tanto. Conforme já sustentamos e defenderemos novamente a seguir, a atribuição poderia ser assegurada por mecanismos já existentes ao menos no ordenamento brasileiro.

[848] De forma semelhante, Carboni (2003, p. 62) defende "[...] o deslocamento da natureza do direito moral de autor do nebuloso campo naturalista da mera 'ordem das coisas', para o campo funcional da identificação de quem emite a mensagem durante o discurso". Assim, "[...] o direito moral deixaria de ser visto como uma mera proteção de um valor individualista do sujeito-autor, para passar a ser concebido como um interesse social no reconhecimento da identidade do emissor da mensagem" (Ibidem, p. 63).

séculos XVIII e XIX). Isso, por sua vez, nos remete a nosso questionamento, levantado no Capítulo 5, à ideia de que a coletividade seria mais beneficiada pela existência de direitos morais no regime autoralista e sua ausência na propriedade industrial.[849] Conforme defendemos, mais uma vez a proximidade atual entre obras artísticas, científicas e literárias, de um lado, e os artigos industriais, de outro, torna artificial essa distinção. Por exemplo, no caso das marcas, é claro o interesse público no equivalente a um direito de atribuição (positivo e negativo) de seu titular, na medida em que garante a indicação da origem daquele produto ou serviço.[850]

Entretanto, os interesses coletivos podem ser tutelados por outras normas, como os mecanismos para a conservação do patrimônio (em substituição ao direito de integridade), a tipificação da falsidade ideológica (SMIERS, 2015, p. 114) e a repressão à concorrência desleal[851] (no lugar do direito de atribuição).[852] Da mesma forma, como abordamos no tópico anterior, os direitos morais visam a proteger a reputação, a honra e a privacidade – as quais já estão abrangidas por direitos de personalidade, não havendo necessidade de redundância.

6.2.5 O objeto de tutela: mais ou menos categorias?

De acordo com o que exploramos no Capítulo 2, além da incorporação de uma lógica comercial à produção artística e do aprimoramento dos elementos estéticos dos artigos industriais e das marcas, também as Escolas do século XX ampliaram extensivamente os limites daquilo considerado como arte. Tal evolução tornou mais difícil a distinção no caso concreto entre obras artísticas e artigos industriais, o que, por sua vez, diminui a clareza quanto ao regime jurídico que deve se aplicar: se os direitos autorais ou a propriedade industrial.

---

[849] Conforme vimos no tópico 5.1.7, a relevância dos direitos morais sobre invenções é irrisória.

[850] Para Heymann (2007, p. 97), considerar a atribuição como um interesse econômico dos consumidores, em vez de um direito econômico dos autores, acaba também beneficiando criadores subsequentes.

[851] É a solução que propõe Masiyakurima (2005, p. 433) especificamente para as obras que não correspondam àquelas que se tinha em mente quando se desenvolveu a justificativa dos direitos morais: criações produzidas pelo pequeno artista individual, fora da lógica de mercado. O próprio Masiyakurima (Ibidem), no entanto, chama a atenção para potenciais efeitos negativos dessa medida (alinhados com a crítica que apresentamos no tópico 5.1.2 e na nota 691): a margem de discricionariedade dada pela aplicação da concorrência desleal e a consequente insegurança jurídica.

[852] Como explicamos no tópico 5.1.7, o direito de atribuição nos Estados Unidos era garantido sob a proibição de falsa designação de origem.

Isso porque os critérios clássicos para incidência desses institutos – como *sweat of the brow* ou a "expressão do espírito", e a dicotomia ideia-expressão – refletem um cenário anterior às transformações da Economia Criativa, tornando-se incompatíveis com esta nova realidade. Dessa forma, algumas criações ficam passíveis de tutela por mais de um dos regimes, enquanto outras terminam completamente desprotegidas, dada a ausência de disciplina jurídica específica. Esse problema se agrava pela possibilidade de a cumulação ser usada para se estender o prazo de exclusividade.[853]

Uma alternativa para esse problema, conforme vimos, é distinguir as obras autorais das industriais com base no volume de sua produção. Isto é, se confeccionada a partir de certa quantidade, deixaria de ser passível da tutela pelo regime autoralista.[854] No entanto, como já expusemos, esse critério reflete as formas de produção contemporâneas, em que se tornam cada vez mais comuns múltiplos (SILVEIRA, 2012, p. 117) e obras de arte seriadas, enquanto artigos intermediários, como peças de design, podem ser fabricados com exclusividade.

Outra solução é a criação de categorias intermediárias, introduzindo uma espécie de gradação entre os direitos autorais, num extremo, e a propriedade industrial, na outra ponta.[855] Isso, de certa forma, já é feito pela legislação atual, que coloca pequenas

---

[853] No caso do design, outro problema é o risco de o direito de autor ser usado para dar exclusividade a características funcionais (como ocorreu na Inglaterra com o copyright industrial, tal como vimos no capítulo anterior), uma vez que, no design moderno, aquelas se tornam cada vez mais fundidas aos aspectos ornamentais (GHIDINI, 2018, p. 230). Nesse sentido, a solução pensada por Moffat (2014) para tratar do design seria focar-se justamente no critério de funcionalidade – havendo o risco de a tutela via direito de autor/copyright atribuir exclusividade à função, esta deveria ser afastada e dar lugar à proteção por patente. Essa proposta, no entanto, não endereça o problema do abismo entre os direitos atribuídos por cada um desses regimes, conforme explicamos no Capítulo 5.

[854] É o que Derclaye (2018, p. 446-447) defende para o design, por exemplo.

[855] Reichman (1995, p. 519) propõe uma única categoria intermediária, protegida por curto prazo (de modo semelhante ao design não registrado europeu, que vimos no capítulo anterior), para lidar com as indústrias limítrofes entre os direitos autorais e a propriedade industrial. Como já adiantamos nas notas 2 e 503, Reichman identifica um problema global nos regimes híbridos, que mostram um problema não apenas em indústrias pontuais, mas na inadequação do modelo de divisão da propriedade intelectual para o cenário contemporâneo (1995, p. 516). Nesse sentido, os regimes híbridos atuais seriam uma resposta imediatista e improvisada para esses problemas, faltando-lhes uma fundação teórica e econômica coerente (Ibidem, p. 515). Um dos problemas da análise de Reichman, a nosso ver, é que ele enxerga mais semelhanças nas indústrias limítrofes entre si do que em relação aos dois espectros opostos da propriedade intelectual – direitos autorais e propriedade industrial –, razão pela qual propõe que sejam tratados como uma entidade única e separada (Ibidem, p. 507-510). Dessa forma, ele não apenas ignora sobreposição entre objetos clássicos de tutela, como continua baseando sua análise num paradigma em que a proteção autoral não deve cobrir obras produzidas industrialmente (Ibidem, p. 513) – esquecendo-se de que, na Economia Criativa, essa passou a ser uma forma de criação artística. Nesse sentido, como vimos nos tópicos 5.3.1.2 e 5.3.1.3, solução semelhante à proposta de Reichman – a criação de uma categoria intermediária – não resolveu o problema inglês de tratamento do design, justamente por não endereçar o abismo existente entre os direitos autorais e a propriedade industrial.

distinções na aplicação do regime autoralista para diferentes obras (as audiovisuais, por exemplo), tal como abordamos no Capítulo 5. Esse modelo poderia ser expandido, estabelecendo categorias com base nas distintas formas de criação (escultura, pintura, música, literatura etc.).[856] Por outro lado, dada a fluidez contemporânea das regras de expressão – não apenas nas artes plásticas, mas também, novamente, na música e na literatura – tal como explicamos no Capítulo 2, persistiria o problema da discricionariedade de definir o regime aplicável.

Trata-se de escolha próxima à que o legislador fez para disciplinar o software, dada a mescla de elementos expressivos e funcionais que esses bens contemplam, como analisamos no Capítulo 5 (a despeito das críticas quanto às características atribuídas a esse regime específico, como o prazo). Opção semelhante, conforme também já abordamos, nos tópicos 5.3.1.2 e 5.3.1.3, foi adotada pelo Reino Unido (e, posteriormente, pela União Europeia) para tratar do design. Entretanto, verificamos que essa alternativa não acabou: (i) com o problema da discricionariedade do Judiciário para decidir o que é ou não arte; (ii) com a discrepância entre os regimes tradicionais dos direitos autorais e da propriedade industrial; nem (iii) com a possibilidade de cumulação de proteções.[857]

Nesse sentido, Ghidini (2018, p. 233-235) apresenta uma solução complementar: distinguir os bens com base no mercado em que comercializados. Assim, havendo um litígio acerca de determinada obra, o Judiciário analisaria a partir dos dados do caso concreto (por exemplo, quem são as partes envolvidas) se a disputa se dá sobre a

---

[856] Essa medida já foi proposta pelo Congresso brasileiro, conforme vimos no Capítulo 4; não tendo, contudo, prosperado. Similarmente, a Propostas de Diretiva relativa aos Direitos de Autor no Mercado Único Digital 2016/0280(COD), aprovada pelo Parlamento Europeu em 29 de março de 2019 e pelo Conselho Europeu em 15 de abril, cria para os publicadores de jornais e revistas o novo direito de, por 20 anos, excluir terceiros (salvo os autores dos artigos) da extração não autorizada e exploração on-line de partes dos artigos publicados (cf. Artigo 11º).

[857] Conforme investigamos nos tópicos 5.3.1.2 e 5.3.1.3, o exemplo inglês é interessante por mostrar que, por mais que o Legislativo e o Judiciário tenham considerado as transformações no cenário artístico e no desenvolvimento da indústria do design (com referências expressas a movimentos como o *Arts & Crafts*, que abordamos no tópico 2.5), a aplicação das categorias intermediárias propostas continua conturbada, na medida em que ainda depende de uma decisão judicial sobre o que configura ou não obra artística.

exploração do bem em mercado de massa ou de "artes elevadas".[858] De acordo com o resultado dessa averiguação, regimes distintos de tutela seriam aplicáveis.[859]

Essa alternativa tem como vantagem substituir a discussão espinhosa acerca do que é ou não arte por uma análise pragmática, assumindo que uma mesma obra pode desempenhar papéis distintos – mais artísticos ou mais utilitários –, a depender do contexto do uso da obra (e não necessariamente da motivação do artista).[860] Dessa forma, o Judiciário poderia dar respostas mais adequadas aos interesses envolvidos na indústria em que ocorre a disputa, que, conforme vimos, têm demandas diferentes (como é o caso da moda, em que, dada sua dinâmica própria, não há consenso sobre os benefícios dos direitos de exclusividade).[861]

Ou seja, a Lei poderia autorizar tratamentos distintos, não com base no tipo de obra em si, mas sim nos mercados em que comercializados, conforme as características e demandas de cada um deles. Medida semelhante é proposta por Burk e Lemley (2009) para as patentes,[862] em vista dos efeitos díspares que provocam em diferentes setores, conforme já discutimos. Para esses autores, no entanto, o ideal não seria criar uma série de categorias separadas, senão moldar as regras do sistema unitário caso a caso, de acordo com as necessidades específicas da indústria envolvida.

Burk e Lemley (2009, p. 97-99), ao analisarem como patentes funcionam em diferentes setores, concluem que a Economia pode trazer sugestões úteis para a formulação de políticas apropriadas. Todavia, questionam a capacidade de a Lei traduzir essas sugestões em regras detalhadas para cada indústria, uma vez que muitas das predições da Teoria Econômica dependem dos fatos específicos de cada caso. Ou seja, a Economia é

---

858 Ghidini (2018, p. 233) nos dá como exemplos o espremedor de frutas *Juicy Salif* criado pelo designer Philippe Starck e a obra *Spider* (1994, Londres, *Tate Modern*) de Louise Bourgeois – ambas reproduzindo o formato semelhante ao de uma aranha. Podemos, contudo, pensar em casos melhores, em que não há apenas semelhança entre as obras, mas sim em que réplicas da mesma criação são comercializadas tanto como obras de arte quanto como peças de design, como a *Cadeira azul e vermelha* (1918, Los Angeles, LACMA) de Gerrit Rietveld, mencionada no Capítulo 2.

859 De acordo com Gould e Herman (2017, p. 166, nota 34), modelo semelhante existe hoje para a fotografia na Alemanha e na Itália, havendo categorias de proteção distintas entre fotos artísticas e aquelas para uso informativo.

860 Critério esse que já criticamos, dado o seu grau de subjetividade e dificuldade de medição.

861 Nesse sentido, Felten (2005) propõe o teste do *pizzaright* para se averiguar se a propriedade intelectual deve ser estendida para uma nova criação ou não (aplicável também à extensão de prazo de proteção já garantida). O *pizzaright* é o direito exclusivo de vender pizza e torna ilegal fazer ou servir pizza sem uma licença do titular do *pizzaright*. O teste *pizzaright* diz que, ao avaliar um argumento em favor da exclusividade, se o argumento serve também para sustentar o *pizzaright*, então o argumento é falho.

862 Mas que, a nosso ver, pode ser pensada de forma análoga para os bens autorais.

mais útil em fazer sugestões gerais sobre como o sistema de patentes pode se adaptar a contextos particulares do que ditar regras gerais rígidas de fácil aplicação (Ibidem).

Além disso, Burk e Lemley (2009, p. 97-99) alegam que reescrever a legislação patentária para cada indústria envolveria custos administrativos substanciais. Na mesma linha, dificilmente os limites estabelecidos entre as categorias normativas acompanhariam o ritmo frenético de inovação tecnológica (argumento que podemos estender à evolução das formas de produção artística, com base no que analisamos no Capítulo 2). A esse respeito, Burk e Lemley (2009, p. 97-99) listam uma série de exemplos em que a criação de regimes *sui generis* para setores específicos deu errado nos Estados Unidos, como semicondutores, biotecnologia e cultivares. Segundo eles, o maior problema foi o fato de as leis nesses casos serem feitas pensando-se na tecnologia então existente, não sendo suficientes para acomodar mudanças tecnológicas que viriam (Ibidem).

Assim sendo, para Burk e Lemley (2009), a legislação deveria apenas dar margem para que o Judiciário estabelecesse as "alavancas políticas" (*policy levers*) adequadas para cada indústria[863] – o que, segundo eles, já estaria alinhado com a legislação patentária estadunidense. Para eles (Ibidem, p. 100-108), haveria três razões que tornariam os tribunais mais aptos para essa tarefa do que o Legislativo: (i) a menor influência a lobby e pressão de grupos de interesse;[864] (ii) o fato de o próprio processo fornecer informações mais precisas sobre o contexto da disputa, por meio das provas apresentadas pelas partes; e

[863] A proposta de Burk e Lemley – e também a de Ghidini (2018), que comentamos acima –, de certa forma, se relaciona com a solução proposta por Heymann (2007 e 2013) para a sobreposição entre copyright/direito de autor, marcas e direitos de design. Para Heymann, a melhor saída não é colocar à escolha do titular/autor uma gama de regimes (modelo que discutiremos a seguir), mas sim identificar a natureza do dano alegado pela parte, numa demanda, bem como a relação entre o direito detido e a prestação judicial demandada (Ibidem, 2013, p. 274-275). Para elucidar seu ponto, ela faz referência ao caso *Rogers v. Koons* (Ibidem, 2007, p. 56) – que comentamos na nota 555. Segundo Heymann, a argumentação de Rogers demonstra, na verdade, uma tentativa de evitar o risco de identificação com a obra feita pelo outro artista. Portanto, o caso não se trataria no fundo de violação de direito autoral, por mais que fosse esse o direito alegado – mas sim algo muito mais próximo do direito marcário (note-se a situação peculiar do direito moral de atribuição nos Estados Unidos, conforme explicamos no tópico 5.1.7).

[864] Segundo Burk e Lemley (2009, p. 100), o modelo estadunidense e atual tem algum equilíbrio, pois agentes de indústrias com demandas distintas pressionam o Legislativo para moldar as normas em direções opostas. De qualquer forma, no Judiciário a influência seria ainda menor, pois juízes estão menos suscetíveis à pressão de grupos econômicos, na medida em que não precisam de financiamento de campanha para se elegerem (Ibidem, p. 106).

(iii) a dificuldade de mudanças normativas acompanharem transformações tecnológicas[865] – tal como mencionamos no tópico 5.2.4.

Burk e Lemley (2009) entendem como alavancas políticas a serem utilizadas pelo Judiciário a interpretação de conceitos da legislação patentária de forma adequada a cada indústria específica. Exemplos seriam as definições de não obviedade, utilidade, estado da arte, bem como as regras de indenização e abuso de patentes.[866]

Sem dúvida, Burk e Lemley apresentam fortes argumentos para defender sua proposta. Todavia, as peculiaridades de cada indústria e mercado podem demandar diferenças de tratamento em pontos que não são abordados por eles, como os prazos de proteção ou as exceções às hipóteses de violação. De fato, depender do Legislativo para estabelecer essa distinção padece dos problemas mencionados por Burk e Lemley, supracitados. Por outro lado, dar aos tribunais uma margem de discricionariedade tão ampla pode levar a decisões muito díspares e, consequentemente, assimetria de tratamento a casos parecidos e, por fim, imprevisibilidade jurídica.[867]

Para além disso, o estabelecimento na Lei de regimes intermediários específicos para cada indústria, a princípio, não solucionaria o contraste de proteção entre os casos extremos (direitos autorais para obras "puramente" artísticas e patentes para invenções de indústrias tradicionais). Tal abismo, conforme explicamos no capítulo anterior, se observa na atribuição de direitos morais e no reconhecimento dos direitos autorais como direitos humanos e de personalidade, bem como nas diferenças entre os prazos garantidos para cada regime e a necessidade ou não de registro. Trataremos dessas questões no tópico seguinte.

6.2.6 Repensar prazos e registro facultativo

Conforme vimos ao longo deste trabalho, um dos pontos mais criticados nos direitos autorais é o progressivo aumento dos prazos de proteção, afastando esse regime

---

[865] Burk e Lemley (2009, p. 108) não acreditam que essa medida consistiria em ativismo judicial, uma vez que apenas daria aos tribunais margem para decidir dentro da moldura estabelecida pela Lei.

[866] Caberia, portanto, à doutrina identificar quais regras poderiam ser alavancas políticas (Burk e Lemley, 2009, p. 169).

[867] Não podemos nos esquecer de que Burk e Lemley, ao proporem essa alternativa, têm em mente o modelo estadunidense do *common law*, em que o precedente judicial é sempre vinculante. Isso, sem dúvida, diminui para eles a chance de imprevisibilidade jurídica.

cada vez mais da propriedade industrial. Como discorremos no tópico 5.1.5, apesar das alegações de lobby dos titulares de direitos sobre as criações, essas extensões costumam ser justificadas por argumentos que têm por foco o autor, visto sob uma ótica romantizada da produção artística, que apresentaria retorno financeiro menos imediato do que os artigos industriais. Dessa forma, para fins de incentivo e remuneração adequados, seria necessário um período maior de exclusividade dos direitos sobre os bens artísticos, científicos e literários, contados, em geral, a partir da morte do criador.

Entretanto, de modo geral (conforme constatamos desde o Capítulo 3), tais ampliações vêm sendo questionadas pela ausência de embasamento em estudos econômicos. Pelo contrário: apresentariam resultado contrário no fomento à produção de novas obras, pouco afetando a remuneração dos autores, de acordo com a literatura que mencionamos no começo deste capítulo (amparada em dados empíricos de trabalhos anteriores). Mais ainda: prejudicariam o acesso da coletividade às criações, novas formas de utilização e reprodução no meio digital, além de não refletirem as mudanças dos mercados de bens artísticos a partir do século passado, que abordamos no Capítulo 2.

É nesse sentido que Lessig (2004) propõe uma alteração focada em dois pontos principais. O primeiro deles é a concessão de prazos mais curtos para as criações autorais.[868] Note-se que, ainda assim, haveria o risco de cumulação com a proteção via marca, cuja renovação do registro por sucessivas vezes leva à prorrogação infinita da proteção,[869] sendo necessário, consequentemente, formas que atestem a separação do objeto do regime de direito autoral, patente ou registro de desenho industrial, da função contemplada pelos sinais distintivos.[870] Ou seja, o uso da criação caída em domínio público deverá ser permitido, ainda que também consista em uma marca, desde que se deixe claro que não deriva da mesma origem indicada por esse sinal distintivo.[871]

---

[868] A vantagem de períodos mais curtos é que substituiriam a necessidade de criar exceções às hipóteses de violação (LESSIG, 2004, p. 264).

[869] Por exemplo, quando (e se) o *Mickey Mouse* cair em domínio público, os registros marcários tanto sobre o seu nome como seu desenho permanecerão válidos.

[870] Em sentido semelhante, Boldrin e Levine (2008, p. 273).

[871] Há, ainda assim, uma complicação adicional, na medida em que, conforme mencionamos no capítulo precedente, as marcas hoje assumem mais uma função de provocar sensações, criando desejo de consumo. Entretanto, essa característica (diferentemente da denotação de origem) parece se inserir dentro da própria dinâmica da relação entre inovação e concorrência. A partir do momento em que as obras (incluindo personagens) caírem em domínio público, os agentes deverão investir no desenvolvimento de novos produtos (seja por meio de sua equipe criativa, seja pela contratação dos direitos das obras de terceiros) que agradem o público e, por sua vez, lhes garantam uma vantagem competitiva.

O segundo pilar da proposta de Lessig é que o prazo de proteção seja segmentado em pequenos períodos sucessivos, cuja aplicação dependeria de expressa manifestação do titular.[872] A lógica, portanto, seria a mesma aplicável às marcas: se a obra ainda tem algum valor para o titular dos direitos, então haveria incentivo para que ele pagasse a taxa de renovação, estendendo o seu período de exclusividade; caso contrário, não valeria a pena para o Estado garantir esse direito, de modo que a criação cairia no domínio público (LESSIG, 2004, p. 224-225).[873]

Lessig (2004, p. 222-223) chama a atenção para duas razões pelas quais o registro foi abandonado nos Estados Unidos:[874] (i) a influência da visão romantizada da criação artística como expressão pessoal (conforme vimos no tópico 5.1.1); e (ii) ineficiências do sistema, que o tornavam um fardo para os autores.[875] Sua ausência atual, contudo, eleva os custos de rastreamento, na medida em que cria grandes dificuldades em se saber se determinada obra já caiu ou não em domínio público[876] e, em caso negativo,

---

872 A primeira proposta de Lessig nesse sentido foi apresentada logo após o julgamento de *Eldred v. Aschcroft*, que validou a mais recente extensão do prazo de copyright nos Estados Unidos, por meio do *Sonny Bono* Copyright *Term Extension Act* (que mencionamos no tópico 5.1.5). Nela, Lessig (2001, p. 251) recomendava para obras publicadas o prazo de cinco anos a contar da data de registro, podendo ser renovadas por até 15 vezes, mediante pagamento de uma taxa. Já as obras não publicadas (por exemplo, circuladas em ambientes privados) deveriam ser tratadas de forma diferente: enquanto o autor vivesse e até 70 anos após sua morte, sem necessidade de registro. Apenas três anos depois, Lessig (2004, p. 221) sugeriu um novo modelo, de proteção inicial por 50 anos, após o qual o titular dos direitos deveria pagar uma taxa para fazer jus ao restante do prazo permitido por lei. De qualquer forma, nessa mesma ocasião, Lessig (Ibidem) reforçou que o mais importante na sua proposta não é o prazo em si, mas a necessidade de renovação do registro e o fato de que o prazo de obras já existentes não deveria ser aumentado, uma vez que naturalmente não produzem aumento de incentivo, tal como defendido por Felten (2005) no teste do *pizzaright* (como explicamos acima). Também, recomenda que o prazo de proteção para obras derivativas seja mais curto do que o concedido para obras originárias – assim como seu escopo, salvo exceções (LESSIG, 2004, p. 266). Importante ressaltar que Lessig (Ibidem, p. 260, nota 1) reconhece que suas sugestões têm como foco os Estados Unidos, embora acredite que possam ser benéficas para outros países.

873 Acreditamos que esses dois pilares podem ter a capacidade de ir além de medidas compensatórias, alterando estruturas, na medida em que podem reduzir a concentração do poder dos titulares de direitos sobre os mercados em que as obras são comercializadas (mercados esses que, como vimos, tendem também a ser concentrados).

874 Conforme explicado nos Capítulos 4 e 5, houve momentos em que o registro também foi a regra no Brasil.

875 A essas acrescentaríamos a dicotomia ideia-expressão, conforme expusemos acima e no Capítulo 5: o fato de os direitos autorais/copyright protegerem expressão, e não uma ideia (diferentemente da propriedade industrial), faz que os custos de rastreamento daquele regime sejam muito menores. Note-se, porém, que no capítulo mencionado apresentamos as críticas a essa dicotomia. Da mesma forma, Lessig (2004) chama a atenção para os custos de rastreamento criados pela ausência de registro, conforme veremos a seguir.

876 No Brasil, uma medida para reduzir os custos de rastreamento foi a criação da plataforma virtual <http://www.dominiopublico.gov.br/>. Outra vantagem do registro é garantir acesso do público, evitando o segredo industrial. Pode-se argumentar que, diferentemente dos artigos industriais, nas obras autorais (incluindo software e design) não há como haver segredo, já que sua circulação já incorre na divulgação de seu conteúdo.

quem é o titular dos direitos sobre ela. Assim, juntamente com o registro seria reinstaurado um sistema de marcação, indicando que a criação ainda está sob regime de exclusividade (Ibidem, p. 241-242). Diferentemente do modelo estadunidense antigo, a falha em indicar que direitos de exclusividade ainda vigem sobre a obra não significaria sua renúncia, mas sim uma presunção de autorização geral para uso e reprodução. A partir do momento em que a marcação fosse reestabelecida, essa permissão cessaria – não afetando, obviamente, os usos feitos até então.

Posto que o avanço tecnológico permite uma simplificação do sistema de registro e marcação, para Lessig, não haveria por que não restaurá-lo. Uma maneira prática de fazê-lo seria atribuir ao órgão público responsável apenas o papel de guardar o banco de dados, permitindo a empresas privadas conduzir o processo (tal como ocorre com os domínios de internet), o que, por sua vez, geraria concorrência e, consequentemente, melhora nos serviços (LESSIG, 2004, p. 260). Da mesma forma, a respeito da marcação, caberia a tal órgão somente a função de aprovar padrões que tenham sido criados por terceiros (Ibidem, p. 262).

A sugestão de Lessig é, sem dúvida, interessante, e resolve o problema central deste trabalho ao aproximar o regime autoralista ao tratamento hoje dispensado à propriedade industrial, diminuindo a disparidade entre eles.[877] Caso se decida por estabelecer uma multiplicidade de categorias de proteção para indústrias distintas – a despeito das críticas de Burk e Lemley (2009) apresentadas no tópico anterior –, o registro também poderia ser usado para indicar para quais mercados se quer a exclusividade sobre a criação (seja ela autoral ou industrial), assim como ocorre hoje com as marcas.

Essa proposta, não obstante, apresenta ao menos uma falha: existe risco de não proteger contra a apropriação das obras autorais e industriais do criador individual (que, como vimos, seria o sujeito de tutela na justificativa clássica do regime autoralista) principalmente por agentes econômicos maiores. Em outras palavras: por mais que o sistema de registro e marcação seja simplificado, há sempre a chance de o criador individual não vislumbrar a possibilidade de aproveitamento econômico de sua obra em

[877] O registro também superaria o argumento levantado por Landes e Posner (1989), que apresentamos no capítulo passado, no sentido de que a contagem do prazo a partir do falecimento do autor evita o problema de este poder sempre promover alterações à obra para poder estender seu prazo de tutela.

determinado mercado[878] – por exemplo, a incorporação de uma estampa ou padronagem artesanal em peças de roupa, seja de grifes renomadas ou de redes de *fast fashion* para o consumo de massa.

A esse respeito, porém, podemos fazer três considerações. Primeiramente, esse problema, de certa forma, já ocorre hoje, uma vez que o regime autoralista atual parece proteger mais os titulares de direitos do que esse autor individual que ocupa o centro da justificativa desse sistema, conforme argumentado ao longo deste trabalho. Em segundo lugar, apesar do destaque dessa figura romantizada, trata-se apenas de um dos sujeitos de tutela, ao lado do artista-empresário e da empresa-artística (como analisamos no tópico 2.7), não significando, portanto, que esse tipo de apropriação ocorreria em detrimento da grande maioria dos criadores. Por fim, existem outros mecanismos que poderiam mitigar esse efeito negativo, a exemplo da proteção de conhecimentos tradicionais e da concorrência desleal (a despeito das críticas já apresentadas ao uso desse instituto, no tópico 5.1.2 e na nota 691), que hoje já se aplicam às criações industriais (as quais também podem ser desenvolvidas individualmente, como discutido no tópico 5.1.3).

Mais uma vez, frisamos que foge ao escopo deste trabalho determinar qual prazo de exclusividade deve valer para cada regime, se o registro deve ou não ser obrigatório e em quais casos, ou mesmo se deve haver categorias distintas de tutela para cada tipo de indústria. Em vez disso, nosso objetivo é apontar diretrizes que devem guiar eventuais reformas para sanar os problemas apresentados (sobretudo, o descompasso entre os direitos autorais e a propriedade industrial e sua incompatibilidade no cenário atual da Economia Criativa). Isso porque, conforme já explicamos, qualquer medida a ser adotada deve se amparar em estudos de impacto mais aprofundados, sob a ótica de diferentes ciências, como a Sociologia e a Economia. É nesse sentido que vai nossa última diretriz, que discutiremos no tópico seguinte.

6.2.7 Consideração dos efeitos econômicos e sociais

Conforme verificamos no Capítulo 3, a doutrina clássica sobre os direitos autorais não se apoiou em dados econômicos empíricos que justificassem a configuração

[878] O mesmo não ocorreria com a proposta apresentada no tópico anterior, notadamente, proteção distinta de acordo com a indústria envolvida, a ser avaliada pelo Judiciário com base no caso concreto.

desse regime da forma como hoje o conhecemos. O mesmo fato pudemos constatar no Capítulo 4 acerca dos debates legislativos brasileiros, apesar de sua argumentação mais pragmática, menos fundada em ideais filosóficos. Crítica semelhante é apresentada pela literatura econômica que questiona a propriedade intelectual (não apenas os direitos autorais, mas também a propriedade industrial), tal como vimos no início deste capítulo.

No caso do sistema continental do *droit d'auteur*, que incorporamos no Brasil, a ausência de suporte em estudos empíricos se dá, em parte, pelo peso que preceitos morais têm tido desde a origem desse instituto (como abordado no Capítulo 3).[879] Foi nesse sentido que apresentamos a primeira diretriz para uma eventual reforma: repensar a fundamentação da tutela legal, adequando-a à realidade contemporânea da produção artística. Essa orientação por si só, contudo, não basta: precisamos passar a nos basear em evidências dos efeitos práticos causados pela regulação atual dos bens intelectuais, bem como quaisquer modificações (seja para torná-la mais restritiva ou flexível).

Conforme já argumentamos, porém, a análise econômica não deve ser a única a pautar a regulação das criações autorais e industriais. As consequências da propriedade intelectual (tanto na sua configuração de hoje como em eventuais alterações) devem ser vistas também em relação aos interesses sociais tutelados (como acesso ao conhecimento, à educação, à cultura e à liberdade de expressão) e às novas formas de produção e

---

[879] Conforme mencionamos no Capítulo 5, para Samuelson (2005), por mais que os países que tenham abraçado o sistema continental tenham menos motivos para considerar a Economia como uma ferramenta útil na elaboração de políticas acerca dos direitos autorais, também os Estados Unidos têm se escorado pouco em estudos econômicos ao regular o seu copyright. Para ela (Ibidem, p. 2), isso não se deveria à doutrina, já que o *Law and Economics* tem produzido uma literatura substancial e crescente que analisa vários aspectos da legislação de copyright – apesar de a maior parte da doutrina não tratar da Economia do copyright como um todo. Uma das explicações para o fato de a Economia ter tido pouca importância na formulação de legislação de copyright é a falta de experiência econômica da comunidade envolvida na elaboração dessas políticas (por exemplo, o *US Copyright Office* não tem nenhum economista em sua equipe, diferentemente da *Federal Trade Commission* e outros órgãos antitrustes). Nesse sentido, alega que muitos profissionais que trabalham com copyright têm formação em áreas que não a Economia, estando mais inclinados a abraçar uma concepção romântica sobre arte e literatura (tal como observamos no *droit d'auteur*). Da mesma forma, as pessoas e as empresas que criam e comercializam obras protegidas por copyright desestimulam tais profissionais a buscar orientação econômica sobre como a lei deveria ser moldada (Ibidem, p. 3). Outra razão seria o fato de haver muitas indústrias distintas que se baseiam no copyright. Uma vez que a legislação de copyright tem muitas disposições de aplicação geral que afetam uma ampla gama de mercados, pode ser difícil, senão impossível, avaliar com precisão os efeitos econômicos que podem resultar da adoção de tais regras (SAMUELSON, 2005, p. 5). Por fim, Samuelson (Ibidem, p. 15) argumenta que profissionais que trabalham com copyright têm conseguido fazer valer sua vontade sem ajuda da Economia, a qual pode não advogar por formas mais rígidas de proteção. No mesmo sentido, aponta duas lições que podem ser extraídas da jurisprudência estadunidense acerca da proteção de softwares por copyright: o Judiciário deve (i) ser cético em relação a alegações de ordem econômica não justificadas sustentando que, sem proteção ampla, a indústria será severamente prejudicada, e (ii) considerar provas de impactos econômicos no contexto específico pode ajudar os tribunais a tomarem melhores decisões em casos de copyright (Ibidem, p. 14).

aproveitamento das obras, em face dos avanços tecnológicos. Um modo eficiente de considerar esse prisma mais amplo é por meio da participação de diferentes setores da sociedade (e não apenas os titulares de direitos) nos debates relativos aos regimes dos direitos autorais e da propriedade industrial.

Nos Capítulos 3 e 4, identificamos algumas manifestações de determinadas classes de artistas sobre a regulamentação das obras autorais, tanto na doutrina clássica como nos debates legislativos brasileiros. Não obstante, ao longo deste trabalho mencionamos evidências de que o lobby das indústrias relacionadas[880] se mostrou muito mais presente na formulação das normas de proteção dos bens intelectuais. Em contraste, a representação de outros grupos, como os usuários, se revelou mínima.

Geist (2017) cita-nos um exemplo em que ocorreu justamente o contrário: os debates sobre o copyright canadense das últimas duas décadas. O Canadá é hoje uma referência em termos de legislação adaptada para considerar os interesses dos usuários e as novas possibilidade de uso das obras autorais no entorno digital. De acordo com Geist (2017, p. 173), essas alterações – em sentido contrário ao fenômeno de expansão que se observa em outras jurisdições, como mencionamos no capítulo anterior – se deveram a uma crescente consciência das maiores implicações do regime de copyright para educação, comércio, criatividade e práticas cotidianas de consumo.

Preocupada com potenciais efeitos negativos da implementação de regras mais restritivas de copyright com o advento da internet, a população utilizou-se das redes sociais para engajar o interesse público no debate, não apenas para impedir a proposta de expansão do modelo existente, mas também para pressionar por sua flexibilização em prol dos interesses dos usuários. Se juntaram à discussão grupos de artistas insatisfeitos com o regime corrente, além da doutrina especializada (Geist, 2017, p. 200).[881] Em suma, a história recente do copyright canadense envolveu ministros governamentais abertos para reexaminar políticas, parlamentares de oposição dispostos a romper com agendas partidárias existentes há tempos, juízes comprometidos com o equilíbrio da legislação, acadêmicos garantindo que sua pesquisa fosse incluída no processo legislativo e milhares de indivíduos (especialistas ou não) exigindo que sua voz fosse ouvida (GEIST, 2017, p. 205).

---

[880] Que englobam não apenas os titulares de direitos, mas também os artistas-empresários, distintos da figura romantizada do final do século XVIII.

[881] Geist (2017, p. 200) menciona que exemplo semelhante ocorreu na Nova Zelândia.

Geist (2017, p. 203) aponta outra lição importante que pode ser extraída desse caso. Tratados internacionais são comumente usados para convencer o legislador da existência de obrigações legais que limitam severamente a capacidade de implementar reformas domésticas. A experiência canadense, no entanto, demonstra que a preocupação sobre os acordos internacionais é superestimada, uma vez que dão margem grande para alterações aos direitos autorais/copyright. Analisaremos a seguir até que ponto a constatação de Geist também é válida para a aplicação das diretrizes que traçamos nos últimos tópicos, voltadas para superar a problemática central deste trabalho: o descompasso entre as duas grandes categorias da propriedade intelectual.

6.3 Limitações no plano internacional

Na seção anterior, elencamos sete diretrizes a serem seguidas em eventual reforma dos regimes da propriedade intelectual para aproximar seu tratamento jurídico: repensar (i) sua fundamentação; (ii) o sujeito da tutela; (iii) a classificação como direitos humanos e de personalidade; (iv) os direitos morais; (v) as categorias em que se divide o objeto da tutela; (vi) os prazos de proteção e a facultatividade do regime; e (vii) considerar os efeitos econômicos e sociais.

As orientações "i" e "vii", naturalmente, não conflitam com obrigações contraídas pelo Brasil em tratados internacionais, posto que servem apenas de guia, não resultando em nenhuma alteração de regra específica.[882] As demais, no entanto, requerem atenção mais detalhada.

Para fins de nossa análise, consideraremos os seguintes tratados: (a) a Convenção de Berna; (b) a Convenção internacional para proteção aos artistas intérpretes ou executantes, aos produtores de fonogramas e aos organismos de radiodifusão (ou simplesmente Convenção de Roma); (c) a Convenção sobe proteção de produtores de fonogramas contra a reprodução não autorizada de seus fonogramas (a Convenção de Genebra); (d) a Convenção da União de Paris; (e) o Acordo TRIPS; e (f) a Declaração dos

[882] Podemos pensar, pelo contrário, que alguns tratados ajudam na adoção dessas diretrizes. Nesse sentido, o Acordo TRIPS insere os direitos autorais, ao lado da propriedade industrial, em um tratado sobre comércio internacional, sujeitos a princípios como inovação, bem-estar econômico e social, e benefício dos usuários (para além dos produtores). Da mesma forma, o Tratado de Marraquexe para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas para Pessoas Cegas (simplesmente, Tratado de Marraquexe) flexibiliza o regime autoralista aos interesses dos usuários com deficiência visual. Também a Convenção de Berna, a Convenção da União de Paris e, novamente, o TRIPS preveem algumas exceções aos direitos por elas garantidos, aplicáveis aos países em desenvolvimento.

Direitos do Homem e do Cidadão. A escolha desses acordos se deu por serem os documentos de maior relevância no plano internacional acerca da matéria.[883]

Frisamos que é de suma importância considerar eventuais limitações que os acordos acima possam impor a uma reforma doméstica dos nossos regimes de propriedade intelectual, posto que a adesão a eles é condição para estar devidamente inserido na dinâmica do comércio internacional.[884] Nesse sentido, o Acordo TRIPS exige o cumprimento de obrigações previstas nas Convenções de Berna e da União de Paris. Por sua vez, a inobservância ao TRIPS pode levar a sanções comerciais, ao passo que sua denúncia tornaria o Estado-membro inapto a fazer parte da OMC. Similarmente, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão é documento basilar da Organização das Nações Unidas (ONU), cujo descumprimento também pode ocasionar embargos econômicos.[885]

6.3.1 Ausência de limitações à reconsideração do sujeito da tutela

A respeito da diretriz "ii" (repensar o sujeito da tutela), os acordos internacionais investigados têm pouco a acrescentar. Primeiramente, por considerarem o autor como uma categoria uniforme, não fazendo distinção entre agentes de diferentes proporções (da mesma forma que a Lei brasileira). Por outro lado, não encontramos objeções à adoção de

---

[883] Os Tratados de Marraquexe e de Cooperação em Matéria de Patentes (PCT) foram analisados, mas não trazem nenhuma objeção às diretrizes aqui discutidas. Da mesma forma, desconsideramos a Convenção Universal sobre o Direito de Autor, uma vez que, conforme Declaração Anexa Relativa ao seu Artigo XVII, os países signatários da Convenção de Berna: (i) não estão obrigados a aplicar os dispositivos da Convenção Universal a obras originadas em países que denunciaram a Convenção de Berna; e (ii) não devem aplicar os dispositivos da Convenção Universal nas relações com outros países signatários da Convenção de Berna. Lembramos também que o Brasil não é signatário do Tratado sobre o Direito de Marcas de 1994 (TLT), do Tratado de Singapura sobre o Direito de Marcas, do Tratado de Washington sobre a Propriedade Intelectual de Circuitos Integrados, do Tratado de Pequim sobre Performances e Execuções Audiovisuais, e dos Tratados da OMPI sobre Performance e Fonogramas, sobre Direito de Autor e sobre a Distribuição de Sinais Portadores de Programas Transmitidos por Satélite (Convenção de Bruxelas). Por essa razão, não foram abordados em nossa análise.

[884] Mais do que isso, a uniformidade também é importante para dar previsibilidade jurídica no plano internacional. Isso não significa, porém, que algum grau de variação dos regimes não seja positivo, por possibilitar que se testem modelos diferentes (DERCLAYE, 2018, p. 422), além de considerar as particularidades de cada jurisdição.

[885] Conforme já falamos, esse é mais um motivo pelo qual podemos desconsiderar algumas das propostas alternativas à propriedade intelectual apresentadas no início do capítulo, relativas à completa abolição – incluindo o que Boldrin e Levine (2008) chamam de desregulamentação – dos regimes, ou mesmo sua substituição por mecanismos de financiamento estatal (sejam a priori ou a posteriori, na forma de recompensa). Isso porque todos os tratados analisados impõem expressamente o reconhecimento de direitos mínimos sobre bens autorais e industriais (bem como sua execução e performance, fixação – no caso de fonogramas – e radiodifusão).

outra perspectiva por nosso ordenamento (a menos que isso implique em formas distintas de tutela das obras autorais, conforme veremos adiante).

Além disso, as críticas que identificamos neste capítulo e no anterior acerca de uma maior proteção dos titulares do que dos autores individuais são aplicáveis também aos tratados listados anteriormente. Isso porque não dispõem sobre os direitos de ambos os sujeitos de maneira significativamente distinta daquela disposta na legislação brasileira.

Por fim, quanto à recomendação que fizemos a respeito da atribuição de autoria à pessoa jurídica, não encontramos nenhuma oposição nos tratados considerados.

6.3.2 É possível reconfigurar os direitos morais?

As diretrizes "iii" (repensar a classificação como direitos humanos e de personalidade) e "iv" (repensar os direitos morais) estão intrinsicamente vinculadas, posto que estão ligadas à visão romantizada da relação entre o artista e sua criação. Quanto à classificação como direitos de personalidade, por mais que ela derive da atribuição de direitos morais, trata-se de uma categoria do direito doméstico. Assim sendo, não encontramos nos acordos investigados impedimentos a qualquer alteração nesse sentido.

Já a situação do reconhecimento como direitos humanos é um pouco mais delicada. Como vimos, a proteção tanto dos interesses econômicos como morais relativos às obras artísticas, científicas e literárias está prevista no art. XXVII da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.[886] Esse dispositivo, consequentemente, traz o primeiro impedimento à orientação "iv" (repensar os direitos morais). Não se trata, contudo, da única limitação internacional. Como mencionamos no tópico 5.1.7, também a Convenção de Berna estabelece os direitos de atribuição positiva e de integridade durante toda a vida do autor e, após sua morte, até pelo menos a extinção dos direitos patrimoniais (Artigo 6 *bis*).

Por sua vez, o inciso 3 de referido artigo dá aos Estados-membros liberdade para regularem os meios processuais de salvaguardar os referidos direitos morais. Conforme explicamos, não é indispensável a positivação desses direitos em nosso ordenamento, pois

[886] Conforme explicamos no capítulo anterior, outra forma de associar os direitos autorais aos direitos humanos seria a previsão do direito à propriedade no art. XVII da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (a despeito das dificuldades de se associar o regime autoralista ao instituto clássico da propriedade).

este já prevê outras formas de tutelá-los (por exemplo, por meio do direito à honra e ao sigilo). Desse modo, falta saber se a União de Berna entenderia que esse mecanismo satisfaz a prerrogativa estabelecida pelo inciso 3 do Artigo 6 *bis* da Convenção, supramencionado.[887]

6.3.3 Limitações à reorganização das categorias

A diretriz "v" (repensar as categorias em que se divide o objeto da tutela) talvez seja uma das mais delicadas do ponto de vista das limitações internacionais. Os tratados analisados, de forma geral, parecem estabelecer um quadro rígido dos regimes em que se divide a propriedade intelectual, dando pouca margem de manobra para estabelecer tratamentos distintos seja com base no tipo de criação ou no mercado em que comercializada.

Nesse sentido, a Convenção de Berna prevê regras únicas aplicáveis a todos os tipos de obras autorais (salvo poucas exceções, como os prazos dos direitos sobre fotografias e filmes, conforme veremos no tópico seguinte). Por outro lado, não há dispositivo expressamente vedando a atribuição de características distintas para diferentes categorias de criações, ou de acordo com a indústria relacionada, respeitados os direitos mínimos positivados pelo tratado.[888] Não à toa, muitos países (como o próprio Brasil) reconhecem os softwares como obras literárias sujeitas a uma disciplina peculiar (como vimos no tópico 5.3.2.2).

Essa é uma das razões, conforme discorremos no capítulo anterior, pela qual os programas de computador são protegidos por prazo tão longo em nosso país – 50 anos (prazo mínimo previsto pela Convenção de Berna para obras literárias, como veremos no tópico 6.3.4) –, a despeito do ritmo dinâmico de sua evolução. Poderíamos, portanto, pensar em outra configuração do regime atual, colocando-os numa posição mais intermediária entre as criações autorais e os artigos industriais (dada sua natureza híbrida, que abordamos no Capítulo 5), ou mesmo como um terceiro modelo, quebrando a estrutura bipolar? O Acordo TRIPS (Artigo 10.1) responde negativamente, ao determinar que os

---

[887] Acreditamos que sim, em vista da regulação enxuta dispensada à material pelos Estados Unidos, abordada no tópico 5.1.7.

[888] De acordo com a jurisprudência dos painéis, aparentemente se proteção via direitos autorais/copyright é atribuída a um objeto, tal tutela diz respeito a todo o grupo de direitos previstos na Convenção de Berna (WESTKAMP, 2005, p. 122).

softwares devem ser tratados sob as regras que a Convenção de Berna coloca para as obras literárias.[889]

Voltando a esse tratado, existe possibilidade de customização mais ampla apenas para o design. A Convenção dá liberdade aos Estados-membros para regular tanto as obras de arte aplicada (exceto pelo prazo mínimo, quando protegidas como obras artísticas – conforme veremos no próximo tópico) como os desenhos e modelos industriais (Artigo 7).[890] Dessa forma, poderíamos pensar em regimes híbridos, como fizeram o Reino Unido e, posteriormente, a União Europeia, tendo-se em vista, contudo, as características do mercado em que comercializada a criação no caso concreto.

Outro cenário, porém, ocorre com os artigos industriais. O Acordo TRIPS proíbe de forma expressa tratamentos distintos das invenções e modelos de utilidade de acordo com as indústrias relacionadas (Artigo 27.1). Por outro lado, Burk e Lemley (2009, p. 97) chamam a atenção para o fato de que nem sempre os Estados Unidos e a União Europeia (que têm regras específicas para licença compulsória de medicamentos e para a patenteabilidade de softwares e métodos de fazer negócios) seguiram fielmente essa norma. Segundo eles, portanto, o TRIPS aparentemente deixa alguma margem de manobra para ajustes com base em indústrias específicas – ou ao menos ainda não foram sancionados tratamentos que se distanciem da regra de não discriminação. As consequências podem ser outras para medidas que provoquem afastamentos mais sistemáticos, que podem ocasionar reclamações por outros países e, consequentemente, não sobreviver ao escrutínio da OMC.

Isso porque, lembremos, o TRIPS, ainda que tenha por objeto a propriedade intelectual, é um tratado sobre comércio internacional. Seus princípios basilares são o tratamento nacional[891] e da nação mais favorecida[892] (Artigos 3 e 4, respectivamente), visando a impedir barreiras protecionistas. Ou seja, qualquer alteração no plano doméstico (por exemplo, criando regime mais protecionista para determinada indústria), em regra,

---

889 A mesma previsão é estabelecida para as bases de dados (artigo 10.2).

890 Também a Convenção de Genebra dá a possibilidade de os Estados-membros protegerem os fonogramas mediante: (i) regimes direito de autor ou de um outro direito específico; (ii) a legislação relativa à concorrência desleal; ou (iii) sanções penais (Artigo 3).

891 Cada membro concederá aos nacionais dos demais membros tratamento não menos favorável que o outorgado a seus próprios nacionais.

892 Toda vantagem, favorecimento, 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.

deverá se aplicar automaticamente neste Estado-membro também às obras produzidas nos demais países signatários, independentemente de não haver reciprocidade na disciplina jurídica.

Para além disso, o TRIPS estabelece um quadro de categorias mais ou menos fixo, as quais refletem, por sua vez, a divisão da propriedade intelectual entre direitos autorais e propriedade industrial (WESTKAMP, 2003, p. 828).[893] Por outro lado, autorizam-se os países-membros a preverem proteção mais ampla do que aquela estabelecida no tratado, desde que não conflite com suas disposições (Artigo 1.1). Nesse sentido, Westkamp (Ibidem, p. 857) defende que a introdução de novo regime não consiste automaticamente em violação automática se a categoria puder ser considerada inteiramente nova ou se não houver consenso global quanto à sua alocação no quadro atual (como nos casos dos semicondutores, designs e cultivares).

Esse cenário, portanto, está muito mais ligado às novas criações derivadas do avanço tecnológico (salvo pelo caso do design). Todavia, neste trabalho, nos atentamos também para a aproximação entre as próprias obras artísticas, científicas e literárias, de um lado, e os artigos industriais, de outro, resultante das transformações nas formas de produção artística ocorridas na Economia Criativa. Isso nos leva a questionar se o TRIPS permitiria a introdução de novos regimes mais próximos a uma das categorias já existentes.

A esse respeito, Westkamp (2003, p. 858) diz haver uma presunção inicial de que se estaria tentando contornar a classificação atual, infringindo-se o Acordo. A existência de violação depende de se há razões legítimas para tal proteção, como harmonização regional (a exemplo das Diretivas da União Europeia) e a necessidade particular de proteção de mercados domésticos:[894]

> O teste consiste em verificar se há uma barreira à entrada disfarçada, não relacionada a necessidades internas. Tais necessidades precisam ser

[893] Assim, o TRIPS enfrenta a contradição de ter por objetivo fortalecer a propriedade intelectual nas áreas de tecnologia e inovação, ao mesmo tempo em que tem que conviver com o desconforto de estabelecer uma caracterização internacionalmente reconhecida de categorias baseadas no passado (WESTKAMP, 2003, p. 857).

[894] Para Westkamp (2003, p. 857), um elemento importante para essa verificação é a existência ou não da exigência de reciprocidade nesses novos regimes (ou seja, bens de outros Estados-membros não receberão a mesma forma de proteção, caso também não a garantam para as criações do país que instituiu a nova categoria). Isso porque poderiam contornar diretamente os Artigos 1.1 (proteção mais ampla estabelecida por um dos signatários não pode contradizer regras do TRIPS) e 3 (tratamento nacional). Por outro lado, segundo Westkamp (Ibidem), cláusulas de reciprocidade podem ter um duplo benefício: atrair a concorrência pela melhor resposta regulatória; e fortalecer o mercado de determinada tecnologia e, consequentemente, resultar em melhor enquadramento jurídico.

> equilibradas com a possibilidade de se disciplinar os bens sob o direito patentário ou autoral, o que, por sua vez, depende da distintividade do objeto de tutela e do grau de peculiaridade da arquitetura intrínseca do regime, em particular se requer registro específico ou teste oficial não associado a patentes. O mesmo princípio se aplica a se a proteção *sui generis* tem por intenção evitar tratamento recíproco. [...] Membros estão certamente impedidos de abandonar categorias reconhecidas, em favor de regimes seminovos, se isso denotar que direitos existentes não serão mais garantidos reciprocamente. Exceto por esse caso, membros não são limitados em sua capacidade de introduzir proteção *sui generis* para categorias híbridas (Ibidem, tradução nossa).

O problema está na dificuldade em se estabelecerem testes para identificar se o objeto da nova categoria se enquadra em uma das existentes, posto que alguns dos conceitos usados para distinguir os direitos autorais da propriedade industrial (como originalidade ou tecnicidade) variam a depender da jurisdição (Ibidem) – tal como mencionamos no capítulo anterior.[895]

Em suma, de acordo com os tratados analisados, constatamos que, a princípio, seria possível apenas atribuir mais direitos a determinadas categorias de bens ou de indústrias em que comercializados (o que exclui o design, haja vista a liberdade garantida pela Convenção de Berna para esse setor). Tendo-se isso em mente, verificaremos a seguir quais as limitações já previstas no plano internacional quanto aos prazos e à obrigação (ou sua ausência) de registro para as criações autorais e industriais.

6.3.4 É possível repensar os prazos e facultatividade do registro?

A diretriz "vi" (repensar os prazos de proteção e a facultatividade do registro para as obras autorais) está intimamente relacionada à orientação anterior. Dessa forma, identificamos também uma série de restrições no âmbito internacional às sugestões que apresentamos, notadamente: prazos distintos de acordo com o tipo de obra ou indústria;

---

[895] Uma dificuldade adicional para Westkamp (2003, p. 835) diz respeito à obrigação de reprimir a concorrência desleal, imposta pela Convenção da União de Paris (Artigo 10 *bis*) – cujo cumprimento é exigência também do TRIPS (Artigo 2.1). Isso porque, mesmo sem um regime típico, os bens têm possibilidade de serem protegidos com base na proibição de outros agentes se apropriarem do investimento alheio – as ações de *misappropriation*, previstas como condutas desleais pela Convenção da União de Paris. Tudo vai depender, portanto, de: (i) se haverá obrigação de reciprocidade para a proteção sobre o novo regime das criações de outros Estados-membros; e, em caso negativo, (ii) se os tribunais do país que criar essa categoria *sui generis* aceitarão ações de concorrência desleal como alternativa para a proteção dos bens estrangeiros que fiquem excluídos desse novo instituto pela ausência de reciprocidade. Caso o Judiciário se recuse a aplicar a repressão à concorrência desleal nesses casos, haverá descumprimento à Convenção da União de Paris e, consequentemente, ao Acordo TRIPS.

prazo menores, extensíveis por meio da renovação do registro; o uso de registro e marcação para obras autorais; e a indicação, no registro, das indústrias para as quais se deseja proteção.

Primeiramente, a Convenção de Berna estabelece certa uniformidade no tratamento dos diferentes tipos de criações artísticas, científicas e literárias. Assim sendo, fixa o prazo mínimo de 50 anos, a contar de 1º de janeiro do ano seguinte à morte do autor (ou da publicação, no caso de obras cinematográficas),[896] para a maioria das obras (Artigos 7.1 e 7.2). A exceção se dá com as obras fotográficas e obras de arte aplicada protegidas como obras artísticas, cuja proteção deve durar pelo menos 25 anos, a contar de 1º de janeiro do ano seguinte à sua realização (Artigo 7.3). Disposição semelhante é imposta pelo Acordo TRIPS (Artigo 12).[897]

Ou seja, qualquer proposta de segmentar o período de tutela teria que prever os prazos acima para a concessão inicial, podendo, contudo, estabelecer prazo menor para as renovações posteriores.[898] Ocorre que a Convenção de Berna (Artigo 5.2) – similarmente ao Acordo TRIPS (Artigo 62) – também proíbe a sujeição do exercício dos direitos autorais sobre as criações a qualquer formalidade.

Em outras palavras, o tratado limita a possibilidade de extensões de prazo por meio de renovações de registro. Além disso, impede que: (i) se indiquem as indústrias para as quais se quer proteção (por exemplo, inserções de obras plásticas em artigos de vestuário); e (ii) se adote a regra de que, na ausência de marcação da obra, estaria presumida a permissão de uso e reprodução por terceiros.[899] Similarmente, a Convenção da União de Paris proíbe que se vincule a proteção de invenções, modelos de utilidade, marcas e desenhos industriais à marcação dos produtos que os incorporam (Artigo 5, "D").

---

[896] Se a obra cinematográfica não for publicada em até 50 anos após sua criação, o prazo de proteção será contado a partir da data de criação (Artigo 7.2).

[897] Em igual sentido, o Acordo estabelece o mesmo prazo mínimo de 50 anos, para as execuções e performances, após o término do ano civil em que tiver havido a fixação, bem como de pelo menos 20 anos, para a radiodifusão, após o término do ano civil em que tiver havido a transmissão (Artigo 14.5). As Convenções de Genebra (Artigo 4º) e de Roma (Artigo 14) repetem o mesmo prazo de 20 anos.

[898] Para a propriedade industrial, o Acordo TRIPS fixa os seguintes prazos mínimos: para marcas, sete anos, renováveis sucessivamente (Artigo 18); para desenhos industriais, 10 anos (Artigo 26.3); para patentes, 20 anos (Artigo 33); para topografias de circuitos integrados, 10 anos, a contar do depósito do pedido de registro ou da primeira comercialização, podendo ser limitado a 15 anos após a criação (Artigo 38).

[899] Em sentido contrário, as Convenções de Genebra (Artigo 5º) e Roma (Artigo 11) autorizam que se estabeleça a marcação como formalidade necessária à proteção de fonogramas – sem, no entanto, possibilitar a indicação das indústrias almejadas pelo titular.

6.3.5 Futuras abordagens: uma reforma mais ampla

Nesta seção, verificamos que tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário colocam uma série de restrições à adoção das diretrizes que traçamos para eventual reforma doméstica dos regimes da propriedade intelectual, a fim de resolver a problemática central deste trabalho: o descompasso entre os tratamentos jurídicos dispensados às duas grandes categorias desse instituto.

Nesse sentido, constatamos ser virtualmente impossível no cenário atual: (i) deixar de enquadrar os direitos autorais como direitos humanos; (ii) sujeitar extensões do prazo de proteção das criações autorais à renovação de seu registro; e (iii) condicionar os direitos sobre tais obras a um sistema de marcação.

Por outro lado, vislumbramos a possibilidade de uma mudança do nosso regime corrente de direitos morais não conflitar com as disposições da Convenção de Berna, na medida em que os interesses subjacentes seguiriam tutelados por outros mecanismos jurídicos existentes em nosso ordenamento. Similarmente, não encontramos vedação ao desenquadramento dos direitos autorais como direitos de personalidade. Ademais, identificamos alguma margem para se estabelecerem regimes distintos para diferentes tipos de obras e mercados nos quais são comercializadas, desde que: (a) não prevejam direitos inferiores aos já positivados nos tratados; (b) não estabeleçam segmentação de patentes por indústrias; nem (c) tenham por objetivo impor barreiras protecionistas ao comércio exterior.

Sobretudo, concluímos que as demais diretrizes estão em consonância com a normativa internacional, quais sejam: (1) repensar a fundamentação do regime autoralista; (2) reavaliar o sujeito de tutela; e (3) considerar os efeitos econômicos e sociais da disciplina atual e de quaisquer reformulações.

Note-se que são justamente essas três orientações que embasam as outras que elencamos acima. De igual maneira, refletem parte significativa das críticas da literatura à propriedade intelectual que apresentamos no início do capítulo, estando por trás de algumas das propostas alternativas ou substitutivas dos direitos autorais e da propriedade industrial que discutimos naquela seção. Reforçamos que não é escopo deste trabalho indicar se um sistema de direitos exclusivos sobre bens intelectuais, como um todo, é ou não o modelo mais eficiente, tanto do ponto de vista econômico como dos demais

interesses sociais envolvidos. Nosso objetivo é apontar orientações a serem consideradas na busca de uma solução para a disparidade entre os direitos autorais e a propriedade industrial, bem como os problemas que causa no cenário contemporâneo.

O fato de serem hoje incompatíveis com o direito internacional da propriedade intelectual indica que algumas das diretrizes que propusemos não podem ser adotadas numa reforma doméstica. Isso não significa, porém, que não devam ser levadas em conta na relação entre os diferentes países.

Como expusemos ao longo deste trabalho, os tratados mencionados também refletem em grande parte o paradigma anterior à Economia Criativa. Desse modo, também esses acordos necessitam de adaptações à nova realidade em que vivemos. As três orientações destacadas *supra* (repensar a fundamentação do regime autoralista, reavaliar o sujeito de tutela e considerar efeitos econômicos e sociais) serão de suma importância nessa tarefa. Nesse sentido, servem também de ponto de partida para futuros trabalhos que se proponham a abordar as reformas necessárias à propriedade e intelectual no plano internacional.

7 CONCLUSÃO

Os regimes modernos da propriedade intelectual, separados em direitos autorais e propriedade industrial, surgem numa época em que predominava uma distinção marcada entre as obras artísticas – como expressões da personalidade, cujo objetivo principal não seria o comércio – e artigos utilitários, produzidos em massa para o mercado. Desse modo, atribuíram-se características muito diferentes a cada um desses institutos, sendo a proteção autoral muito mais restritiva, devido ao caráter sacramental e personalíssimo que se reconheceu à sua criação. Ocorre que o século XX trouxe mudanças significativas ao cenário artístico, especialmente quanto às funções desempenhadas pela arte e à forma de seu aproveitamento econômico. Não obstante, a configuração da propriedade intelectual em duas grandes categorias apartadas manteve-se rígida, não refletindo as transformações da Economia Criativa.

No Capítulo 2, analisamos quais foram, no decorrer do tempo, os diferentes papéis atribuídos à arte: desde um instrumento de propaganda da nobreza e da Igreja, do Estado Absolutista, até, por fim, dos ideais iluministas burgueses. Vimos também que, em paralelo à evolução dessas funções, houve uma sucessão de meios de financiamento da atividade artística, como o mecenato e as Academias, que progressivamente perderam espaço à medida que se consolidaram os mercados e indústrias relativos às obras. Da mesma forma, constatamos a partir do Renascimento um movimento de libertação da arte e do artista em relação às criações utilitárias e ao comércio das obras, passando estas a serem vistas como uma expressão de sua personalidade. Esse cenário veria sua primeira ruptura com o desenvolvimento dos meios de reprodução em massa, provocando a reação Modernista. Em seguida, as Vanguardas criticariam o afastamento da arte em relação à práxis da vida cotidiana – a exemplo do Dadaísmo e dos *ready-made* de Duchamp. Da mesma forma, entre o final do século XIX e a primeira metade do século XX, o *Arts & Crafts*, Escola de Nancy, a *Art Nouveau*, o *De Stjl* e a Bauhaus promoveram uma reaproximação de arte e indústria, visando ao desenvolvimento de ambas. Já a partir dos anos 1950, a Arte Contemporânea (em especial com o *Popismo* de Warhol e Lichenstein) romperia de vez com essa separação entre os dois domínios da criação humana, na medida

em que não apenas abraçaria como motivos bens de consumo e adotaria técnicas de produção em massa, mas também se afastaria das ideias de que o comércio não pode ser uma finalidade da arte e de que o autor não poderia se envolver diretamente nele. Assim, analisamos como nesse contexto a arte passou a apresentar as funções de entretenimento, publicidade e investimento. Ao fim do capítulo, explicamos como todas essas transformações descritas culminaram na chamada Economia Criativa e suas Indústrias Culturais.

Já nos Capítulos 3 e 4, tentamos identificar em que medida tais mudanças no cenário artístico se relacionam com o histórico dos regimes jurídicos usados na tutela das criações autorais. Investigamos, portanto, tanto na doutrina histórica como nos debates legislativos brasileiros (de 1822 aos dias atuais), (i) quais foram as figuras de autor, artista e editor consideradas e se correspondiam ao que observamos na Economia Criativa; e até que ponto tiveram espaço nas discussões (ii) questões econômicas; e (iii) a aproximação entre arte e indústria. Assim, estudamos as teorias que visaram a justificar a natureza jurídica do regime: migrando de um privilégio para um direito natural de propriedade limitado pela Lei por razões utilitárias – o que gerou críticas dos defensores de uma propriedade absoluta sobre as obras – e, ao longo do século XIX, um direito de personalidade, primeiramente restrito aos cidadãos do país e posteriormente estendido a estrangeiros por meio de acordos de reciprocidade e tratados). Verificamos também que os argumentos econômicos, e a romantização do autor e da atividade artística justificaram o tratamento diferenciado em relação à propriedade industrial; o que, no entanto, criou problemas no setor da arte aplicada, que então se desenvolvia. Igualmente, identificamos na doutrina e no Legislativo, por trás da visão idealizada do artista e do seu processo criativo, uma série de interesses econômicos (e também sociais) subjacentes, revelando conflitos entre grupos: autores e editores; dramaturgos e comediantes; pequenos e grandes artistas; nações produtoras e países contrafatores – este último levando à celebração de acordos no plano externo para padronização dos direitos de exclusividade.

Iniciamos o Capítulo 3 com um histórico da regulação das obras artísticas, científicas e literárias, com foco na Inglaterra e na França dos séculos XVII e XVIII –

berço dos dois regimes autorais modernos: respectivamente, o copyright e o *droit d'auteur* continental (adotado pelo Brasil). Em seguida, analisando a doutrina clássica francesa (haja vista termos incorporado a tradição daquele país sobre o tema, sendo tardias as primeiras obras nacionais relativas ao assunto), comprovamos nossa hipótese de que o direito de autor continental refletiu uma ideia de arte (seja no campo plástico ou literário) predominante entre o final do século XVIII e a primeira metade do século XIX – principalmente no que diz respeito à sua separação em relação à indústria.

No Capítulo 4, prosseguimos com nossa investigação pelas vias legislativas brasileiras. Concluímos, então, que nossos parlamentares de forma geral seguiram a mesma linha que vimos na doutrina quanto à separação em relação à propriedade industrial e à idealização do artista: tido como indivíduo hipossuficiente e miserável, que produz por vocação. Por outro lado, os congressistas brasileiros distanciaram-se dos juristas ao serem mais pragmáticos na consideração de interesses econômicos, os quais privilegiaram em face de discussões sobre natureza jurídica e racionais filosóficos. Assim, verificamos a hipótese de que a edição dos nossos diplomas sobre o regime autoral foi pautada sobretudo por finalidades econômicas, em que pesasse o aparato filosófico usado para justificá-las. Por sua vez, concluímos ser falsa a hipótese de que o legislador não teria considerado as transformações da Economia Criativa e o surgimento da empresa-artística – exceto pela idealização do autor. Não obstante, julgamos verdadeira a hipótese principal do capítulo: a distinção entre direitos autorais e propriedade industrial, tal qual seus problemas de aplicação à realidade contemporânea não foram questionados ou discutidos pelo Legislativo.

Em seguida, exploramos no Capítulo 5 os elementos que tornam cada um desses regimes tão diferentes: (i) o objeto de tutela; (ii) o sujeito titular de direitos; (iii) a fundamentação econômica; (iv) os prazos de proteção; (v) a necessidade ou não de registro; e (vi) a atribuição de direitos morais.

A respeito do objeto, observamos uma consolidação do critério da "expressão original" (historicamente predominante do *droit d'auteur* e recentemente ganhando espaço diante do *sweat of the brown* no copyright) para que se aplique a proteção autoralista.

Como vimos, porém, esse fenômeno não apenas aumenta o descompasso dos direitos autorais com a Economia Criativa (uma vez que reforça uma visão romantizada da produção artística), como também se soma a outras três frentes de expansão do instituto jurídico: a ampliação (i) do prazo, (ii) do rol de condutas, e (iii) das obras cobertas pelos direitos de exclusividade – passando paradoxalmente a tratar também de criações essencialmente informacionais ou tecnológicas sob o mesmo racional idealizado personalista. Em seguida, analisamos os critérios que a Lei estabelece para a aplicação da propriedade industrial – novidade, atividade inventiva e aplicação industrial para patentes, distintividade para marcas, e configuração ornamental original que possa servir de tipo de fabricação industrial para os desenhos industriais –, bem como, no cenário atual, tais características tornam-se mais difíceis de distinguir tais artigos das criações autorais. Estudamos também a crítica que se faz a outro critério diferenciador: a dicotomia ideia-expressão.

A partir daí, vimos como o surgimento das figuras de artista-empresário e empresa-artística também esmaeceram a separação entre os sujeitos clássicos dos regimes autoralista e da propriedade industrial, especialmente com a ascensão das obras coletivas e fruto de relação de emprego, e criando uma situação controversa para a pessoa jurídica como titular derivada ou mesmo originária dos direitos autorais.

Ademais, investigamos como a divergência na justificativa econômica tradicional para cada um desses institutos (apesar de terem alguns pontos em comum, que fundamentam a propriedade intelectual como um todo) tampouco se mostra compatível com o cenário contemporâneo.

Tal racional econômico, somado à visão romantizada das criações artísticas (que teriam um elo pessoal com o seu criado), motiva o caráter mais protetivo dos direitos autorais, na forma de prazos maiores de exclusividade, prescindibilidade do registro e a existência de direitos morais.

Esses elementos, no entanto, e seu deslocamento em relação à realidade da Economia Criativa tornam os direitos autorais anacrônicos por quatro razões. Primeiramente, por acentuarem a existência de um conflito, inerente ao regime, entre

interesses do autor, da sociedade e do titular, resultando em uma aplicação desse direito ao avesso (isto é, com o predomínio dos interesses econômicos do titular sob um discurso de tutela do autor e do usuário). Isso se manifesta, por exemplo, no seu enquadramento como um direito de personalidade, causando quatro problemas principais: (i) o seu afastamento da propriedade industrial; (ii) o uso do regime autoralista para proteger não o criador individual, mas sim os titulares do direito; (iii) as diferenças entre os direitos autorais e os outros direitos de personalidade; e (iv) o conflito com tais outros direitos. A mesma questão também se dá ao se reconhecer os direitos autorais como direitos humanos, provocando mais quatro problemas: (i) o uso dos direitos humanos para a tutela de interesses de grandes corporações; (ii) o enrijecimento do instituto, impedindo adaptações necessárias; (iii) a possibilidade de configurar os direitos autorais como direito de propriedade, a despeito das diferenças entre eles; e (iv) o conflito com outros direitos humanos. De igual maneira, vimos que o regime autoralista se torna de difícil aplicação ao entorno digital, na medida em que reflete elementos próprios da cultura impressa, impedindo as novas formas de leitura viabilizadas pela tecnologia – formas estas criadas pelos agentes distintos dos operadores do direito: o digitalista por acidente.

A partir de então, analisamos como essa separação entre propriedade industrial e direitos autorais (causa e consequência de seu anacronismo) se manifesta problemática em dois setores limítrofes que ascenderam na Economia Criativa: o design e o software. No primeiro caso, estudamos sua regulação no Brasil e concluímos pela existência de múltiplos regimes que podem se aplicar cumulativamente, causando insegurança jurídica e, consequentemente, o risco de discrepância de tratamento na prática, com superproteção em alguns casos e ausência de tutela em outros. De igual maneira, investigamos a disciplina inglesa sobre a matéria, devido ao fato de, em uma série de momentos, ter considerado as transformações no cenário artístico e sua aproximação com a produção industrial. Ainda assim, constatamos que a escolha britânica de criar um regime *sui generis* não resolveu o cenário de indefinição, por duas razões: (i) o Judiciário permanece encarregado de decidir, na prática, o que é ou não arte (levando a uma série de decisões contraditórias); e (ii) essas categorias intermediárias não resolvem a discrepância entre os extremos do espectro – isto é, os direitos autorais e a propriedade industrial.

Quanto ao software, identificamos seis características que os diferenciam das criações típicas dos regimes da propriedade intelectual: (i) autoduplicidade; (ii) caráter expressivo; (iii) suporte físico; (iv) destinação funcional; (v) aproveitamento comercial; e (vi) ausência de caráter estético. Tais peculiaridades levaram a controvérsias quanto à forma mais adequada de discipliná-lo juridicamente. Conforme averiguamos, a pressão do lobby internacional deu maior peso às aproximações com o sistema autoralista, que passou a ser aplicado pelos países. Nesse sentido, o Brasil acabou por formalmente atribuir-lhe tal proteção, mas com algumas particularidades que, na prática, criaram uma tutela *sui generis*. Ainda assim, persiste a possibilidade de cumulação com outras categorias da propriedade intelectual, demonstrando a defasagem da estrutura bipolar na época atual.

Já no Capítulo 6, investigamos possíveis soluções para os problemas causados pela dificuldade de aplicação da separação entre direitos autorais e propriedade industrial. Começamos pela revisão da crítica econômica à propriedade intelectual, segundo a qual esse regime provocaria: (i) a tragédia dos anticomuns (por serem os bens imateriais de baixa rivalidade e poder de exclusão); (ii) aumento de custos de transação; (iii) retardamento, em vez de estímulo, à inovação; e (iv) manutenção de poder de mercado, em vez de fomentar a concorrência. Além disso, as justificativas econômicas frequentemente ignorariam: (a) que existem outras formas de agentes tirarem proveito financeiro de suas inovações, que não pela exclusividade; (b) que há motivações não pecuniárias para criar; e (c) que a regulação de bens intelectuais diz respeito a outros interesses que não estritamente econômicos.

A partir daí, expusemos os modelos alternativos que se propõem tanto para os direitos autorais como para a propriedade industrial. Assim, constatamos que nem os *creative commons*, nem o software livre, nem o código aberto, nem mesmo abolição completa da propriedade intelectual (ou substituição por um regime de recompensas) endereçam adequadamente a problemática central deste trabalho: a dificuldade de adaptação da divisão clássica dos regimes à atualidade.

Não sendo, entretanto, nosso objetivo apresentar uma resposta final a esse problema, mas sim propor uma análise crítica, elaboramos sete diretrizes para eventuais

iniciativas que visem a solucionar a questão: (i) atualizar a fundamentação desses institutos; (ii) repensar os sujeitos de tutela; (iii) repensar o enquadramento dos direitos autorais como direitos humanos e de personalidade; (iv) repensar os direitos morais (uma vez que são melhor abarcados por outros direitos humanos e de personalidade já reconhecidos, ou por normas de interesse público, como a tipificação da falsidade ideológica); (v) repensar a própria forma de categorização dos objetos e respectivas formas de tutela (o que poderia ser feito de acordo com o mercado em que comercializada no caso concreto); (vi) repensar prazos e registro facultativo (podendo ser prazos curtos, extensíveis de acordo com a renovação do registro, que poderia também ser pedido para mercados específicos, como funciona hoje com as marcas); e (vii) considerar os efeitos econômicos e sociais (de modo que Legislativo e Judiciário se atentem para evidências empíricas das prováveis consequências de suas decisões, identificando, para tanto, os interesses de diversos grupos da sociedade que serão afetados – o que pode ser obtido por meio de uma maior participação popular nos debates, tal como se observou no caso canadense).

Entretanto, apontamos algumas limitações às diretrizes supramencionadas nos tratados internacionais sobre a propriedade intelectual dos quais o Brasil é parte. Por outro lado, três das nossas orientações principais (repensar a fundamentação do regime autoralista, reavaliar o sujeito de tutela e considerar os efeitos econômicos e sociais da disciplina atual e de quaisquer reformulações) não encontram tais restrições, podendo ser adotadas no plano doméstico. Mais ainda, podem também servir de guia (assim como as demais diretrizes) para eventuais reformas no âmbito internacional, haja vista que também os tratados incorporam essa divisão clássica da propriedade intelectual em direitos autorais e propriedade industrial, embasados numa visão socioeconômica que já não encontra respaldo no cenário contemporâneo.

Em suma, provamos verdadeira a hipótese central deste trabalho. Isto é, confirmamos ao longo desta pesquisa que as dificuldades de se aplicarem os regimes da propriedade intelectual na Economia Criativa (tais como expostas no Capítulo 5) são causadas pelo descompasso entre a visão antiga de arte em que se baseiam e um novo

modelo de financiamento e produção difundido a partir da segunda metade do século passado. Em outras palavras, a separação em duas grandes categorias (uma para as obras artísticas, mais protetiva; e outra para criações utilitárias e comerciais, juridicamente menos rigorosa), tanto no âmbito interno como nos tratados internacionais, não considera de uma forma ampla as transformações sociais e econômicas que vimos observando nos mercados artísticos, tal como discorridas no Capítulo 2.

Nesse sentido, a contribuição final deste trabalho – cerne das diretrizes que propomos –, consiste em provocar uma mudança na forma de se pensar globalmente a propriedade intelectual, desafiando o paradigma clássico que se cristalizou na legislação, na doutrina e na jurisprudência nos últimos 250 anos. Como expusemos no Capítulo 2, a arte mudou; indústrias surgiram: a figura do artista se reinventou, os meios de financiamento se transformaram, enquanto novos mercados se tornaram viáveis. O Direito, portanto, também pode e deve se atualizar.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W. *Aesthetic Theory*. Trad. The Athlone Press Ltd. Londres/Nova York: Continuum, 2002.

_____; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*: fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta e. *A política norte-americana e os direitos de propriedade industrial*: uma discussão introdutória sobre as razões da ofensiva por legislações mais rigorosas. Belo Horizonte: UFMG/CEDEPLAR, 1995.

ALENCAR, José de. *A propriedade*. Brasília: Senado Federal, 2004. Disponível em: <http://bit.ly/alencar-prop>. Último acesso em: 10 dez. 2018.

AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 8. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ANDERSEN, Birgitte. How technology changes the scope, strenght and usefulness of copyright – revisiting the economic rationales. In: MACMILLAN, Fiona (Org.). *New Directions in Copyright Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2007. vol. 5.

ANNAES do Senado Brazileiro. 1ª sessão da 20ª legislatura. Vol. V: de 1 a 30 de setembro-de 1 a 16 de outubro. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Constitucional de J. Villeneuve & C., 1886. Disponível em: <http://bit.ly/anais1886t5>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

ANNAES do Senado do Imperio Brazileiro. 4ª sessão da 15ª legislatura. Vol. V: setembro, outubro e appendice. Parte I. Rio de Janeiro: Typographia do Diário do Rio de Janeiro, 1875. Disponível em: <http://bit.ly/anais1875t6>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

_____. 4ª sessão da 15ª legislatura. Vol. V: setembro, outubro e appendice. Parte II. Rio de Janeiro: Typographia do Diário do Rio de Janeiro, 1875. Disponível em: <http://bit.ly/anais1875t7>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

ANNAES do Senado do Imperio do Brazil. Segunda sessão da primeira legislatura. Tomo Primeiro: de 8 de março a 25 de junho de 1829. Rio de Janeiro, 1914. Disponível em: <http://bit.ly/anais1829>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

_____. Terceira sessão em 1871 da décima quarta legislatura. Vol. V: de 1 a 30 de setembro. Rio de Janeiro: Typographia do Diario do Rio de Janeiro, 1871. Disponível em: <http://bit.ly/anais1871v5>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

_____. Segunda sessão da décima quinta legislatura. Vol. III: de 1 a 31 de julho de 1873. Rio de Janeiro: Typographia do Diario do Rio de Janeiro, 1873. Disponível em: <http://bit.ly/anais1873t4>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

AOKI, Keith. (Intellectual) Property and Sovereignty: Notes toward a Cultural Geography of Authorship. *Stanford Law Review*, vol. 48, n. 5, p. 1.293-1.355, maio 1996. Disponível em: <http://bit.ly/aoki1996>. Último acesso em: 10 dez. 2018.

ARROW, Kenneth. Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention. In: NBER. *The Rate and Direction of Inventive Activity*: Economic and Social Factors. Princeton University Press: 1962. Disponível em: <http://bit.ly/arrow1962>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

ASCARELLI, Tullio. *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*. Trad. Evelio Verdera e Luis Suárez-Llanos. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1970.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. Programa de computador e direito autoral. In: GOMES, Orlando et al. (Org.). *A proteção jurídica software*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

ASSEMBLÉA CONSTITUINTE. *Annaes do Parlamento Brazileiro*: 1823. Tomo Terceiro. Rio de Janeiro: 1878. Disponível em: <http://bit.ly/anais1823t3>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

_____. *Annaes do Parlamento Brazileiro*: 1823. Tomo Quarto. Rio de Janeiro: 1879. Disponível em: <http://bit.ly/anais1823t4>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Atas de Comissões. 1987. Disponível em: <http://bit.ly/assembleia1987>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

AYUSO, Rocío. La compañía adquiere el imperio de George Lucas por 3.125 millones de euros. *El País*. 31 out. 2012. Disponível em: <http://bit.ly/elpais2012>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

AZEVEDO NETO, Joachin. A noção de autor em Barthes, Foucault e Agamben. *Floema*, ano VIII, n. 10, p. 153-164, jan.-jun. 2014.

BAILLY, Gustavo Adolpho. *Protection des inventions au Brésil*. 2. ed. Paris: Giard & Brière, 1915.

BALLARDINI, Rosa Maria. Scope of IP Protection for the Functional Elements of Software. In: IPR UNIVERSITY CENTER. *In Search of New IP Regimes*. Helsinki: Oy Nord Print Ab, 2010.

BALZAC, Honoré de. Lettre adressée aux écrivains français du XIXe siècle. *Revue de Paris*, Nouvelle Série, tomme XI, 1834. Disponível em: <http://goo.gl/SRyrpH>. Último acesso em: 13 dez. 2018.

BARBOSA, Denis Borges. *A proteção do software.* Disponível em: <http://bit.ly/barbosa2001>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

_____. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003. Disponível em: <http://bit.ly/denisborgesbarbosa>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

BARTHES, Roland. A morte do autor. In: _____. *O rumor da língua*. Trad. Mário Laranjeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

BASSO, Maristela. A tutela constitucional da propriedade intelectual na Carta de 1988: avanço indiscutível. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, vol. 45, n. 179, p. 39-41, jul.-set. 2008. Disponível em: <http://bit.ly/basso2008>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

BASTIAT, Frédéric. Discours au cercle de la librairie en 16 décembre 1847. In: _____. *Oeuvres completes*. Paris: Éditions Guillaumin, 1862. vol. 2. Disponível em: <http://bit.ly/bastiat1847>. Último acesso em: 13 dez. 2018.

BAUMOL, William Jack; BOWEN, William Gordon. On the Perfoming Arts: The Anamoty of Their Economic Problems. *The American Economic Review*, vol. 55, n. 1/2, p. 495-502, mar. 1965. Disponível em: <http://bit.ly/baumon-bowen2006>. Último acesso em: 14 fev. 2016.

BEAUMARCHAIS, Pierre-Augustin Caron de. Compte rendu de l'affaire des auteurs dramatiques et des comédiens français. *Oeuvres complètes de Beaumarchais*. Paris: Furne, 1826. vol. 6. Disponível em: <http://goo.gl/nlYh4A>. Último acesso em: 8 jul. 2016.

BECKER, Howard S. *Mundos da arte*. Edição comemorativa do 25º aniversário, revista e aumentada. Trad. Luís San Payo. Lisboa: Livros Horizonte, 2010.

BENHAMOU, Françoise. *A economia da cultura*. Trad. Geraldo Gerson de Souza. Cotia: Ateliê Editorial, 2007.

BENJAMIN, Walter. *A obra de arte na época de suas técnicas de reprodução*. Trad. José Lino Grünnewald. São Paulo: Abril, 1975.

BENKLER, Yochai. Coase's Penguin, or, Linux and The Nature of the Firm. *The Yale Law Journal*, vol. 112, n. 3, dec. 2002. Disponível em: <http://bit.ly/benkler2002>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

BENTLY, Lionel. R. v. the Author: From Death Penalty to Community. *Columbia Journal of Law & the Arts*, vol. 32, 2008.

_____. Review Article: Copyright and the Death of the Author in Literature and Law. *The Modern Law Review*, vol. 57, p. 973-986, nov. 1994.

_____. The Design/Copyright Conflict in the United Kingdom: A History. In: DERCLAYE, Estelle. (Org.). *The Copyright/Design Interface*: past, present and future. Nova York: Cambridge University Press, 2018.

_____. The Return of Industrial Copyright? *European Intellectual Property Review*, p. 654-672, 2012. Disponível em: <http://bit.ly/bently2012>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

_____; SHERMAN, Brad. *The Making of Modern Intellectual Property Law:* The British Experience, 1760-1911. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

BESSEN, James; MEURER, Michael J. *Patent Failure*: How Judges, Bureaucrats, and Lawyers Put Innovators at Risk. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.

_____. *Direito de autor na obra publicitária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. *Os direitos de personalidade*. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1995.

_____. Enquadramento jurídico do "hardware" e do "software" no plano dos direitos intelectuais. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 19, n. 73, p. 307-326, jan.-mar. 1982. Disponível em: <http://bit.ly/senadosoftw>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

BIZUTTI ANDRADE, Andressa. *Os desafios regulatórios das aplicações OTT de vídeo:* vídeo sob demanda e plataformas de compartilhamento. 2016. Monografia (Trabalho de conclusão do curso). Orientador: Prof. Doutor Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

BLACKSTONE, William. *An Enquire in the Nature and Origins of Litterary Property*. Londres: William Flexney, 1762. Disponível em: <http://bit.ly/blackstone1762>. Último acesso em: 20 nov. 2018.

BLANC, Étienne. *Traité de la contrefaçon et de sa poursuite en justice*. Paris, 1838. Disponível em: <http://bit.ly/blanc1838>. Último acesso em: 13 dez. 2018.

BLANC, Louis. *Organisation du Travail*. 5. ed. Paris: Bureau de la Société de l'Industrie Fraternelle, 1847. Disponível em: <http://bit.ly/blanc1847>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

BLONDEL, Pierre-Jacques. *Mémoire sur les vexations qu'exercent les libraires & imrpimeurs de Paris*. [1725 ou 1726]. Disponível em: <http://goo.gl/GNdZGI>. Último acesso em: 8 jul. 2016.

BOLAÑO, César. Mercado de arte: novas e velhas questões. In: _____. et al. (Org.). *Economia da arte e da cultura*. São Paulo: Itaú Cultural, 2010. Disponível em: <http://bit.ly/bolano2010>. Último acesso em: 22 dez. 2016..

BOLDRIN, Michele; LEVINE, David K. *Against Intellectual Monopoly*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. Disponível em: <http://bit.ly/boldrin2008 >. Último acesso em: 15 dez. 2018.

BOOTON, David L. Art in ohe Law of Copyright: Legal Determinations of Artistic Merit Under United Kingdom Copyright Law. *Art, Antiquity and Law*, vol. I, n. 2, p. 125-139, maio 1996.

BORGES, Jorge Luis. La Biblioteca de Babel. In: _____. *Ficciones*. Barcelona: Alianza Editorial, 1998.

BORGHI, Maurizio. Chasing Copyright Infringement in the Streaming Landscape. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 42, n. 3, p. 316-343, 2011.

BOSSANGE, Hector. *Opinion nouvelle sur la propriété littéraire*. Imprimerie de Rignoux, 1836. Disponível em: <http://bit.ly/bossange1836a>. Último acesso em: 13 dez. 2018.

BOUFFLERS, Stanislas Jean de. *Rapport fait à l'Assemblée Nationale au nom du Comité d'Agriculture et de Commerce:* dans la séance du jeudi au soir 30 décembre 1790, sur la propriété des auteurs de nouvelles découvertes & inventions en tout genre d'industrie imprimé par ordre de l'Assemblée Nationale. Paris: L'Imprimerie Nationale, 1791. Disponível em: <http://bit.ly/boufflers1791>. Último acesso em: 13 dez. 2018.

BOURDIEU, Pierre. *As regras da arte*: gênese e estrutura do campo literário. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

BOWREY, Kathy. Ethical boundaries and internet cultures. In: BENTLY, Lionel; MANIATIS, Spyros M. (Org.). *Intellectual property and ethics*. London: Sweet & Maxwell, 1998.

BOYLE, James. *Shamans, Software, and Spleens*: law and the construction of the information society. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

_____. The second enclosure movement and the construction of the public domain. *Law and Contemporary Problems*, vol. 66, p. 33-74, 2003. Disponível em: <http://bit.ly/boyler2003>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

BRACHA, Oren. The Ideology of Authorship Revisited: Authors, Markets, and Liberal Values in Early American Copyright. *The Yale Law Journal*, vol. 118, n. 2, p. 186-271, nov. 2008. Disponível em: <http://bit.ly/bracha2008>. Último acesso em: 18 dez. 2018.

BRITISH COUNCIL. *Mapping the creative industries*: the UK context. Londres, 2005.

BÜRGER, Peter. *Theory of the avant-garde*. Trad. Suhrkamp Verlag. Manchester: Manchester University Press, 1984.

BURK, Dan L.; LEMLEY, Mark A. *The Patent Crisis and How the Courts Can Solve It.* Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 2009.

BURREL, Roberto. A Case Study in Cultural Imperialism: The Imposition of Copyright on China by the West. In: BENTLY, Lionel; MANIATIS, Spyros M. (Org.). *Intellectual property and ethics*. London: Sweet & Maxwell, 1998.

CALMELS, Édouard. *De la propriété et de la contrefaçon des oeuvres de l'intelligence*. Paris: Çosse, 1856. Disponível em: <http://bit.ly/calmels1856>. Último acesso em: 13 dez. 2018.

CAMARA DOS SRS. DEPUTADOS. *Annaes do Parlamento Brazileiro*: primeiro anno da decima legislatura, sessão de 1857. Tomo 5. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Constitucional de J. Villeneuve & Co, 1857. Disponível em: <http://bit.ly/anais1857t5>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

_____. *Annaes do Parlamento Brazileiro*: quarto anno da decima-quinta legislatura, sessão de 1875. Tomo III. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Constitucional de J. Villeneuve & Co, 1875.

CARBONI, Guilherme. *Direito autoral e autoria colaborativa na economia da informação em rede*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. *O direito de autor na multimídia*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

CARTER-SILK, Alexander; LEWISTON, Michelle. *The Development of Design Law – Past and Future*: From History to Policy. Newport: The Intellectual Property Office, 2012. Disponível em: <http://bit.ly/silk-lewiston>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

CAUQUELIN, Anne. *Arte contemporânea*: uma introdução. Trad. Rejane Janowitzer. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

CHAGAS, Manuel Pinheiro. *A Propriedade Litteraria*: carta a sua magestade o Imperador do Brazil. Porto: Ernesto Chardron, 1879.

CHARTIER, Roger. Figures of the Author. In: SHERMAN, Brad; STROWEL, Alain. (Org.). *Of Authors and Origins:* Essays on copyright law. Oxford: Clarendon Press, 1994.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direito de autor e direitos da personalidade:* reflexões à luz do Código Civil. 2008. Tese (Concurso para professor titular de Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo.

COASE, Ronald H. The Nature of the Firm. *Economica*, New Series, vol. 4, n. 16, p. 386-405, nov. 1937. Disponível em: <http://bit.ly/coase1937a>. Último acesso em: 22 dez. 2016.

COMITÉ DE LA ASSOCIATIÓN POUR LA DÉFENSE DE LA PRORIÉTÉ LITTÉRAIRE. *De l'application du droit commun à la propriété littéraire et artistique.* Paris: Hachette, 1862. Disponível em: <http://goo.gl/JZZu8G>. Último acesso em: 8 jul. 2016.

_____. *La propriété littéraire et artistique.* Paris: Hachette, 1862. Disponível em: <http://goo.gl/PwA3Rl>. Último acesso em: 8 jul. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. O direito e o avesso. *Estudos Avançados*, vol. 23, n. 67, p. 6-22, 2009. Disponível em: <http://bit.ly/comparato2009 >. Último acesso em: 22 dez. 2018.

CONDORCET, Jean-Antointe-Nicolas de Caritat. *Oeuvres Complètes de Condorcet*. Paris: Henrichs, 1804. vol. 16. Disponível em: <http://bit.ly/condorcet1776>. Último acesso em: 10 dez. 2018.

CONGRESSO NACIONAL. *Anais do Senado Federal*: Agosto de 1976, 126ª a 139ª sessões. Brasília: Subsecretaria de Anais, 1976. vol. II. Disponível em: <http://bit.ly/anais1976>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

_____. *Anais do Senado Federal*: Atas da 40ª à 49ª Sessão da 1ª Sessão Legislativa Ordinária da 50ª Legislatura. Vol. 19, n. 7 (17 abril a 28 abril 1995). Brasília: Secretaria de Documentação e Informação – Subsecretaria de Anais – Senado Federal, 1995. Disponível em: <http://bit.ly/anais1995t7>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

_____. *Anais do Senado Federal*: Atas da 8ª à 14ª Sessão da 6ª Sessão Legislativa Extraordinária da 50ª Legislatura. Vol. 22, nº 2 (16 jan. a 26 jan. 1998). Brasília: Secretaria de Documentação e Informação – Subsecretaria de Anais – Senado Federal, 1998. Disponível em: <http://bit.ly/anais1998>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

_____. *Anais do Senado Federal*: Atas da 157ª à 160ª Sessão da 1ª Sessão Legislativa Ordinária da 52ª Legislatura. Vol. 27, n. 40 (6 nov. a 11 nov.). Brasília: Senado

Federal – Secretaria Especial de Editoração e Publicações – Subsecretaria de Anais, 2003. Disponível em: <http://bit.ly/anais2003>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

_____. *Anais do Senado Federal*: Atas da 22ª à 25ª Sessão da 3ª Sessão Legislativa Ordinária da 52ª Legislatura. Vol. 29, n. 7 (17 mar. a 22 mar.). Brasília: Senado Federal – Secretaria Especial de Editoração e Publicações – Subsecretaria de Anais, 2005. Disponível em: <http://bit.ly/anais2005t7>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

_____. *Anais do Senado Federal*: Atas da 217ª à 220ª Sessão da 3ª Sessão Legislativa Ordinária da 52ª Legislatura. Vol. 29, n. 57 (7 dez. a 9 dez.). Brasília: Senado Federal – Secretaria Especial de Editoração e Publicações – Subsecretaria de Anais, 2005. Disponível em: <http://bit.ly/anais2005t57>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

_____. *Anais do Senado Federal*: Atas da 223ª à 225ª Sessão da 3ª Sessão Legislativa Ordinária da 52ª Legislatura. Vol. 29, n. 59 (14 dez. a 15 dez.). Brasília: Senado Federal – Secretaria Especial de Editoração e Publicações – Subsecretaria de Anais, 2005. Disponível em: <http://bit.ly/2005t59>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

_____. *Anais do Senado Federal*: Atas da 1ª à 2ª Sessão da 5ª Sessão Legislativa Extraordinária da 52ª Legislatura. Vol. 30, n. 1 (16 jan. a 17 jan.). Brasília: Senado Federal – Secretaria Especial de Editoração e Publicações – Subsecretaria de Anais, 2006. Disponível em: <http://bit.ly/anais2006>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

_____. *Anais do Senado Federal*: Atas da 248ª Sessão da 3ª Sessão Legislativa Ordinária da 53ª Legislatura. Vol. 33, n. 94-A (16 de dezembro). Brasília: Senado Federal – Secretaria Especial de Editoração e Publicações – Subsecretaria de Anais, 2009. Disponível em: <http://bit.ly/anais2009>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

_____. *Anais do Senado Federal*: Ata da 88ª Sessão da 1ª Sessão Legislativa Ordinária da 54ª Legislatura. Vol. 35, n. 35 (1º de junho). Brasília: Senado Federal – Secretaria Especial de Editoração e Publicações – Subsecretaria de Anais, 2011. Disponível em: <http://bit.ly/anais2011>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

_____. *Annaes da Camara dos Deputados*: terceira sessão da primeira legislatura. Vol. II: Sessões de 1 a 30 de junho de 1893. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1893. Disponível em: <http://bit.ly/anais1893t2a>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

_____. *Annaes da Camara dos Deputados*: terceira sessão da primeira legislatura. Vol. III: Sessões de 1 a 31 de julho de 1893. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1893. Disponível em: <http://bit.ly/anais1893t3>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

_____. *Annaes da Camara dos Deputados*: terceira sessão da primeira legislatura. Vol. IV: Sessões de 1 a 31 de agosto de 1893. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1893. Disponível em: <http://bit.ly/anais1893t4>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

_____. *Annaes da Camara dos Deputados*: terceira sessão da primeira legislatura. Vol. IV: Sessões de 1 a 31 de agosto de 1894. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1895. Disponível em: <http://bit.ly/anais1894t4>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

_____. *Annaes da Camara dos Deputados*: terceira sessão da primeira legislatura. Vol. V: Sessões de 1 a 31 de agosto de 1894. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1895. Disponível em: <http://bit.ly/anais1894t5>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

_____. *Annaes da Camara dos Deputados*: segunda sessão da quarta legislatura. Vol. IV (Appendice): Receita Geral (Parecer). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1901. Disponível em: <http://bit.ly/anais1901t4>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

_____. *Annaes da Camara dos Deputados*: sessão extraordinária. Vol. I: Sessões de 19 a 28 de fevereiro de 1902. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902. Disponível em: <http://bit.ly/anais1902t1>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

_____. *Annaes da Camara dos Deputados*: sessão extraordinária. Vol. II: Sessões de 3 a 31 de março de 1902. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902. Disponível em: <http://bit.ly/anais1902t12>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

_____. *Annaes da Camara dos Deputados*. Vol. VI: Sessões de 2 a 30 de outubro de 1911. Rio de Janeiro: Typographia do Jornal do Commercio, de Rodrigues & C., 1914. Disponível em: <http://bit.ly/anais1911t6>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

_____. *Annaes da Camara dos Deputados*. Vol. VII: Sessões de 1 a 17 de novembro de 1911. Rio de Janeiro: Typographia do Jornal do Commercio, de Rodrigues & C., 1914. Disponível em: <http://bit.ly/anais1911t7>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

_____. *Annaes da Camara dos Deputados*: convocação extraordinária de 2 de Abril de 1913. Vol. II (Apprendice): Projecto n. 2, de 1913 – Emendas do Senado ao projecto da Camara, n. 1, de 1902 – Codigo Civil Brazileiro. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1913. Disponível em: <http://bit.ly/anais1913t2>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

_____. *Annaes da Camara dos Deputados*. Vol. XI: Sessões de 14 a 30 de novembro de 1917. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1919. Disponível em: <http://bit.ly/anais1917t11>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

_____. *Annaes do Senado Federal*: terceira sessão da segunda legislatura. Vol. V: Sessões de 15 de outubro a 14 de outubro de 1896. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1897. Disponível em: <http://bit.ly/anais1896t5>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

_____. *Annaes do Senado Federal*. Vol. VII: Sessões de 1 a 14 de novembro de 1923. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1927. Disponível em: <http://bit.ly/anais1923t7>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

COOMBE, Rosemary J. *The cultural life of intellectual properties*: authorship, appropriation and the law. Durham e Londres: Duke University Press, 2008.

CORBET, Jan. Allocution de bienvenue. In: BRISON, Fabienne et al. (Org.). *Moral Rights in the 21st Century*. Bruxelas: Larcier, 2015.

CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil português*. Coimbra: Almedina, 2007.

CUNNINGHAM, Stuart D. From cultural to creative industries: theory, industry, and policy implications. *Media International Australia Incorporating Culture and Policy: Quarterly Journal of Media Research and Resources*, n. 102, p. 54-65, fev. 2002. Disponível em: <http://eprints.qut.edu.au/588/>. Último acesso em: 15 fev. 2015.

DANTO, Arthur C. *After the end of art:* contermporary art and the pale of history. Princeton: Princeton University Press, 1997.

_____. Art, Evolution and the Consciousness of History. *The Journal of Aesthetics and Arts Criticism*, vol. 44, n. 33, p. 223-233, 1986.

_____. The Art World. *The Journal of Philosophy*, vol. 61, n. 19, American Philosophical Association Eastern Division Sixty-First Annual Meeting (Oct. 15, 1964), p. 571-584. Disponível em: <http://bit.ly/danto1964>. Último acesso em: 10 dez. 2018.

_____. *The Transfiguration of the Common Place:* A Philosophy of Art. Cambridge e Londres: Harvard University Press, 1981.

_____. *What is art*. New Haven e Londres: Yale University Press, 2013.

DARWIN, Charles. *The Origin of the Species*. Ware: Wordsworth, 1997.

DAVIES, Gillian; GARNETT, Kevin. *Moral Rights*. 2. ed. Londres: Sweet and Maxell, 2016.

DE MOLINARI, Gustave. Propriété Artistique. In: COQUELIN, Charles; GUILLAUMIN, Gilbert. *Dictionnaire de l'économie politique*. 1853. vol. 2. Disponível em: <http://bit.ly/demolinari1853>. Último acesso em: 13 dez. 2018.

DEFOE, Daniel. *An Essay on the Regulation of the Press*. Londres, 1704. Disponível em: <http://bit.ly/defoeessay>. Último acesso em: 20 nov. 2018.

DELASALLE, Jules. *Thése de doctorat sur la propriété littéraire soutenue devant la Faculté de Pars le 11 novembre 1852, à midi et demi.* Paris: Thunot, 1852. Disponível em: <http://goo.gl/jst48f>. Último acesso em: 8 jul. 2016.

DERCLAYE, Estelle. A Model Copyright/Design Interface: Not and Impossible and Undesirable Task? In: _____. (Org.). *The Copyright/Design Interface*: past, present and future. Nova York: Cambridge University Press, 2018.

DESBOIS, Henri. *Le droit d'auteur*: droit français, Convention de Berne revisée. Paris: Dalloz, 1950.

D'HÉRICOURT, Louis. *Memorandum à Monseigneur le Garde des Sceaux*. 1726. Disponível em: <http://goo.gl/HxA6dw>. Último acesso em: 8 jul. 2016.

DIDEROT, Denis. *Lettre sur le commerce des livres*. 1763. Disponível em: <http://bit.ly/diderot1763>. Último acesso em: 10 dez. 2018.

DIDOT, Ambroise-Firmin. *Note sur la propriété littéraire et sur la répression des contrefaçons faites à l'étranger, particulierement en Belgique*. [1836?]. Disponível em: <http://goo.gl/v5vPMk>. Último acesso em: 8 jul. 2016.

DOUEIHI, Milad. *La gran conversión digital*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2010.

DRAHOS, Peter. *A Philosophy of Intellectual Property*. Acton: ANU eTEXT, 2016. Disponível em: <http://bit.ly/drahos2016>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

DREYFUSS, Rochelle C. Does Ip Need Ip? Accommodating Intellectual Production Outside The Intellectual Property Paradigm. *Cardozo Law Review*, vol. 31, n. 5, p. 1.437-1.473, 2010.

DU MONT, Jason J.; JANIS, Mark D. US Design Patent Law: A Historical Look at the Design Patent/Copyright Interface. In: DERCLAYE, Estelle. (Org.). *The Copyright/Design Interface*: past, present and future. Nova York: Cambridge University Press, 2018.

DUPUIT, Jules. Du principe de propriété: Le juste – l'utile. *Journal des Economistes*, 2ème série, vol. 29, 1861, p. 321-347. Disponível em: <http://bit.ly/dupuit1861>. Último acesso em: 13 dez. 2018.

DUSOLLIER, Séverine. Intellectual property and the bundle-of-rights metaphor. *Kritika*, vol. 4, 2019. No prelo.

_____. Sharing Access to Intellectual Property Through Private Ordering. *Chicago-Kent Law Review*, vol. 82, n. 3, p. 1.391-1.435, 2007. Disponível em: <http://bit.ly/dusollier2007>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

_____. The Master's Tools v. The Master's House: Creative Commons v. Copyright. *Columbia Journal of Law & the Arts*, vol. 29, n. 3, p. 271-293, 2006. Disponível em: <http://bit.ly/dusollier2006>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

EVRARD, Yves; COLBERT, François. Arts Management: a new discipline entering the millennium? *International Journal of Arts Management*, vol. 2, n. 2, p. 4-13, 2000. Disponível em: <http://bit.ly/evrard2000>. Último acesso em: 8 jul. 2016.

FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização econômica:* implicações e perspectivas. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FARTHING, Stephen. *Tudo sobre arte*. Trad. Paulo Polzonoff Jr. et al. Rio de Janeiro: Sextante, 2011.

FEATHER, John. From rights in copies to copyright: the recognition of authors'rights in English law and practice in the sixteenth and seventeenth centuries. In: JASZI, Peter; WOODMANSEE, Martha. (Org.). *The Construction of Authorship*: Textual Appropriation in Law and Literature. Dumhan e Londres: Duke University Press, 1994.

_____. *Publishing, Piracy and Politics*: An Historical Study of Copyright in Britain. Londres: Mansell, 1994.

FELDMAN, Robin. *Rethinking patent law*. Harvard University Press, 2012.

FELTEN, Ed. The Pizzaright Principle. *Freedom to Tinker*. 28 set. 2005. Disponível em: <http://bit.ly/felten2005>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

FIRTH, Alison. Signs, surfaces, shapes and structures – the protection of product design under trade mark law. In: DINWOODIE, Graeme.; JANIS, Mark. *Trademark Law and Theory*: A Handbook of Contemporary Research. Cheltenham: Edward Elgar, 2008.

FISHER, William W. An Alternative Compensation System. In: _____. *Promises to Keep*: Technology, Law, and the Future of Entertainment. Stanford: Stanford University Press, 2004. Disponível em: <http://bit.ly/fisher2004>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

_____. *Theories of Intellectual Property*. 2001. Disponível em: <http://bit.ly/fisher2001>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

FISS, Owen M. The Death of the Law. *Cornell Law Review*, vol. 72, p. 1-16, nov. 1986. Disponível em: <http://bit.ly/fiss1986>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

FLANAGAN, Andrew; HAMPP, Andrew. It's Official: Jay Z's Historic Tidal Launches With 16 Artist Stakeholders. *Billboard*. 30 mar. 2015. Disponível em: <http://bit.ly/billboardtidal>. Último acesso em: 7 jul. 2016.

FOLEY, Steven. Buffering and the Reproduction Right: When is a Copy a Copy? *Cybaris™, An Intellectual Property Law Review*, vol. 1, n. 1, article 4, p. 99-123, 2010. Disponível em: <http://bit.ly/foley2010>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

FOUCAULT, Michel. O que é um autor? In: _____. *Ditos e escritos:* estética – literatura e pintura, música e cinema. Org. Manuel Barros da Motta. Trad. Inês Autran Dourado Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. vol. III.

GALLOWAY, Susan; DUNLOP, Stewart. A critique of definitions of the cultural and creative industries in public policy. *International Journal of Cultural Policy*, vol. 13, n. 1, p. 17-31, 2007.

GALVEZ-BEHAR, Gabriel. Si loin, si proches. Inventeurs et artistes au regard de la propriété intellectuelle dans la France du XIXe siècle. Les mythes de la science: inventeurs et invention. Colóquio organizado por MSH – Nord-Pas-de-Calais, dez./2005, França. Disponível em: <http://bit.ly/galvez-behar>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

GAMA CERQUEIRA, João. *Tratado da propriedade industrial.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GANDELAMN, Henrique. *De Gutenberg à internet*: direito autorais na era digital. Rio de Janeiro: Record, 2001.

GARNIER, Joseph. *Traité d'Économie Politique, sociale ou industrielle*: exposé didactique des principes et des applications de cette science avec des développements sur le crédit, les banques, le libre échange, la protection, l'association, les salaires, etc. 7. ed. Paris: Garnier Frères et Guillaumin et c^{ie}, 1873. Disponível em: <http://bit.ly/garnier1873>. Último acesso em: 13 dez. 2018.

GASTAMBIDE, Adrien. *Traité théorique et pratique des contrefaçons en tous genres*. Paris: Legrand et Descauriet, 1837. Disponível em: <http://bit.ly/gastambide1837>. Último acesso em: 13 dez. 2018.

GAUDRAT, Philippe. L'abus du droit moral. In: BRISON, Fabienne et al. (Org.). *Moral Rights in the 21st Century.* Bruxelas: Larcier, 2015.

GAULTIER, Jean-François. *Mémoire à consulter pour les libraires & imprimeurs de Lyon, Rouen, Toulouse, Marseille & Nismes concernant les privileges de librarie et continuations d'iceux.* 1776. Disponível em: <http://goo.gl/D2C54H>. Último acesso em: 8 jul. 2016.

GAVIN, Gérard. *Le droit moral de l'auteur dans la jurisprudence et la législation françaises*. Paris: Dalloz, 1960.

GEIGER, Cristophe. Clef pour comprendre, améliorer et adherer: la fonction sociale des droits de propriété intellectuelle. In: VIVANT, Michel. *Droit et économie de la propriété intellectuelle.* Paris: LGDJ, 2014.

GEORGE, Alexandra. *Constructing Intellectual Property*. Nova York: Cambridge University Press, 2012.

GERLINGS, Charlotte. *100 Great Artists*: a visual journey from Fra Angelico to Andy Warhol. Londres: Arcturus, 2006.

GERVAIS, Daniel J. Quel avenir pour le droit moral? In: BRISON, Fabienne et al. (Org.). *Moral Rights in the 21st Century*. Bruxelas: Larcier, 2015.

_____; JUDGE, Elizabeth F. Of Silos and Constellations: Comparing Notions of Originality in Copyright Law. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol. 27, p. 375-408, 2009. Disponível em: <http://bit.ly/judge-gervais>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

GHIDINI, Gustavo. *Rethinking Intellectual Property*: Balancing Conflicts of Interests in the Constitutional Paradigm. Cheltenham e Northampton: Edward Elgar, 2018.

GHOSH, Rishab A. Cooking pot markets: An economic model for the trade in free goods and services on the Internet. *First Monday*, vol. 3, n. 3, 2 mar. 1998. Disponível em: <http://bit.ly/ghosh1998>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

GINSBURG, Jane C. A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America. *Tulane Law Review*, vol. 64, n. 5, p. 993-1.031, maio 1990. Disponível em: <http://bit.ly/ginsburg1990>. Último acesso em: 10 dez. 2018.

_____. 'Courts Have Twisted Themselves into Knots' (and the Twisted Knots Remain to Untangle): US Copyright Protection for Applied Art after Star Athletica. In: DERCLAYE, Estelle (Org.). *The Copyright/Design Interface*: past, present and future. Nova York: Cambridge University Press, 2018.

_____. Four Reasons and a Paradox: The Manifest Superiority of Copyright over Sui Generis Protection of Computer Software. *Columbia Law Review*, vol. 94, p. 2.559-2.572, 1994. Disponível em: <http://bit.ly/ginsburg1994>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

_____. Proto-property in literary and artistic works: sixteenth-century papal printing privileges. *Columbia Public Law Research Paper*, n. 14-478, 2015. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2650152>. Último acesso em: 10 jul. 2016.

_____. The Right to Claim Authorship in U.S. Copyright and Trademarks Law. *Houston Law Review*, vol. 41, n. 2, p. 263-307, 2004. Disponível em: <http://bit.ly/ginsburg2004>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

_____. The Role of the Author in Copyright. In: OKEDIJI, Ruth L. (Org.). *Copyright Law in an Age of Limitations and Exceptions*. Nova York: Cambrige University Press, 2017.

_____. US initiatives to protect works of low authorship. In: DREYFUSS, Rochelle C.; ZIMMERMAN, Diane L.; FIRST, Harry. *Expanding boundaries of intellectual property*: innovation policy for the knowledge society. Nova York: Oxford University Press, 2001.

GOLDSTEIN, Paul. Moral rights on the Internet. In: BRISON, Fabienne et al. (Org.). *Moral Rights in the 21st Century*. Bruxelas: Larcier, 2015.

GOMBRICH, Ernst Hans Josef. *A história da arte*. 16. ed. rev., aum. e com novo projeto gráfico. Rio de Janeiro: LTC, 2000.

GOMPERTZ, Will. *Isso é arte?* 150 anos de arte moderna do impressionismo até hoje. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

GORDON, Wendy J. Asymmetric Market Potential And Prisoners' Dilemma: Two Simple Models with Significance for the Law of Copyright. *University of Dayton Law Review*, vol. 17, 1992. Disponível em: <http://bit.ly/gordon1992>. Último acesso em: 15 de dezembro de 2018.

GOULD, Emily; HERMAN, Alexander. Copyright in Photographs of Paintings: The UK Approach, the Impact of European Jurisprudence and the Prospects in a Post-Brexit World. *Art, Antiquity and Law*, vol. XXII, n. 2, p. 159-171, jul. 2017.

GREFFE, Xavier. *Arte e mercado*. Org. Teixeira Coelho. Trad. Ana Goldberg. São Paulo: Iluminuras: Itaú Cultural, 2013.

GRIFFITHS, Jonathan. Moral rights from a copyright perspective. In: BRISON, Fabienne et al. (Org.). *Moral Rights in the 21st Century*. Bruxelas: Larcier, 2015.

GROSHEIDE, Willem F. Globalisation, Convergence and Divergence in International Copyright Law. In: MACMILLAN, Fiona. (Org.). *New Directions in Copyright Law*. Londres: Edward Elgar, 2006. vol. 2.

GRZELAK, Victoria A. Key Mouse & Sonny Bono Go to Court: The Copyright Term Extension Act and Its Effect On Current And Future Rights. *John Marshall Review of Intellectual Property Law*, vol. 2, p. 95-115, 2002. Disponível em: <http://bit.ly/grzelak2002>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

GUIMARÃES, Aprigio Justiniano da Silva. *Propriedade Litteraria*: historico e sustentação d'um projecto a respeito, apresentado à camara dos senhores deputados em 14 de agosto de 1856. Recife: Typographia Academica, 1859.

HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. *Science*, new series, vol. 162, n. 3.859, p. 1.243-1.248, 1968. Disponível em: <http://bit.ly/hardin-1968>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

HAYEK, Friedrich August von. *Individualism and Economic Order*. Chicago: The University of Chicago Press, 1948.

_____. *The Fatal Conceit*: The Errors of Socialism. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

HEALD, Paul J. Losing to Disney: The Complex Lesson of *Eldred v Ashcroft* and the Corporate Control of Copyright. In: MACMILLAN, Fiona (Org.). *New Directions in Copyright Law*. Londres: Edward Elgar, 2006. vol. 2.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HEIDEGGER. *A origem da obra de arte*. Trad. Idalina Azevedo e Manuel António de Castro. São Paulo: Edições 70, 2010.

HEINICH, Nathalie. Arts et sciences à l'âge classique. *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, vol. 66, n. 1, p. 47-78, 1987.

HELFER, Laurence R. The New Innovation Frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights. *Intellectual Property and Human Rights*, vol. 49, n. 1, p. 1-52, 2008. Disponível em: <http://bit.ly/helfer2008>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

HELL, François Joseph Antoine de. *Rapport fait à l'Assemblée Nationale sur la propriété des productions scientifiques ou littéraires*. Paris: Imprimerie Nationale, 1791. Disponível em: <http://goo.gl/MIHqXO>. Último acesso em: 8 jul. 2016.

HELLER Michael A. The tragedy of the anticommons: property in the transition from Marx to markets. *Harvard Law Review*, vol. 111, p. 621-688, 1968. Diponível em: <http://bit.ly/heller1968>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

HEN, Charles. *La réimpression*: étude sur cette question considérée principalement au point de vue des intérêts belges et français. Bruxelas: Auguste Decq, 1851.

HESS, Charlotte; OSTROM, Elinor. Introduction: An Overview of the Knowledge Commons. *Understanding Knowledge as a Commons*. Cambridge e Londres: MIT Press, 2007. Disponível em: <http://bit.ly/hess2007 >. Último acesso em: 15 dez. 2018.

HESSE, Carla. Enlightenment Epistemology and the Laws of Authorship in Revolutionary France, 1777-1793. *Representations*, n. 30, Special Issue: Law and the Order of Culture, p. 109-137, 1990. Disponível em: <http://bit.ly/hesse1990>. Último acesso em: 10 dez. 2018.

_____. The rise of intellectual property, 700 b.c.-a.d. 2000: an idea in the balance. *Daedalus*, p. 26-45, 2002.

HETTINGER, Edwin C. Justifying Intellectual Property. *Philosophy & Public Affairs*, vol. 18, n. 1, p. 31-52, 1989.

HETZEL, J. *La propriété littéraire et le domaine public payant*. 2. ed. Bruxelas: Imprimerie de Veuve J. Van Buggenhoudt, 1860. Disponível em: <http://bit.ly/hetzel1858>. Último acesso em: 13 dez. 2018.

HEYMANN, Laura A. Overlapping intellectual property doctrines: election of rights versus selection of remedies. *Stanford Technology Law Review*, vol. 17, p. 241-247, 2013. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/73972347.pdf>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

_____. The Trademark/Copyright Divide. *SMU Law Review*, vol. 60, n. 1, artigo 3, p. 56-102, 2007. Disponível em: <http://bit.ly/heymann2007>. Último acesso em: 16 dez. 2018.

HODGE, A. N. *The History of Art*: painting from Giotto to the present day. Londres: Arcturus, 2008.

HUARD, Adrien; MACK, Edouard. *Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de propriété littéraire et artistique*. Paris: Marchal et Billard, 1891. Disponível em: <http://goo.gl/aMECIw>. Último acesso em: 8 jul. 2016.

HUARD, Gustave. *Traité de la propriété intellectuelle*: tome second – brevets d'invention, dessins et modèles industriels. Paris: Marchal et Billard, 1906.

HUGHES, Justin. The Philosophy of Intellectual Property. *The Georgetown Law Journal*, vol. 77, p. 287-366, 1988.

HUNTER, Dan; WOOD, Suzannah. The laws of design in the age of mechanical reproduction. *Adelaide Law Review*, vol. 37, 2016. Disponível em: <http://bit.ly/hunter-wood>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

HUYSSEN, Andreas. *After the Great Divide*: theories of representation and difference. Bloomington: Indiana University Press, 1987.

IHERING, Rudolf von. *La dogmática jurídica*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1946.

JASZI, Peter. Is There Such a Thing as Post-Modern Copyright? In: BIAGIOLI, Mario; JASZI, Peter; WOODMANSEE, Martha (Org.). *Making and Unmaking Intellectual Property*: Creative Production in Legal and Cultural Perspective. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 2011.

_____. On the author effect: contemporary copyright and collective creativity. In: _____; WOODMANSEE, Martha. (Org.). *The Construction of Authorship*: Textual

Appropriation in Law and Literature. Dumhan e Londres: Duke University Press, 1994.

_____. Toward a Theory of Copyright: The Metamorphoses of Authorship. *Duke Law Journal*, p. 455-502, 1991.

_____; WOODMANSEE, Martha. Introduction. In: JASZI, Peter; WOODMANSEE, Martha (Org.). *The Construction of Authorship*: Textual Appropriation in Law and Literature. Dumhan e Londres: Duke University Press, 1994.

JOBARD, Jean-Baptiste-Ambroise-Marcellin. *De la propriété de la pensée et de la contrefaçon considérée comme droit d'aubaine et de detraction.* Versailles: Imprimerie de Marlin, 1837. Disponível em: <http://bit.ly/jobard1837>. Último acesso em: 13 dez. 2018.

JONES, Richard H. The Myth of the Idea/Expression Dichotomy in Copyright Law. *Pace Law Review*, vol. 10, rev. 551, n. 3, p. 551-607, 1990. Disponível em: <http://bit.ly/jones1990>. Último acesso em: 13 dez. 2018.

KAHN, Anne-Emanuelle. The Copyright/Design Interface in France. In: DERCLAYE, Estelle (Org.). *The Copyright/Design Interface*: past, present and future. Nova York: Cambridge University Press, 2018.

KANT, Immanuel. *Élements métaphysiques de la doctrine du droit*: première partie de la docrtine des moeurs – suivi d'un essai philosophique sur la paix perpétuelle et d'autres petits écrits relatfs au droit naturel. Trad. Jules Barni. Paris: Auguste Duran, 1853. Disponível em: <http://goo.gl/EUgtqu>. Último acesso em: 8 jul. 2016.

KATZ, Stanley N. *The Oxford international encyclopedia of legal history*. Oxford: Oxford, 2009. vol. 2.

_____. *The Oxford international encyclopedia of legal history*. Oxford: Oxford, 2009. vol. 3.

KENNEDY, David. The International Human Rights Movement: Part of the Problem? *European Human Rights Law Review*, vol. 15, p. 101-126, 2002.

KINSELLA, Norman Stephan. *Against Intellectual Property*. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2015.

KITCH, Edmund W. K. Elementary and Persistant Errors in the Economic Analysis of Intellectual Property. *Anderbilt Law Review*, vol. 53, n. 6, p. 1.727-1.741, 2000.

KOSTYLO, Joanna. From gunpowder to Print: the Common origins of Copyright and Patent. In: BENTLY, Lionel; DEAZLEY, Ronan; KRETSCHMER, Martin (Org.).

Privilege and Property: Essays on the History of Copyright. Cambridge: Open Book Publishers, 2010.

KRUEGER PELA, Juliana. Rembrant e o direito privado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 110, p. 319-327, jan.-dez. 2015. Disponível em: <http://bit.ly/pela2015>. Último acesso em: 10 dez. 2018.

KU, Raymond S. R. The Creative Descrution of Copyright: Napster and the New Economics of Digital Technology. *The University of Chicago Law Review*, vol. 69, n. 1, p. 263-324, 2009. Disponível em: <http://bit.ly/ku2009>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

LABOULAYE, Édouard. *Études sur la propriété littéraire en France et en Angleterre*. Paris: Auguste Duran, 1858. Disponível em: <http://bit.ly/laboulaye1858>. Último acesso em: 13 dez. 2018.

LADAS, Stephen P. *The international protection of literary and artistic property*. Nova York: Macmillan, 1938. vol. I.

LADDIE, Hugh; PRESCOTT, Peter; VITORIA, Mary. *The modern law of copryight and designs*. 2. ed. Londres: Butterworths, 1995.

LAHORGUE NUNES, Simone. Brazil. In: THORNE, Clive. *International Design Protection*: A Global Handbook. Londres: Globe Business Publishing, 2012.

_____. *Direito autoral e direito antitruste*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LAKANAL, Joseph. *Exposé sommaire des travaux de Joseph Lakanal, ex-membre de la Convention Nationale et du Conseil des Cinq-Cents*: Pour sauver, durante la révolution, les sciences, les lettres, et ceux qui les honoroient par leurs travaux. Paris: Typographie de Firmin Didot Frères, 1838. Disponível em: <http://bit.ly/lakanal1838>. Último acesso em: 13 dez. 2018.

LANDAU, Michael. Dastar v. Twentieth Century Fox: The Need For Stronger Protection of Attribution Rights in The United States. *NYU Annual Survey of American Law*, vol. 61, p. 273-316, 2005.

LANDES, William. M.; POSNER, Richard. A. An Economic Analysis of Copyright Law. *The Journal of Legal Studies*, vol. 18, n. 2, p. 325-363, jun. 1989. Disponível em: <http://bit.ly/landes-posner>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

_____. Indefinitely Renewable Copyright. *University of Chicago Law Review*, vol. 70, n. 2, p. 471-518, 2003. Disponível em: <http://bit.ly/landes-posner2003>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

LANG, Brent. Disney Outlines Streaming Service, Will Launch in Late 2019. *Variety*. 7 ago. 2018. Disponível em: <http://bit.ly/variety2017d>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

LAVIK, Erlend. Romantic authorship in copyright law and the uses of aesthetics. In: EECHOUD, Mireille van (Org.). *The Work of Authorship*. Amsterdã: The Amsterdam University Press, 2014.

LAVOLLÉ, R. *Les traités de commerce et les conventions littéraires*. Paris: Cercle de la librairie..., 1891. Disponível em: <http://goo.gl/AoJ0LJ>. Último acesso em: 8 jul. 2016.

LE CHAPELIER, Isaac. *Rapport fait par M. Le Chapelier, au nom du Comité de Constitution, sur la pétition des auteurs dramaiques, dans la séance du jeudi 13 janvier 1791, avec de décret rendu dans cette séance*. Paris: L'Imprimerie Nationale, 1791. Disponível em: <http://goo.gl/dARYW7>. Último acesso em: 8 jul. 2016.

LEMLEY, Mark A. Book Review: Romantic Authorship and the Rhetoric of Property. *Texas Law Review*, vol. 75, 1997.

LEMOS, Ronaldo. Creative commons, mídia e as transformações recentes do direito da propriedade intellectual. *Revista Direito GV*, vol. 1, n. 1, p. 181-187, maio 2005. Disponível em: <http://bit.ly/lemos2005a>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

_____. *Direito, tecnologia e cultura*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2005. Disponível em: <http://bit.ly/lemos2005b>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

_____. *From Legal Commons to Social Commons*: Brazil and the Cultural Industry in the 21st Century. Working Paper CBS 80-07, University of Oxford Centre for Brazilian Studies. Disponível em: <http://bit.ly/lemos2009>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

LEONARDI, Fernanda Stinchi Pascale. *Licenças compulsórias e direitos autorais*. 2014. Tese (Doutorado). Orientadora: Professora Titular Silmara Juny de Abreu Chinellato – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

LESSIG, Lawrence. *Cultura livre*: como a mídia usa a tecnologia e a lei para barrar a criaçã cutlural e controlar a criatividade. Trad. Fábio Emilio Costa. 2004. Disponível em: <http://bit.ly/lessig2004>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

_____. *The Future of Ideas*: the fate of the commons in a connected world. Nova York: Random House, 2001. Disponível em: <http://bit.ly/lessig2001>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

LEVINE, David K. et al. Competition and Innovation. *Cato Papers on Public Policy*, vol. 1, p. 2-62, 2011. Disponível em: <http://bit.ly/levineetal>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

LIEBOWITZ, Stan J. *Alternative Copyright Systems*: The Problems with a Compulsory License. 2003. Disponível em: <http://bit.ly/liebowitz2003>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

LIMA LOPES, José Reinaldo. *O Oráculo de Delfos*: O Conselho de Estado no Brasil-império. São Paulo: Saraiva, 2010.

LINGUET, Simon-Nicolas-Henri. *Annales politiques, civiles, et littéraires du XVIIIe siècle*. Londres, 1777. vol. III. Disponível em: <http://bit.ly/linguet1777>. Disponível em: 13 dez. 2018.

LITMAN, Jessica D. The Public Domain. *Emory Law Journal*, vol. 39, n. 4, p. 965-1.023, 1990.

LOCKE, John. Memorandum on the 1662 Licensing Act. In: KING, Lord. *The life of John Locke*: with extracts from his correspondence, journals, and common-place books. Londres: Henry Colburn and Richard Bentley, 1830. vol. 1. Disponível em: <http://bit.ly/locke1964>. Último acesso em: 10 dez. 2018.

LOCRÉ, Baron. *Discussions sur la liberté de la presse, la censure, la propriété littéraire, l'imprimerie et la libraire qui ont eu lieu dans le Conseil d'État, pendant les années 1808, 1809, 1810 et 1811*. Paris: Garnery et Nicolle, 1819. Disponível em: <http://goo.gl/UjGwUq>. Último acesso em: 8 jul. 2016.

LOVE, James. Artists want to be paid: the blur/baff proposal. *Blur 02 | Power at Play in Digital Art and Culture*, 11-13 abr. 2003. Disponível em: <http://bit.ly/love2003>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. Rapport général: le droit moral dans les différents régimes du droit d'auteur. In: BRISON, Fabienne et al. (Org.). *Moral Rights in the 21st Century*. Bruxelas: Larcier, 2015.

MACHLUP, Fritz. *An Economic Review of the Patent System*: Study of the Subcommittee on Patents, Trademarks, and Copyrights of the Committee on the Judiciary United States – Study nº 15. Washington: Government Printing Office, 1958. Disponível em: <http://bit.ly/machlup1958>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

MAMARBACH, R.; DAY, M.; FAVATO, G. Evaluating art as an alternative investment asset. *The capco institute journal of financial transformation*, p. 63-71, 2008.

MANDEVILLE, Bernard. *The Fable of the Bees*: or private vices, public benefits. Comentários: F.B. Kaye. Indianápolis: Liberty Fund, 2008.

MANN, Ronald J. Comment – Patents in the software industry. In: DREYFUSS, Rochelle C.; ZIMMERMAN, Diane L.; FIRST, Harry. *Expanding boundaries of intellectual*

property: innovation policy for the knowledge society. Nova York: Oxford University Press, 2001.

MARTINO, Agnaldo; SAPATERRA, Ana Paula. A censura no Brasil do século XVI ao século XIX. *Estudos Lingüísticos*, vol. 15, p. 234-243, 2006. Disponível em: <http://bit.ly/martino-sapaterra>. Último acesso em: 22 dez. 2018.

MARTINS, Samuel. *Direito autoral*: seu conceito, sua história e sua legislação entre nós. Recife: Officinas da Livraria Franceza, 1906.

MARTINS, Wilson. *A palavra escrita*: história do livro, da imprensa, e da biblioteca. São Paulo: Anhembi, 1957.

MASIYAKURIMA, Patrick. The Trouble with Moral Rights. *Modern Law Review*, vol. 68, n. 3, p. 411-434, 2005.

MAUGRAS, Émile; GUÉGAN, Maurice. *Le Cinématrographe devant le droit*. Paris: V. Giard & E. Brière, 1908.

MAZZUCATO, Mariana. *The entrepreneurial state*: debunking public vs. private sector myths. Londres e Nova York: Anthem Press, 2013.

MÉMOIRE Présenté à l'Assemblée Nationale au Nom des Imprimeurs-Libraires, Propriétaires des Priviléges des diverses Liturgies de France. 1790. Disponível em: <http://biblioteca.versila.com/21771902>. Último acesso em: 8 jul. 2016.

MÉMOIRE sur la contestation qui est entre les libraires de paris et ceux de Lyon au sujet des priviléges et des continuations que le Roy accord pour l'impression des livres. 1690. Disponível em: <http://goo.gl/nZVHt0>. Último acesso em: 8 jul. 2016.

MENEGATTI, André Luís. *Em Busca da Biblioteca Digital de Alexandria*: pensando a partir do caso Google Books e da gestão coletiva de direitos autorais. São Paulo: Lumen Juris, 2017.

MERGES, Robert P. Are you making fun of me?: notes on market failure and the parody defense in copyright. *AIPLA Q.J.*, vol. 21, p. 305-312, 1993.

_____. *Justifying Intellectual Property*. Cambridge e Londres: Harvard University Press, 2011. Disponível em: <http://bit.ly/merges1993>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

MIGUEZ, Paulo. Alguns aspectos do processo de constituição do campo de estudos em economia da cultura. IV ENECULT – Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura 28 a 30 de maio de 2008. Faculdade de Comunicação/UFBa, Salvador-Bahia-Brasil.

MILHAUPT, Curtis J.; PISTOR, Katharina. Law and Capitalism: what corporate crises reveal about legal systems and economic development around the world. *Columbia Law and Economics Working Paper*, n. 313, 2008.

MILTON, John. *Eikonoklastes*: in Answer To a Book Intitl'd Eikon Basilike, The Portrature of his Sacred Majesty in his *Solitudes* and *Sufferings*. Londres: Matthew Simmons, 1649. Disponível em: <http://bit.ly/2eikonoklastes1649>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

MISQUITTA, Anthony. What is Art? Artistic Craftsmanship Revisited. *Art, Antiquity and Law*, vol. XIV, n. 3, p. 282-290, oct. 2009.

MONTALEMBERT, Charles Forbes René de. *Oeuvres de M. le Comte de Montalembert*: l'un des quarante de l'Académie Française. Paris: Jacques Lecoffre et C^{ie}, 1860. vol. 1. Disponível em: <http://bit.ly/montalembert1848>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

MORILLOT, André. De la nature du droit d'auteur. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, XXVII^{e} année, nouvelle série, tome VII, 1878. Disponível em: <http://goo.gl/OPlKYr>. Último acesso em: 8 jul. 2016.

_____. *De la personnalité du droit de publication qui appartient à un auteur vivant*. 1872. Disponível em: <http://goo.gl/xxFKhI>. Último acesso em: 8 jul. 2016.

MORO, Maitê Cecília Fabbri. *Marcas tridimensionais*: sua proteção e os aparentes conflitos com a proteção outorgada por outros institutos da propriedade intelectual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOUCHET, Carlos; RADAELLI, Sigfrido A. *Derechos intelectuales sobre las obras literárias y artísticas*. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1948. t. I.

MOULIN, Raymonde. Le marché et le musée. La constitution des valeurs artistiques contemporaines. *Revue française de sociologi*e, 27-3, Sociologie de l'art et de la literature, p. 369-395, 1986.

MURPHY, Richard. *Theorizing the Avant-Garde*: modernism, expressionism, and the problem of post-modernism. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

MUSKER, David. The Overlap between Patent and Design Protection. In: WILKOF, Neil; BASHEER, Shamnad (Org.). *Overlapping Intellectual Property Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

NADEL, Mark S. *Questioning the economic justification for copyright*. 2003. Disponível em: <http://bit.ly/nadel2003>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

NAPOLITANO, Carlos José. A regulação da propriedade imaterial na Constituinte de 87/88: direito à comunicação, direitos fundamentais e econômicos *Revista de*

Informação Legislativa, Brasília, ano 48, n. 189, jan.-mar. 2011. Disponível em: <http://bit.ly/napolitano2011>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

NAZARENO, Cláudia. *O "atual" direito autoral, as trocas* peer-to-peer *de músicas e vídeos pela internet e os projetos de lei que tratam dos crimes cibernéticos*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009. Disponível em: <http://bit.ly/nazareno2009>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

_____. *O software, a legislação brasileira proposições em andamento na Câmara*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2004. Disponível em: <http://bit.ly/nazareno2004>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

NETANEL, Ney W. Impose a noncommercial use levy to allow free peer-to-peer file sharing. *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 17, n. 1, 2003. Disponível em: <http://bit.ly/netanel2010>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

_____. Why Has Copyright Expanded? Analysis and Critique. In: MACMILLAN, Fiona. (Org.). *New Directions in Copyright Law*. Cheltenham e Northampton: Edward Elgar, 2007. vol. 6.

OSTROM, Elinor. Beyond Markets and States: Polycentric Governance of Complex Economic Systems. *The American Economic Review*, vol. 100, n. 3, p. 641-672, jun. 2010. Disponível em: <http://bit.ly/ostrom2010>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

_____; OSTROM, Vincent. Public goods and public choices. In: SAVAS, E. S. (Org.). *Alternatives for delivering public services*: towards improved performance. Boulder: Westview Press, 1977.

PASTOR, Javier. Disney compra la mayor parte Fox por 52.400 millones de dólares y prepara su imperio televisivo. *Xataka*. 14 dez. 2017. Disponível em: <http://bit.ly/xataka2017>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

PATAILLE, J. Annales de la propriété industrielle artistique et littéraire. *Journal de législation, docrtine et jurisprudence françaises et étrangères*..., tomo XVI, 1870. Paris. Disponível em: <http://goo.gl/02Fw2f>. Último acesso em: 8 jul. 2016.

PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in Historical Perspective.* Nashville: Vanderbilt University Press, 1968.

PAUL, Joanna. *The "Piracy Paradox" Is So Last Year*: Why the Design Piracy Prohibition Act is the New Black. Disponível em: <http://bit.ly/paul2009>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

PEDROSO, Antonio de Sousa. *Tratado de propriedade literária e artística*: direito interno, comparado e internacional. Porto: Renascença Portuguesa, 1918.

PICARD, Edmond. Embryologie juridique: nouvelle classification des droits. *Journal du Droit International Privé*, t. 10, n. XI-XII, p. 565-585, 1881.

PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Trad. Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PINHEIRO, Ivan Nogueira. *A evolução histórica dos direitos de autor:* da invenção da imprensa a sua positivação. 2008. Dissertação (Mestrado). Orientador: Prof. Doutor Ignácio Maria Poveda Velasco – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

PINHO, Diva Benevides. *A arte como investimento*: a dimensão econômica da cultura. São Paulo: Nobel – EDUSP, 1989.

PLUQUET, François-André-Adrien. *Troisième lettre à un ami, concernant les affaires de la librarie*. 1778. Disponível em: <http://goo.gl/wP7ot2>. Último acesso em: 8 jul. 2016.

POLANVYI, Micahel. Patent Reform. *The Review of Economic Studies*, vol. 11, n. 2, p. 61-76, 1994. Disponível em: <http://bit.ly/polanvyi>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

PORTUGAL GOUVÊA, Carlos Pagano Botana. Social Rights Against the Poor. *Vienna Journal on International Constitutional Law*, vol. 7, n. 4, p. 454-475, 2013. Disponível em: <http://bit.ly/pgouvea2013>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

QUEMIN, Alain. International contemporary art fairs in a 'globalized' art market. *European Societies*, vol. 15, n. 2, p. 162-177, 2013. Disponível em: <http://bit.ly/quemin2013>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

RAHMATIAN, Andreas. *Copyright and Creativity*: the making of property rights in creative works. Cheltenham e Northampton: Edward Elgar, 2011.

RAJAN, Mira T. Sundara. The attribution right: authorship and beyond. In: BRISON, Fabienne et al. (Org.). *Moral Rights in the 21st Century.* Bruxelas: Larcier, 2015.

RAMELLO, Giovanni B. Private appropriability and sharing of knowledge: convergence or contradiction? The opposite tragedy of the creative commons. In: GORDON, Wendy J.; TAKEYAMA, Lisa N.; TOWSE, Ruth (Org.). *Developments in the economics of copyright*: research and analysis. Cheltenham: Edward Elgar, 2005.

RAUSTIALA, Kal; SPRINGMAN, Cristopher. The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design. *Virginia Law Review*, vol. 92, n. 8, p. 1.687-1.777, dec. 2006. Disponível em: <http://bit.ly/raustiala>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

REASONS for objecting to the renewal of the Licensing Act. Londres, 1695. Disponível em: <http://goo.gl/P7A1I9>. Último acesso em: 10 jun. 2016.

REDMOND-COOPER, Ruth. *Moral Rights.* Diploma in Art Law. Module 2 – Artists' Rights. Institute of Art and Law. 2016[?].

REICHMAN, Jerome H. Charting the colapse of the patent-copyright dichotomy: premises for a restructured international intellectual property system. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol. 13, p. 475-520, 1995. Disponível em: <http://bit.ly/reichman1995>. Último acesso em: 10 dez. 2018.

_____. Legal hybrids between the patent and copyright paradigms. *Columbia Law Review*, vol. 94, p. 2.432-2.558, 1994. Disponível em: <http://bit.ly/reichman1994>. Último acesso em: 10 dez. 2018.

REIS, Ana Carolina Fonseca. *Marketing cultural e financiamento da cultura*: teoria e prática em estudo internacional comparado. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2003.

REMÉDIO MARQUES, João Paulo. Propriedade intelectual e interesse público. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 79, p. 293-354, 2003.

REPUBLICA dos Estados Unidos do Brasil. *Annaes da Assembleia Nacional Constituinte:* organizados pela redação dos annaes e documentos parlamentares. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936. vol. X. Disponível em: <http://bit.ly/anais1936t10>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

REPÚBLICA dos Estados Unidos do Brasil. *Anais da Assembléia Constituinte: organizados pela redação dos anais e documentos parlamentares*. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1946. vol. I. Disponível em: <http://bit.ly/anais1946>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

RICKETSON, Sam; SUTHERSANEN, Uma. *The Design/Copyright Overlap: Is there a Resolution?* 2012. Disponível em: <http://bit.ly/ricketson-suthersanen>. Último acesso em: 14 dez. 2018.

RIGAMONTI, Cyrill P. Deconstructing Moral Rights. Harvard *International Law Journal*, vol. 47, n. 2, p. 353-412, 2006.

RISS, Thomas. Functional and Economic Criteria as a Base for Systematization of IP Law. In: IPR UNIVERSITY CENTER. *In Search of New IP Regimes*. Helsinki: Oy Nord Print Ab, 2010.

RIVAROZA, Enrique E. *Propriedade literaria en la legislación y en la doctrina*. Buenos Aires: Tipografia de los Estudiantes, 1887.

ROSATTI, Eleonora. The idea/expression dichotomy: friend or foe? In: WATT, Richard (Org.). *Handbook on the Economics of Copyright*: A Guide for Students and Teachers. Cheltenham e Northampton: Edward Elgar, 2014.

ROSE, Mark. The Author as Proprietor: Donaldson v. Becket and the Genealogy of Modern Authorship. *Representations*, n. 23, p. 51-85, 1988. Disponível em: <http://bit.ly/rose1988>. Último acesso em: 10 dez. 2018.

_____. The Author in Court: Pope v. Curll (1741). In: JASZI, Peter; WOODMANSEE, Martha (Org.). *The Construction of Authorship*: Textual Appropriation in Law and Literature. Dumhan e Londres: Duke University Press, 1994.

ROSENMEIER, Morten. Introduction: droit moral in the past and in the future. Some short reflections. In: BRISON, Fabienne et al. (Org.). *Moral Rights in the 21st Century.* Bruxelas: Larcier, 2015.

RUIJSENAARS, H. Protecting the integrity of broadcast signals. In: BRISON, Fabienne et al. (Org.). *Moral Rights in the 21st Century.* Bruxelas: Larcier, 2015.

SÁDABA, Igor. *Propriedad intelectual*: ¿bienes públicos o mercancías privadas? Madrid: Catarata, 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Novo estruturalismo jurídico: uma alternativa para o direito? *Revista dos Tribunais*, vol. 926 (edição comemorativa de 100 anos), ano 101, dez. 2012.

_____. *Teoria crítico-estruturalista do direito comercial*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____; FERRÃO, Brisa Lopes de Mello; RIBEIRO, Ivan César. *Concentração, estruturas e desigualdade:* as origens coloniais da pobreza e da má distribuição de renda. São Paulo: Idcid, 2006.

SAMUELSON, Pamela. Should economics play a role in copyright law and policy? In: GORDON, Wendy J.; TAKEYAMA, Lisa N.; TOWSE, Ruth. *Developments in the economics of copyright*: research and analysis. Cheltenham: Edward Elgar, 2005.

_____ et al. Manifesto concerning the legal protection of computer programs. *Columbia Law Review*, vol. 94, p. 2.308-2.431, 1994. Disponível em: <http://bit.ly/samuelson1994>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

SANTAELLA, Lúcia. *Matrizes da linguagem e pensamento*. São Paulo: Iluminuras, 2009.

SANTANA, Daniela Cristina Alves. *As criações de moda e o direito de autor*. 2007. Dissertação (Mestrado). Orientadora: Professora Doutora Silmara Juny de Abreu Chinellato de Almeida – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

SAUNDERS, David. *Authorship and Copyright*. Londres e Nova York: Routledge, 1992.

_____. Dropping the Subject: An Argument for a Positive History of Authorship and the Law of Copyright. In: SHERMAN, Brad; STROWEL, Alain. (Org.). *Of Authors and Origins:* Essays on copyright law. Oxford: Clarendon Press: 1994.

SCHAUMANN, Niels B. Copyright Infringement and Peer-to-Peer Technology. *William Mitchell Law Review*, vol. 28, n. 3, art. 13, 2002. Disponível em: <http://bit.ly/schaumman2002>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

SCHULTE-SASSE, Jochen. Prefácio. In: BÜRGER, Peter. *Theory of the avant-garde*. Trad. Suhrkamp Verlag. Manchester: Manchester University Press, 1984.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, Socialism and Democracy*. Londres: Routledge, 1994.

SCOTCHMER, Suzanne. Standing on the Shoulders of Giants: Cumulative Research and the Patent Law. *Journal of Economic Perspectiver*, vol. 5, n. 1, p. 29-41, 1991. Disponível em: <http://bit.ly/scotchmer1991>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

SGANGA, Caterina. *Propertizing European Copyright*: History, Challenges and Opportunities. Cheltenham e Northampton: Edward Elgar, 2018.

SHAVELL, Steven; VAN YPERSELE, Tanguy. Rewards versus intellectual property rights. *The Journal of Law and Economics*, vol. 44, p. 525-547, 2001. Disponível em: <http://bit.ly/shavell2001>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

SHAVER, Lea. *Access to knowledge in Brazil*: new research on intellectual property, innovation and development. New Haven: Information Society Project, 2008.

SICCA, Gerson dos Santos. A Proteção da propriedade intelectual dos programas de computador. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, vol. 36, n. 142, p. 9-16, abr.-jun. 1999. Disponível em: <http://bit.ly/sicca99>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. Séance du 20 janvier. In: BUCHEZ, B. J.; ROUX, P. (Org.). *Histoire parlementaire de la Révolution Française*. 1834. vol. 4. Disponível em: <http://bit.ly/sieyes1790>. Último acesso em: 10 dez. 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVEIRA, Newton. *Direito de autor no design.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Propriedade intelectual*: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial. 4. ed. São Paulo: Manole, 2011.

SIRINELLI, Pierre. Rapport général. In: BRISON, Fabienne et al. (Org.). *Moral Rights in the 21st Century.* Bruxelas: Larcier, 2015.

SMIERS, Joost. Is copyright fit for the 21st century? No! In: GROSHEIDE, Willem (Org.). *Intellectual Property and Human Rights:* A Paradox. Cheltenham e Northahmpton: Edward Elgar, 2015.

SMITH, Adam. *The Theory of Moral Sentiments*. Nova York: Prometheus Books, Amherst, 2000.

STOKES, Simon. Copyright in Commissioned Paintings. *Art, Antiquity and Law*, vol. 5, n. 1, p. 77-79, mar. 2000.

STRÖMHOLM, Stig. *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave avec un aperçu de l'évolution international*: étude de droit comparé. Stockholm: P.A. Norstedt & Söners Förlag, 1966.

SUTHERSANEN, Uma. Copyright Law: a Stakeholders' Palimpsest. In: MACMILLAN, Fiona (Org.). *New Directions in Copyright Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2007. vol. 5.

_____. Creative Commons: the other way? *Learned Publishing*, vol. 20, n. 1, p. 59-68, jan. 2007.

TEILMANN, Stina. Justifiations for Copyright: The Evolution of le droit moral. In: MACMILLAN, Fiona (Org.). *New Directions in Copyright Law*. Cheltenham e Northampton: Edward Elgar, 2005. vol. 1.

TEPPER, Steven Jay. Creative Assets and the Changing Economy. *Journal of Arts Management, Law and Society*, vol. 2, n. 2, p. 159-168, 2002. Disponível em: <http://bit.ly/tepper2002>. Último acesso em: 8 jul. 2016.

THOMAS, Jean. *Convention littéraire & artistique internationale signée à Berne le 9 septembre 1886*. [Paris?]: Bone, 1894. Disponível em: <http://goo.gl/hIJDhx>. Último acesso em: 8 jul. 2016.

THORTON, Sarah. *Siete días en el mundo del arte*. Trad. Laura Witner. 2. reimpr. Buenos Aires: Edhasa, 2010.

TORREMANS, Paul L. C. Introduction. In: BRISON, Fabienne et al. (Org.). *Moral Rights in the 21st Century.* Bruxelas: Larcier, 2015.

_____. Moral Rights in the Digital Age. In: STAMATOUDI, Irini A.; TORREMANS, Paul L. C. (Org.). *Copyright in the New Digital Environment*: The Need to Redesign Copyright. Londres: Sweet & Maxwell, 2000.

TOWSE, Ruth. Cultural Economics, Copyright and Cultural Industries. *Society and Economy in Central and Eastern Europe*, vol. 22, n. 4, p. 107-134, 2000. Disponível em: <http://bit.ly/towsen2000>. Último acesso em: 14 fev. 2016.

TRIGO, Luciano. *A grande feira*: uma reação ao vale-tudo na arte contemporânea. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

UNCTAD. *Summary – Creative Economy Report 2008*: The challenge of assessing the creative economy: towards informed policy-making, 2008. Disponível em: <http://bit.ly/unctad2008a>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

UNGER, Roberto Mangabeira. *What should legal analysis become?* New York: Verso, 1996.

VALENTE, Mariana Giorgetti. *Reconstrução do Debate Legislativo sobre Direito Autoral no Brasil*. 2018. Tese (Doutorado). Orientador: Professor José Eduardo Campos de Oliveira Faria – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

VAREJÃO, Adriana. Povo de cores infinitas. São Paulo[?]: 2014. *ARTE!Brasileiros*, 24 mar. 2014. Disponível em: <http://brasileiros.com.br/uY6sQ>. Último acesso em: 15 fev. 2016.

VEBLEN, Thorstein. *The Theory of the Leisure Class*. Nova York: Oxford University Press, 2007.

VEIGA, Roberto de Magalhães. Mercado de arte: novas e velhas questões. In: BOLAÑO, César et al. (Org.). *Economia da arte e da cultura*. São Paulo: Itaú Cultural, 2010.

VELHO, Diogo. *Direito de autor*: projecto apresentado ao Senado. Rio de Janeiro: Villeneuve, 1886.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014. vol. 1.

VIRGIL, Johnny. A biblioteca de Babel: uma metáfora para a sociedade da informação. *DataGramaZero*, vol. 8, n. 4, ago. 2007. Disponível em: <http://bit.ly/virgil2007>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

WARBURTON, William. Letter from an author concerning literary property. In: HURD, R. (Org.). *The Works of the Right Reverend William Warburton*. Londres: Cadell & Davies, 1811. vol. 12. Disponível em: <http://bit.ly/warburton1747>. Último acesso em: 10 dez. 2018.

WARHOL, Andy. *The Philosophy of Andy Warhol:* from A to B and back again. Londres: Penguin, 2007.

WERRA, Jacques de. Moral rights, a view from continental Europe. In: BRISON, Fabienne et al. (Org.). *Moral Rights in the 21st Century.* Bruxelas: Larcier, 2015.

WESTKAMP, Guido. Convergence of IPRs and the establishment of hibrid protections under TRIPs. In: MACMILLAN, Fiona. (Org.). *New Directions in Copyright Law*. Cheltenham e Northampton: Edward Elgar, 2005. vol. 1.

_____. TRIPS Principles, Reciprocity and the Creation of *Sui-Generis*-Type Intellectual Property Rights for New Forms of Technology. *The Journal of World Intellectual Property*, vol. 6, n. 6, p. 827-859, 2003. Disponível em: <http://bit.ly/westkamp2003>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

WILBANKS, John; BOYLE, James. *Introduction to Science Commons*. 3 ago. 2006. Disponível em: <http://bit.ly/wilbanks2006>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

WOODMANSEE, Martha. The Genius and the Copyright: economic and legal conditions of the emergence of the 'author'. *Eighteenth-Century Studies*, vol. 17, n. 4, Special Issue: The Printed Word in the Eighteenth Century, p. 425-448, 1984. Disponível em: <http://bit.ly/wood1984>. Último acesso em: 10 dez. 2018.

WRIGHT, Brian D. The Economics of Invention Incentives: Patents, Prizes, and Research Contracts. *The American Economic Review*, vol. 73, n. 4, p. 691-707, sep. 1983. Disponível em: <http://bit.ly/wright1983>. Último acesso em: 15 dez. 2018.

XIFARAS, Mikhaïl. Le copyleft et la théorie de la propriété. *Multitudes*, vol. 41, p. 50-64, 2010. Disponível em: <http://bit.ly/xifaras2010>. Último aceso em: 15 dez. 2018.

YOUNG, Edward. *Conjectures on Original Composition.* Manchester: Longmans, Green & Co, 1918. Disponível em: <http://bit.ly/young18>. Último aceso em: 16 dez. 2018.

ZILBERMAN, Regina. A literatura no marco da economia da cultura. In: BOLAÑO, César et al. (Org.). *Economia da arte e da cultura*. São Paulo: Itaú Cultural, 2010.