

## 3

### Direito Autoral

#### 3.1

##### Um pouco de história

Observar um pouco da história do direito autoral é importante para ilustrar a íntima relação que este instituto jurídico guarda com a liberdade de expressão. Além disso, a breve análise realizada aqui também possui o objetivo de apresentar alguns elementos essenciais para compreendermos as diferentes teorias de fundamentação do direito de autor.

Há duas tradições paralelas de proteção às criações intelectuais amparadas pelo direito autoral<sup>112</sup>. Uma de origem inglesa, considerada o berço da primeira legislação a cuidar do tema, denominada *copyright*. A outra, desenvolvida no âmbito do direito continental europeu, notadamente no direito francês (*droit d'auteur*).<sup>113</sup> Em ambos os casos, a legislação de direito de autor apresenta-se como uma evolução de um regime de privilégios. Segundo Mark Rose, estes privilégios “eram direitos exclusivos concedidos pelo Estado para indivíduos por períodos limitados de tempo em recompensa a serviços ou para encorajá-los em atividades consideradas úteis”.<sup>114</sup> Rose aponta que o fenômeno teve início em Veneza, mas se repetiu em outros Estados europeus, incluindo-se a Inglaterra, onde os primeiros privilégios datariam de 1518.<sup>115</sup>

Tanto na França como na Inglaterra, o fenômeno da concessão de privilégios e monopólios guardou uma relação simbiótica com os interesses governamentais de censura. Dessa forma, evidencia-se que, desde seus estágios

---

<sup>112</sup> Não faz parte da presente análise, portanto, outros institutos relativos à proteção da propriedade intelectual, como as marcas e patentes.

<sup>113</sup> A maior parte dos autores dedicados ao estudo do direito autoral realiza a mesma divisão entre as tradições de *copyright* e direito de autor. Não se pode negar, entretanto, o contributo na formulação da noção de propriedade intelectual e direito autoral em outros países europeus, notadamente na Alemanha. Um estudo sobre a gestação da noção de propriedade intelectual e direito autoral fora desse contexto mais aprofundado fugiria ao escopo desse trabalho.

<sup>114</sup> ROSE, Mark. *Authors and Owners: The Invention of Copyright*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1993. Cit. 10.

<sup>115</sup> ROSE, Mark. *Ib.* 11.

mais embrionários, os sistemas de proteção autoral já possuíam uma intersecção importante com o também nascente direito à livre expressão.

A análise histórica também realça outro aspecto curioso e central para o presente trabalho: a importância do fator tecnológico na elaboração, construção e ressignificação tanto dos direitos autorais quanto da garantia à livre expressão.<sup>116</sup>

Ter esta característica histórica em vista ajudará a compreender que os dois institutos jurídicos estão amplamente relacionados como duas regras que afetam a circulação de informação, apesar dessa relação não ser adequadamente explorada acadêmica e jurisprudencialmente.<sup>117</sup>

### 3.1.1

#### Perspectiva Geral

As noções de propriedade intelectual e de direito autoral são hoje encaradas com naturalidade. Entretanto, a análise histórica desses institutos demonstra que a gestação de direitos sobre bens imateriais não se deu com facilidade. Com efeito, pode-se dizer que esta noção foi forjada a partir da transição do Estado Feudal para o Estado Moderno. Como explica Carla Hesse, desde a Grécia Antiga até a transição do Antigo Regime para um regime secularizado, havia uma percepção geral, tanto nos Estados europeus como no Oriente, de que a criação era uma inspiração ou iluminação divina, não obra da

---

<sup>116</sup> Drahos e Braithwaite apontam a relação das políticas de censura com a invenção da imprensa com tipos móveis, afirmando que: “*Copyright, like so much of European history, is bound up with Martin Luther’s words and Johannes Gutenberg’s invention of a printing press with movable type in 1450. The Church at first supported the use of printing presses. It was a means by which to spread Church doctrine. It changed its mind about this in few years. Printing presses began to print heretical thoughts of humanist scholars, thoughts that questioned papal infallibility and the Church’s authority, The Church began to put printers under ecclesiastical supervision...*”. Cfr. DRAHOS, Peter; BRAITHWAITE, John. *Information Feudalism: Who Owns the Knowledge Economy?* New York: The New Press, 2003. Cit. Pp. 29.

<sup>117</sup> Como visto no capítulo anterior, a liberdade de expressão sempre foi afetada de maneira significativa pelo desenvolvimento tecnológico, apesar desta relação nem sempre estar clara e requerer algum esforço teórico para ser demonstrada. A relação entre direito autoral e tecnologia, por outro lado, parece ser bem mais evidente. O atual debate em torno do compartilhamento de arquivos na internet, precedido por debates idênticos acerca de diversas outras tecnologias, como o vídeo-cassete, é exemplo claro desta permanente tensão. Em sua obra, Rose frisa a importância da tecnologia para o surgimento do *copyright*. (ROSE, Mark. *Authors and Owners...* Cit. 9) Mesmo ressaltando que algum tipo de propriedade sobre manuscritos existia já na Idade Média, o autor aponta que a emergência do direito de autor está relacionada à tecnologia de impressão. O aspecto curioso a ser ressaltado, nesse sentido, diz respeito justamente ao fato destes dois direitos (no Brasil, duas garantias constitucionais) emergirem quase que simultaneamente, a partir do desenvolvimento, disseminação e aperfeiçoamento da prensa de Gutemberg.

razão humana. Neste contexto, em que se afirma a veiculação de novas ideias e descobertas como revelações transcendentais, a noção de conhecimento estaria muito atrelada à concepção de uma verdade divina. A ideia de conhecimento como algo produzido pela razão humana e a concepção de autoria, com efeito, seriam impossíveis antes da afirmação da noção de indivíduo no curso do Século XVIII, em especial a partir da revolução industrial e da propagação dos ideais iluministas.

A invenção, evolução e popularização da imprensa com tipos móveis por Gutenberg possuíram um papel relevante nesse desenvolvimento. Para além dos impactos na propagação de diversos tipos de discurso, abalando a noção de verdade divina e lançando luz sobre questões como a tolerância e liberdade religiosa, um dos efeitos da nova tecnologia na sociedade da época foi o de incentivar a criação de um mercado do livro. O potencial subversivo do novo veículo de expressão logo foi identificado pelos governos, que se apressaram em adotar medidas de controle do novo meio de comunicação, dentre as quais a censura prévia, o controle estrito da nova tecnologia, bem como a repressão de impressores não autorizados. O interesse em proibir a divulgação de opiniões subversivas manifestou-se de maneira similar em muitos países, gerando monopólios privados de impressão que facilitavam o monitoramento dos conteúdos publicados. Este foi o caso da *Stationers Company*, na Inglaterra, e das várias Associações de Livreiros, na França.

O desenvolvimento do mercado do livro, entretanto, fez surgir questionamentos aos privilégios de impressão dessas companhias. O alto preço dos livros, o surgimento de um mercado irregular (pirataria) mais barato e competitivo, bem como a repressão dos livreiros que atuavam fora da lei (leia-se, sem ter recebido os privilégios reais) passaram a gerar uma crescente insatisfação dos excluídos do mercado em relação aos monopólios concedidos pelo Estado.

É nesse contexto que começa a se desenvolver uma noção de autoria, apropriada em parte por autores que buscavam a emancipação dos sistemas de mecenato, em parte por livreiros como um argumento para defender a perpetuidade de seus monopólios sobre a publicação das obras que até então eram objeto de privilégios.

A gestação do conceito de autoria e direito autoral ou propriedade literária, desse modo, foi bastante problemática do ponto de vista filosófico, com

consequências práticas importantes até os dias de hoje. Visões utilitaristas contrapuseram-se aos defensores de um direito natural à propriedade autoral, fazendo surgir sistemas distintos a partir dessas matrizes.

## 3.2

### Direito autoral em gestação

Como mencionado anteriormente, a noção de direito autoral desenvolveu-se a partir de duas tradições diferentes. A primeira, gestada na Inglaterra e depois exportada para os EUA, chamada de *copyright*. A segunda, formulada no direito continental europeu, notadamente na França, onde foi batizada de *droit d'auteur*.

#### 3.2.1

##### Inglaterra – O *copyright* em perspectiva

Costuma-se afirmar que o *copyright* apareceu na Inglaterra somente com a promulgação do *Statute of Anne* (referindo-se à Rainha Anne) de 1709. Entretanto, sua gestação já podia ser observada bem antes dessa data. Drahos e Braithwaite, por exemplo, apontam que uma espécie de *copyright* teve início já em 1557, com o surgimento da companhia dos *Stationers*. Explicam os autores:

A vida do *copyright* tem início na Inglaterra na forma de privilégios de impressão concedidos pela Rainha Mary em 1557 a uma associação de profissionais (*craft guild*) conhecida como os *Stationers*. Como todas as associações profissionais, os *Stationers* possuíam um sério interesse no monopólio dos lucros e um grande temor da competição. Em particular esta associação baseada em Londres não desejava competição de outros impressores regionais ou além das fronteiras na Escócia. A Rainha Mary, como todos os monarcas, temia ideias que questionassem sua legitimidade. Dificilmente poderia haver um questionamento maior de um monarca que aprofundou as relações com Roma do que aqueles colocados pelas ideias da Reforma Protestante. Durante o reinado de Mary, protestantes foram presos ou condenados à morte. Mary também firmou um acordo com os *Stationers*: em troca de uma carta garantindo-lhes monopólio sobre a imprensa, os *Stationers* assegurariam que nenhum ‘livro sedicioso ou herético, rimas ou tratados’ veria a luz do dia. Após a carta de privilégio, uma pessoa que quisesse publicar um livro teria que se tornar um membro da *Stationers Company*.<sup>118</sup>

<sup>118</sup> No original: “*Copyright begins life in England in the form of printing privileges granted by Queen Mary in 1557 to a craft guild known as the Stationers. Like all craft guilds, the Stationers had a serious interest in monopoly profits and a commensurate fear of competition. In particular this London-based guild did not want competition from regional printers or from across the*

Como visto, o predecessor do *copyright* tal como hoje conhecido nasceu na forma de um privilégio concedido pelo monarca para os chamados *Stationers*, entidade que corroborou com a política de censura da Rainha Mary para manter o controle monopolístico do mercado de impressão. É o que explica, em outras palavras, Patterson:

Durante quase todo o período de 1557 a 1709, um tempo de contínuas disputas religiosas, a censura era uma política central do governo Inglês. Essa política tornou conveniente para o governo dar aos *stationers* amplos poderes, o que ocorreu de maneira crescente, de maneira a fazer com que estes servissem como a polícia da imprensa. Os *stationers* estavam ávidos por receber esses poderes – de fato, procuraram tais poderes ativamente – pois isso significaria um controle mais efetivo do mercado do livro e, conseqüentemente, um apoio mais forte ao seu *copyright*.<sup>119</sup>

Patterson alerta, entretanto, que o *copyright* não surgiu especificamente como uma forma de censura, nem a ausência de censura teria impedido sua criação.<sup>120</sup> Foi, na verdade, o uso instrumental dos participantes do comércio do livro como uma espécie de polícia da imprensa que induziu a formação de um monopólio nacional da imprensa, conferindo-lhes a liberdade de criar direitos envolvendo a propriedade de cópias. Foi o desenvolvimento destes direitos que de forma ao que que viria a ser conhecido como *copyright* atualmente.<sup>121</sup>

Foi no âmbito da *Stationers Company*, portanto, que se iniciou o desenvolvimento de um regime de propriedade sobre o direito de publicar, o qual ficou conhecido como *Stationer's copyright*. Seu único objetivo era o de organizar o comércio do livro dentro da associação e preservar o monopólio no mercado. O

---

*border in Scotland. Queen Mary, like all monarchs, feared ideas that questioned her legitimacy. There could hardly be a greater questioning of a monarch who was bent on deepening the country's links with Rome than those posed by the ideas of the Protestant Reformation. During Mary's reign Protestants went to the stake or prison. Mary also struck a deal with the Stationers: in exchange for a charter granting them a monopoly over printing, the Stationers would ensure that no "seditious and heretical books, rhymes and treatises" would see the light of day. After the charter, a person wishing to print books had to be a member of the Stationers Company". Cfr. DRAHOS, Peter; BRAITHWAITE, John. *Information Feudalism...* Cit. 30.*

<sup>119</sup> No original: *During almost the whole of the period from 1557 to 1709, a time of continuous religious struggle, censorship was a major policy of the English government. This policy made it convenient for the government to give the stationers large powers, which it did in increasing measure, in order to have them serve as policemen of the press. The stationers were eager to receive these powers – indeed, actively sought them – for they meant a more effective control of the book trade and thus stronger support for their copyrights.* PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in Historical Perspective*. Nashville: Vanderbilt University Press, 2004. Cit. 6.

<sup>120</sup> PATTERSON, Lyman Ray. *Ib.* 21

<sup>121</sup> *Idem.*

monopólio concedido à Stationers, entretanto, nunca deixou de ser problemático, gerando distorções no mercado e insatisfação daqueles que não encontravam meios de ingressar no comércio do livro.<sup>122</sup>

Em 1709, com o intuito de ordenar o comércio do livro em função de falhas nas regulações anteriores (em especial o *Licensing Act* de 1662) e com o objetivo de colocar fim a um monopólio neste mercado, o parlamento inglês aprovou o *Statute of Anne*. Como Patterson explica, apesar de ser considerada por muitos como a primeira lei de *copyright*, outras regulações a precederam:

Outras regulações de *copyright* Inglesas, os *Star Chamber Decrees* de 1586 e 1637, as Ordenações de 1643 e 1647, e o *Licensing Act* de 1662, foram fundamentalmente leis de censura, o que pode explicar por que a sua relevância como o que se chama de primeira lei de *copyright* tem sido ignorada. Mesmo assim, o *Statute of Anne* descende diretamente dessas regulações anteriores, e assim como tais leis funcionaram essencialmente para promover a censura, o *Statute of Anne* foi planejado para funcionar principalmente na regulação do comércio do livro.<sup>123</sup>

O autor expõe, portanto, que a natureza daquela que é considerada a primeira lei de *copyright* não era exatamente a de proteger os direitos de autores, mas sim a de regular o comércio do livro. Ou seja, o problema a ser resolvido pelo *Statute of Anne* era não o de criar um novo *copyright*, mas o de limitar o *copyright* existente de maneira a destruir o monopólio consolidado naquele mercado.

A passagem do *copyright* como um direito dos editores para uma percepção do *copyright* como direito natural do autor consolidar-se-ia somente após o *Statute of Anne*, pela via jurisprudencial, em batalhas judiciais provocadas pelos *Stationers*. Mark Rose aponta que a noção de um direito de autor, entretanto, não foi uma invenção dos *Stationers*, que estavam muito mais preocupados com uma regulação do mercado do livro (e com seu monopólio) do que com um direito de propriedade sobre a obra. A gestação da noção de um direito de autor estava em curso já desde o Séc. XVII. Um dos momentos de inflexão para o desenvolvimento dessa noção se deu em 1641, quando foi abolida

<sup>122</sup> DRAHOS, Peter; BRAITHWAITE, John. *Information Feudalism...* Cit. 30 ss.

<sup>123</sup> No original: “Earlier English copyright acts, the *Star Chamber Decrees* of 1586 and 1637, the *Ordinances* of 1643 and 1647, and the *Licensing Act* of 1662, were fundamentally censorship laws, which may explain why their relevance to the so-called first copyright act was ignored. Even so, the *Statute of Anne* descends directly from this earlier legislation, and just as these earlier laws functioned essentially in censorship, so the *Statute of Anne* was intended to function principally in regulating the book trade.” PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in Historical Perspective...* Cit. 143

a *Court of Star Chamber*, instrumento de autoridade por trás tanto do licenciamento quanto do monopólio da associação dos *Stationers*, desregulando o mercado do livro. Nessa ocasião, os livreiros voltaram-se imediatamente ao governo solicitando fosse reestabelecida a regulação. Em seu argumento, além de apontarem a importância de um mercado de impressão ordenado (em referência à necessidade de que houvesse a prevenção de erros, abusos e heresias, ou seja, apontando a importância de que fosse resintituída a censura), os *Stationers* apresentaram o argumento de que, se não pudessem manter as suas propriedades, não teriam os incentivos para realizar a atividade que prestavam a serviço do Estado. Como destaca Rose, nesse momento é possível notar um emergente discurso acerca de um direito de propriedade.<sup>124</sup>

A desregulamentação do mercado do livro provocou apreensão de setores do Estado Inglês. O Parlamento, preocupado com a possibilidade de responsabilizar os emissores de discursos subversivos, ofensivos e heréticos, deu mais um passo em direção à afirmação da autoria em 1642, proibindo o anonimato das publicações e afirmando que, em qualquer publicação onde os autores não fossem identificáveis, o conteúdo publicado seria de responsabilidade do editor.<sup>125</sup>

Foi apenas após uma série de desenvolvimentos jurisprudenciais<sup>126</sup>, entretanto, que um caso levado à corte na Inglaterra termina por formular, pela primeira vez, um conceito de autor como proprietário de sua obra. Trata-se do caso *The Stationers v. The Patentees* (1666), conhecido também como caso Atkins, no qual Richard Atkins, detentor de um privilégio de patente de impressão da obra *Abridgement* (concedido pela Coroa ao seu sogro), conseguiu na corte a proibição de que os livreiros da *Stationers Company* imprimissem a obra. O interessante neste caso é que a argumentação dos livreiros foi no sentido de que a *Stationers Company* havia recebido o direito do próprio autor da obra, que gozaria da absoluta propriedade sobre a sua cópia e o direito de transferi-la a qualquer pessoa.

Apesar da derrota na Corte e da reafirmação do privilégio patentário concedido pela Coroa, vários outros casos surgiram em que um editor buscou

---

<sup>124</sup> ROSE, Mark. *Authors and Owners...* Cit. 15

<sup>125</sup> Mais uma vez, é interessante notar a intersecção entre direito de autor e uma importante questão de liberdade de expressão: o direito/vedação ao anonimato. Como se verá no item seguinte, a afirmação da autoria ocorreu de maneira semelhante na França.

<sup>126</sup> Ver ROSE, Mark. *Authors and Owners...* Cit. 22 ss.

afirmar o direito de imprimir a partir da propriedade do autor – alegando que esta existiria em caráter perpétuo, assim como o direito de propriedade sobre bens tangíveis – e que lhe seria transferível. Como explica Rose, entretanto:

A figura do autor proprietário depende de uma concepção do indivíduo como essencialmente independente e criativo, uma noção incompatível com o Estado absolutista. Como celebrado por Jonson, foi em direta oposição à corte absolutista que uma nova forma de sujeito político, o homem privado e autônomo, veio a existir; e é na obra *Aeropagítica* (1644) de Milton, publicada como uma veemente resposta contra a reinstauração do regime de licenciamento pelo Parlamento, que é definida a figura do autor autônomo, o homem cuja autoridade é baseada não no ofício público ou na sua sanção, mas na sua experiência pessoal, estudo e deliberação.<sup>127</sup>

Como explica Rose, é em *Aeropagítica* que surge o autor como fonte de autoridade e valor, apontando que Milton indica um bom livro como “*the precious lifeblood of a masters spirit*”<sup>128</sup>. Para Rose, com seu argumento, Milton está tratando da dignidade autoral, ao invés da propriedade autoral, o que seria depois desenvolvido por John Locke.

Ao analisar a obra *Aeropagítica* sob a ótica do direito autoral (intrinsecamente ligado à ideia de privilégios e monopólios), percebemos que Milton ainda encontra espaço para antecipar a teoria do mercado de ideias, apontando (como visto no capítulo 1) para o valor supremo da verdade. Rose, tomando emprestadas as palavras de Mill, aponta nesse sentido que:

‘A verdade e o entendimento não são mercadorias que podem ser monopolizadas e trocadas por tiquetes e estatutos e padrões. Nós não podemos pensar em fazer de todo o conhecimento de nossa terra uma *commodity*, marcá-la e licenciá-la como nossas roupas e tecidos’; ou quando ele aponta, ‘Mais do que se algum inimigo no mar pudesse parar todos os nossos portos, [o licenciamento] desestimula e retarda a importação da nossa mercadoria mais valiosa, a verdade’.<sup>129</sup>

<sup>127</sup> No original: “*The figure of the proprietary author depends on a conception of the individual as essentially independent and creative, a notion incompatible with the ideology of the absolutist state. It was in direct opposition to the absolutist court as celebrated by Jonson that a new form of political subject, the autonomous private man, came into being; and it is in Milton's Areopagítica (1644), published in angry response to the reinstatement of licensing by Parliament, that the figure of the autonomous author, the man whose authority is based not on public office or sanction but on personal experience, study, and deliberation, is defined.*” ROSE, Mark. *Ib.* 28. Observa-se aqui, mais uma vez, uma interessante intersecção histórica entre liberdade de expressão e direito autoral, considerando que a obra *Aeropagítica*, de John Milton, é considerada como referência na história da gestação dos dois institutos jurídicos.

<sup>128</sup> Apud in: ROSE, Mark. *Ib.* 29

<sup>129</sup> No original: “*Truth and understanding are not such wares as to be monopolized and traded in by tickets and statutes and standards. We must not think to make a staple commodity of all the*

O argumento de Milton viria a ser desenvolvido posteriormente por John Locke no momento de renovação do *Licensing Act* de 1662. Em 1693, o Ato foi renovado por um curto período de tempo, já sob forte oposição no Parlamento Inglês.<sup>130</sup> Nesse contexto, Locke se apresentou como um grande opositor dos monopólios e, de maneira mais branda, da censura.

Em maio de 1695, a renovação do *Licensing Act*, prevista para ocorrer naquela data, não se realizou. Como Rose explica, o Parlamento Inglês estava nessa ocasião menos preocupado em promover a liberdade de expressão contra a censura do que em acabar com o monopólio do comércio do livro. Tratava-se, ainda, de atenuar o poder do sistema de privilégios e concessões, abrindo espaço para um novo sistema de livre comércio.<sup>131</sup>

Foi neste contexto que os *Stationers* começaram a buscar, sem sucesso, a restauração do regime de licenciamento anterior, advogando a necessidade de um controle da imprensa. Com efeito, havia grande oposição à restauração do monopólio por parte dos *Stationers*. Daniel Defoe, outra importante figura da época, insurgiu-se sistematicamente contra a restauração de um regime de licenciamento que sujeitasse a imprensa a quem detivesse o poder de escolher o licenciador. Nessa linha, Defoe passou a defender que a responsabilização dos autores por suas opiniões se desse *a posteriori*, bem como que o autor tivesse o seu nome apostado junto à obra, considerando que seria justo que aquele que pode ser punido pelos seus desvios de conduta pudesse também aproveitar os benefícios de sua criação.<sup>132</sup>

Supõe-se que os *Stationers* adotaram uma nova estratégia de argumentação na busca da restituição do seu monopólio a partir dos argumentos de Defoe (e dos fracassos em reinstaurar a censura). Assim, os livreiros passaram a argumentar pela regulação do comércio do livro com o objetivo de proteger a propriedade do autor. Esta argumentação levou à aprovação do *Statute of Anne*, em 1709. O estatuto, entretanto, trazia limitações àqueles privilégios concedidos antes da sua aprovação

---

*knowledge in the land, to mark and license it like our broadcloth and our woolpacks'; or when he remarks, 'More than if some enemy at sea should stop up all our havens and ports and creeks, [licensing] hinders and retards the importation of our richest merchandise, truth'"* Apud in: ROSE, Mark. Ib. 29

<sup>130</sup> ROSE, Mark. Ib.. 32

<sup>131</sup> ROSE, Mark. Ib. 33 ss.

<sup>132</sup> ROSE, Mark. Ib. 35

– o chamado *Stationers' copyright* – protegendo-os por apenas 21 anos após a sua promulgação. Ao fim desse prazo, os membros da *Stationers Company* não se deram por vencidos. Buscaram sem sucesso a manutenção do monopólio pela via legislativa, apelando então para uma série de batalhas judiciais que ficaram conhecidas como “*Battles of Booksellers*”.

A estratégia dos *Stationers* era a de afirmar a existência do direito de autor (até então embrionário) como um direito natural e perpétuo, reconhecido pela *Common Law* independentemente do seu reconhecimento pela via estatutária. Fosse esta estratégia vitoriosa, estaria aberto o caminho para a manutenção do monopólio sobre as obras que já eram objeto do *Stationers' copyright*.

O direito natural do autor foi efetivamente reconhecido em 1769 no processo *Millar v. Taylor*, mas no processo *Donaldson v. Beckett* (cinco anos depois) encontrou-se uma saída para evitar a manutenção do monopólio: o direito natural pertenceria efetivamente ao autor, mas a partir da sua publicação, este direito duraria apenas o tempo estabelecido em lei.<sup>133</sup>

A passagem de um *copyright* destinado a regular a publicação para um *copyright* que tratava do direito natural do autor teve impactos importantes no desenvolvimento e fundamentação do sistema. Ao invés de proteger somente o direito de publicação da obra, o *copyright* passaria a proteger todos os interesses do autor em relação à sua criação, ampliando-se assim o escopo da proteção legal. Patterson desenvolve essa idéia da seguinte forma:

A maior consequência da mudança do *copyright* de um direito do editor (*publisher*) para um direito de autor, portanto, foi essa: ao invés de ser um direito limitado em conexão com uma obra por um período ilimitado, tornou-se um direito ilimitado por um período limitado de tempo. Infelizmente, os legisladores passaram por cima da desejável alternativa que uma interpretação do *Statute of Anne* poderia prover – um direito limitado por um período limitado de tempo.<sup>134</sup>

<sup>133</sup> O *Statute of Anne* limitava a proteção dos novos trabalhos a 14 anos, renováveis por um novo período a pedido do autor. Para as obras anteriormente publicadas, a lei reconhecia a proteção por 21 anos. Foi quando esta proteção (o *Stationer's copyright*) estava por se encerrar, que os *booksellers* movimentaram-se nas *Battles of Booksellers*.

<sup>134</sup> Tradução livre de: “*The major consequence of the change of copyright from a publisher's right to an author's right, then, was this: instead of being a limited right in connection with a work for an unlimited period of time, it became an unlimited right for a limited period of time. Unfortunately, the lawmakers passed over the desirable alternative which the Statute of Anne might have been interpreted to provide – a limited right for a limited period of time.*” PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in Historical Perspective...* Cit. 14

Como se pode observar, o desenvolvimento do *copyright* inglês pouco tem a ver com a proteção do autor, propriamente dito. A noção de autoria surgiu de maneira instrumental, na realidade, para afastar o regime de licença (censura) imposto pela Coroa e responsabilizar os escritores por suas palavras, *a posteriori*. A defesa de um direito de autor natural, ademais, foi desenvolvida a partir daqueles que buscavam manter o monopólio no mercado do livro. Importante notar, ainda, que o *copyright* guarda íntima relação histórica com o direito à livre expressão. Ao resgatar essa visão histórica, torna-se mais fácil visualizar o potencial de conflito entre estes dois direitos nos dias atuais.

### 3.2.2

#### França – *O droit d'auteur* em perspectiva

Mark Rose afirma que os primeiros casos de reivindicação legal de direitos por parte de autores ocorrem no início do Século XVI na França, quando um médico chamado Guillaume Cop buscou a Corte do Parlamento Francês para impedir que cópias de um almanaque anual de sua autoria fossem publicadas sem sua autorização.<sup>135</sup>

Outro caso emblemático citado por Rose é o do poeta Marc-Antoine Muret, que morreu deixando a edição da obra *Sêneca* inacabada. O projeto, entretanto, foi retomado por um grupo de amigos do poeta e interrompido pela publicação da mesma obra por Nicholas Neville, que havia recebido um privilégio real para impressão. Os amigos de Muret contestaram este privilégio na Corte do Parlamento alegando que o autor poderia fazer o que quisesse com a sua obra e que ao autor pertenceria o direito de mantê-la privada, emancipá-la e dar-lhe à liberdade comum, bem como impor alguns limites à sua utilização. O argumento foi, ao final, aceito pelo Parlamento, que em julgamento de 1586 anulou o privilégio real.

A partir de uma análise limitada a estes exemplos, seria possível (e equivocado) afirmar que na França existia um ambiente mais propício à gestação de uma teoria de direito autoral centrada na figura do autor. Uma análise mais aprofundada, entretanto, demonstra que os mesmos embates observados na

---

<sup>135</sup> ROSE, Mark. *Authors and Owners...* Cit. 18

Inglaterra ocorreram em território francês, liderados pelos pensadores Diderot e Condorcet. Mais do que isso, mostra que foram uma série de fatores históricos e um conjunto de forças e disputas políticas que acabaram por moldar a legislação autoral francesa.

Da mesma maneira que na Inglaterra, a imprensa francesa era regulada pela concessão de privilégios reais. O sistema francês, segundo Robert Darnton, operava em três níveis:

O termo que governava este sistema era “privilégio” (etimologicamente, “lei privada”). De fato, privilégio era o princípio organizador do Antigo Regime em geral, não só na França, mas na maior parte da Europa. A lei não recaía igualmente sobre todos: era uma permissão especial conferida a indivíduos ou grupos particulares pela tradição e pela graça do rei. Na indústria de publicações, o privilégio operava em três níveis: o livro em si era objeto de privilégio (a idéia de direito autoral moderna ainda não existia); o livreiro recebia um privilégio (como membro de uma associação, ele possuía o direito exclusivo de participar do comércio do livro); e a associação possuía um privilégio (possuía alguns direitos exclusivos como corporação, notadamente a isenção de tributos). Em resumo, a monarquia Bourbon desenvolveu um sistema elaborado para canalizar o poder da palavra impressa.<sup>136</sup>

Uma notável diferença entre os regimes Francês e Inglês, entretanto, diz respeito à colaboração dos impressores com a censura. Na França as associações que eram agraciadas com privilégios reais eram fiscalizadas por inspetores. Desde seu início, em 1642, o número de censores cresceu junto com o comércio do livro. Segundo Darnton, “havia cerca de 10 censores em 1660, 60 em 1700, 120 em 1760 e 180 em 1789. Em 1770 eles verificavam cerca de mil manuscritos por ano e sua taxa de rejeição era baixa: cerca de 10 a 30 por cento das obras verificadas.”. Darnton alerta que obras verdadeiramente perigosas, entretanto, buscavam

<sup>136</sup> No original: “*The governing term in this system was “privilege” (etymologically, “private law”). In fact, privilege was the organizing principle of the Old Regime in general, not only in France but throughout most of Europe. Law did not fall equally on everyone: it was a special dispensation accorded to particular individuals or groups by tradition and the grace of the king. In the publishing industry, privilege operated at three levels: the book itself was privileged (the modern idea of copyright did not yet exist); the bookseller was privileged (as a member of a guild, he enjoyed the exclusive right to engage in the book trade); and the guild was privileged (as a corporation it enjoyed certain exclusive rights, notably exemption from taxation). In short, the Bourbon monarchy developed an elaborate system for channeling the power of the printed word.*” Cfr. DARNTON, Robert. “*Censorship, a Comparative View: France, 1789-East Germany, 1989.*” *Representations*, No. 49, Special Issue: Eastern Europe Before and After 1989 (Winter, 1995), pp. 40-60. University of California Press. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/2928748> [Acesso em 09.03.2011]

diretamente o circuito de publicações *underground*<sup>137</sup>, de modo que é preciso observar estes números com cautela.

De qualquer forma, outros autores indicam que a censura já havia arrefecido no Século XVIII por várias razões, dentre as quais a demanda do público por livros, convicções intelectuais e interesses econômicos dos censores, punições mais brandas para publicações sem autorização, a ascensão dos ideais iluministas, entre outras.<sup>138</sup>

Apesar de certa flexibilidade na circulação dos livros, o problema do monopólio verificado na Inglaterra repetia-se na França. Carla Hesse nos explica que, em meados do Século XVII, as associações do mercado livreiro de Paris (*Paris Book Publishers e Printers Guild*) utilizaram-se da sua proximidade em relação à Corte Real para receber o monopólio da impressão das obras clássicas e religiosas mais lucrativas.<sup>139</sup> No Século XVIII, associações de livreiros de cidades secundárias da França, como a associação de Lyon, começaram a contestar os monopólios sobre estas obras.<sup>140</sup>

Nesse contexto, não só o mercado do livro encontrava-se em ebulição, mas a base sobre a qual se compreendia o conhecimento humano passava por um amplo processo de contestação. Explica Hesse que:

Satisfazer e gerenciar estas demandas conflitantes provocou o surgimento de novas questões: seriam as ideias de fato uma dádiva divina, como as autoridades tradicionais afirmavam, ou seriam propriedade daqueles que as manifestaram, como os autores agora afirmavam? Seria um “privilégio”, uma “graça”, ou seria a ratificação legal de um direito natural à propriedade que precedia este reconhecimento? Sobre que base poderiam governantes de nações ou cidades restringir ou confirmar estes privilégios tradicionais? Poderia ser articulada uma fundamentação secular para regulação da publicação e circulação de ideias?<sup>141</sup>

<sup>137</sup> No original: “*From the beginning of preventive censorship in 1642, the number of censors kept increasing. There were about 10 in 1660, 60 in 1700, 120 in 1760, and 180 in 1789. By 1770 they processed about one thousand manuscripts a year, and their refusal rate was low: 10 to 30 percent of the works submitted. (But of course anyone with a truly dangerous work did not attempt to get it through the censorship and went directly to the underground publishers.)*” DARNTON, Robert. *Ib.*.

<sup>138</sup> McLEOD, Jane. “*Provincial Book Trade Inspectors in Eighteenth-Century France*”. *French History*, Vol. 12 No. 2, pp. 127-148. Oxford University Press, 1998. Disponível em <http://fh.oxfordjournals.org/content/12/2/127.full.pdf+html> [acesso em 09.03.2011] Pp. 129 e ss.

<sup>139</sup> HESSE, Carla. “*The Rise of Intellectual Property, 700 B.C – A.D 2000: An Idea in the Balance*.” *Daedalus*, Vol. 131, No. 2, On Intellectual Property (Spring, 2002). pp. 26-45. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/20027756> [acesso em 08.03.2011] Cit.. 31

<sup>140</sup> HESSE, Carla. *Ib.* 33

<sup>141</sup> No original: “*Satisfying and sorting out these conflicting claims provoked a host of pressing new questions: Were ideas in fact a gift from God, as traditional authorities had claimed, or were they the property of those who made them manifest, as authors now asserted? Was a “privilege” a*

A Associação dos Livreiros de Paris, assim como os *Stationers* fizeram na Inglaterra, trabalhou para criar uma nova base de sustentação filosófica para a manutenção da exclusividade de publicação das obras que até então eram objeto de privilégios reais. Em 1726, a associação contratou o jurista Louis D’Hericourt para escrever um parecer sustentando que o privilégio não era uma graça, concedida pela Coroa, mas apenas uma confirmação de uma propriedade anterior. D’Hericourt invocou a noção de John Locke de que a origem da propriedade fundava-se no trabalho, para afirmar que as obras intelectuais eram resultado do esforço do autor e, portanto, sua propriedade. O passo seguinte do raciocínio era o de defender que esta propriedade seria alienável aos editores, que compravam os manuscritos dos autores e, portanto, tinham o direito perpétuo e exclusivo de imprimir as obras adquiridas.

Em 1763, Denis Diderot desenvolveu o argumento de D’Hericourt, afirmando a noção de autoria. Diderot também foi contratado por Le Breton (síndico da comunidade dos livreiros parisienses) para escrever uma Carta ao magistrado francês Antoine Gabriel de Sartine com o objetivo de assegurar-lhes o direito exclusivo e perpétuo sobre as obras que compravam dos seus autores.<sup>142</sup> Nesse trabalho, Diderot viu a oportunidade de pleitear a liberdade de imprensa e elaborar uma fundamentação da propriedade literária (do autor sobre suas obras). Assim nasceu a Carta Sobre o Comércio do Livro.<sup>143</sup> Como o próprio nome da obra de Diderot indica, as preocupações na França eram semelhantes às da vizinha Inglaterra: a organização do mercado livreiro, aliada a uma crescente preocupação com a liberdade de imprensa e o contínuo esforço dos grupos monopolísticos em manter o sistema de privilégios existente. Em sua Carta, Diderot desenvolve a ideia de propriedade de um autor sobre a sua obra da seguinte forma:

Com efeito, que bem pode um homem possuir se uma obra do espírito, fruto único de sua educação, de seus estudos, de suas noites insones, de seu tempo, de suas pesquisas, de suas observações; se as ais belas horas, os melhores momentos

---

*"grace, " or was it rather the legal rati fication of an anterior, natural right to property? Upon what basis could the governments of nations or cities restrict or confirm traditional privileges ? Could a secular foundation be articulated for the regulation of the publication and cir culation of ideas?"* Cfr. HESSE, Carla. Ib. 33

<sup>142</sup> CHARTIER, Roger. A propriedade e o privilégio. In: DIDEROT, Denis. *Carta Sobre o Comércio do Livro*. Rio de Janeiro: Casa da Palavra. 2002. Cit. pp. 12

<sup>143</sup> DIDEROT, Denis. Ib.

de sua vida; se seus próprios pensamentos, os sentimentos de seu coração, sua porção mais preciosa, aquela que nunca morre, o que o imortaliza, não lhe pertencer? (...) Quem teria o direito de dispor de sua coisa pelo dom ou pela venda do que o autor? Ora, o direito do proprietário é a verdadeira medida do direito do comprador.<sup>144</sup>

Com esse raciocínio, Diderot afirmava que o privilégio concedido pelo Estado “não é mais do que uma garantia concedida pelo soberano para a proteção de um bem”<sup>145</sup>. Hesse explica que Diderot faz uma argumentação ainda mais individualista que D’Hericourt. De acordo com a autora:

Contrastando d’Hericourt, Diderot argumenta que a propriedade da terra é meramente uma criação social (*social claim*), baseada na apropriação através do trabalho e então suscetível à mediação social. As ideias, originadas na mente do indivíduo, não são adquiridas por apropriação ou trabalho, mas são a mais natural e inviolável forma de propriedade.<sup>146</sup>

As ideias de Diderot encontraram a forte oposição do Marquês de Condorcet, importante pensador da época que propagava os ideais iluministas. Segundo Carla Hesse, não se sabe ao certo o contexto de criação da obra *Fragments sur la liberté de la presse*, mas pode-se afirmar que esta faria parte dos esforços de Condorcet para subsidiar o Ministro das Finanças francês para acabar com os privilégios e liberalizar o comércio<sup>147</sup>. A argumentação do autor traz alguns pontos interessantes para o debate sobre a propriedade literária, a concessão de privilégios e a pirataria.

Condorcet aponta, por exemplo, para o fato de as ideias não serem bens escassos (tal como explicado no Capítulo 2 deste estudo) e, portanto, não poderem ser apropriáveis tal como um pedaço de terra. Segundo Condorcet, a questão a ser resolvida seria se algum homem poderia possuir o direito de impedir outro homem de escrever as mesmas coisas que ele já escreveu.<sup>148</sup> Afirmando que isso não é

<sup>144</sup> DIDEROT, Denis. Ib. 67

<sup>145</sup> DIDEROT, Denis. Ib. 68

<sup>146</sup> No original: “In contrast to d’Hericourt, Diderot argued that property in land is merely a social claim, based upon appropriation through labor and thus susceptible to social mediation. Ideas, originating in the individual mind, and not acquired through appropriation or labor, are the most natural and inviolable form of property.” In: HESSE, Carla. “Enlightenment Epistemology and the Laws of Authorship in Revolutionary France, 1777-1793.” *Representations*, No. 30, Special Issue: Law and the Order of Culture (Spring, 1990), pp. 109-137. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/2928448> [acesso em 08.03.11] Cit. Pp. 114/115

<sup>147</sup> HESSE, Carla. Ib. 115

<sup>148</sup> Traduzido de: “Does a man have the right to prevent another man from writing the same things that he himself wrote first? That is the question to be resolved. In: MARQUIS DE CONDORCET;

possível e atacando o regime de privilégios, o autor constrói uma argumentação utilitarista, que vai no seguinte sentido:

Todo privilégio é portanto uma restrição imposta à liberdade, uma restrição ao direito dos outros cidadãos. Nesse caso em particular, o privilégio é danoso não somente aos direitos dos outros que querem copiar [a obra literária protegida], mas para todos que querem possuir cópias, de modo que qualquer coisa que aumente o preço da obra é uma injustiça. O interesse público dos homens requer este sacrifício? Essa é a questão que deve ser examinada; em outras palavras, os privilégios são necessários e úteis, ou são danosos, ao progresso do iluminismo?<sup>149</sup>

Condorcet argumenta que os privilégios não são necessários para esses propósitos, apontando que a liberdade reduziria cada item ao seu valor de mercado e, portanto, daria a cada pessoa somente o seu direito natural. A própria noção de Condorcet acerca do conhecimento, baseada na existência de uma verdade universal apreensível pela razão, em muito se distinguia da noção de Diderot. Conforme explica Hesse:

Condorcet argumentava que o conhecimento era objetivo, encontrado na natureza e, portanto, fundamentalmente social em seu caráter, pertencendo a todos. Diderot entendia as ideias como subjetivas e individuais, originando-se na mente do indivíduo e constituindo-se, portanto, na mais inviolável forma de propriedade privada.<sup>150</sup>

É interessante notar que Condorcet ainda apresenta questões importantes para um debate relacionado à livre expressão. Buscando responder a questão sobre a possibilidade de um homem poder impedir outro de escrever as mesmas coisas que escreveu, Condorcet afirma que o privilégio reduz-se somente à proteção da expressão de uma ideia, de sentenças, não à substância ou às ideias em si. Traz em

---

GOLDHAMMER, Arthur. “*Fragments concerning Freedom of the Press*”. *Daedalus*, Vol. 131, No. 2, On Intellectual Property (Spring, 2002), pp. 57-59. MIT Press. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/20027759> [acesso em 07.03.2011] Cit. Pp. 57

<sup>149</sup> Traduzido de: “*Every privilége is therefore a constraint imposed on freedom, a restriction of the rights of other citizens. In this particular case, the privilége is harmful not only to the rights of others who wish to copy [the protected literary work] but also to all who wish to have copies, for whom anything that increases the price thereof is an injustice. Does the public interest require men to make this sacrifice ? That is the question that must be examined; in other words, are priviléges necessary and useful, or are they harmful, to the progress of enlightenment?*” in: MARQUIS DE CONDORCET; GOLDHAMMER, Arthur. Ib. 57.

<sup>150</sup> No original: “*Condorcet argued that knowledge was objective, inhering in nature, and thus fundamentally social in character, belonging to all. Diderot viewed ideas as inherently subjective and individual, originating in the individual mind and thus constituting the most inviolable form of private property.*” In: HESSE, Carla. “*Enlightenment Epistemology and the Laws of Authorship in Revolutionary France...*” Cit. 117

sua argumentação, portanto, uma das noções mais importantes para a preservação da livre expressão pelo regimes de proteção aos direitos autorais: a dicotomia ideia-expressão, a ser avaliada com profundidade no próximo capítulo.

A tensão entre as posições de Condorcet e Diderot manifestou-se nas regulamentações aprovadas na França. A definição do regime de direito autoral na França decorreu, portanto, das disputas entre os grupos e classes em conflito naquele período histórico.

Em 1777, uma série de Decretos do Conselho de Estado francês buscou afastar a interpretação da Associação de Livreiros de Paris de que o privilégio seria o mero reconhecimento de uma propriedade. Foi nesse momento que, pela primeira vez, apareceu a figura do autor. O autor receberia um privilégio perpétuo sobre suas obras. Caso as alienasse, a exclusividade de impressão duraria apenas durante toda a vida do autor. Após a morte do criador, a obra ingressaria em domínio público. A primeira afirmação legal de uma noção de autor, portanto, surgiu como resposta do Estado Absolutista ao monopólio da Associação dos Livreiros, não como uma afirmação da burguesia ascendente na França pré-revolucionária.<sup>151</sup>

Com a revolução em 1789, a Assembléia Nacional Francesa aboliu todos os privilégios do Antigo Regime e declarou no dia 26 de agosto a liberdade de imprensa como um direito inviolável do homem. Em 1790, as instâncias de censura e supervisão do comércio do livro foram oficialmente suprimidas. Em 1791, foi decretado o fim do monopólio da associação de livreiros e impressores.

Nesse contexto, os detentores de antigos privilégios invocaram a sua estabilidade econômica e a necessidade de fiscalização contra discursos subversivos, que proliferavam diante de ausência de regulamentação. Assim como na Inglaterra, a questão do anonimato apareceu na França revolucionária como um problema. Sieyès, amparado pelos subsídios teóricos de Condorcet, apresentou a primeira proposta de lei para regulamentar o comércio do livro novamente, definida por Hesse da seguinte forma:

O primeiro esforço revolucionário em dar reconhecimento legal do autor no texto, então, não foi uma concessão de liberdade ao autor, mas a imposição de prestação de contas e responsabilidade. Politicamente, ele fazia parte de um

---

<sup>151</sup> Cfr. HESSE, Carla. *Ib.* 113

movimento conservador pró-ordem, uma medida de polícia. A lei tornou o autor legalmente responsável pelo texto, definindo-o como sua propriedade.<sup>152</sup>

A proposta de Sieyés, entretanto, naufragou em meio a críticas de todos os lados. Ao estabelecer um sistema de propriedade do autor sobre suas obras, conquistou a oposição daqueles que viam o conhecimento como algo inapropriável, que logo avançaram os argumentos de Condorcet para atacar o projeto. Ao limitar esta propriedade em 10 anos após a morte do autor, conquistou a antipatia dos defensores da propriedade e avessos ao Antigo Regime, que viam na limitação da propriedade uma espécie de resgate do antigo sistema de privilégios. Para além do embate sobre propriedade, alguns radicais observaram um caráter repressivo e conservador na proposta.

Somente em 1791, uma proposta conseguiria ser aprovada, já sob uma nova conjuntura de forças, com a mobilização dos escritores de peças teatrais protestando contra o monopólio da *Comédie française*, fundada em 1680, através do qual somente os diretores de peças poderiam receber privilégios de apresentar e exibir obras teatrais. Como expõe Hesse, a agitação dos dramaturgos contra o monopólio mudou a percepção pública acerca da luta por direitos autorais da defesa de antigos privilégios, alinhando-a politicamente com as forças pro-revolucionárias.<sup>153</sup>

A proposta apresentada por Le Chapelier, inspirada na proposta anterior de Sieyés, avançava a noção de direito autoral como contraposição ao regime de privilégios, colocando os autores na condição de:

servidores do bem público, do iluminismo, em oposição aos interesses privados dos editores e diretores de teatro. Os autores rejeitaram por si mesmos, portanto, o argumento de Diderot por um uma propriedade absoluta e ilimitada sobre seus textos e, reavivando o compromisso com a posição de Sieyés e Condorcet, apresentaram-se como contribuinte da ‘propriedade pública’ e guardiães da demanda do público por um commons cultural da nação.<sup>154</sup>

<sup>152</sup> No original: “*The first revolutionary effort to give legal recognition to the author's claim on the text, then, was not a grant of freedom to the author, but the imposition of accountability and responsibility. Politically, it formed part of a conservative pro- order move, a police measure. The law made the author legally accountable for the text by defining it as his property*”. HESSE, Carla. *Ib.* 120

<sup>153</sup> HESSE, Carla. *Ib.* 125.

<sup>154</sup> No original: “*The authors represented themselves as servants of the public good, of its enlightenment, in opposition to the private interests of publishers and theater directors. Thus the authors themselves rejected the Diderotist argument for unlimited and absolute claims upon their texts and, reviving the compromise position of Sieyes and Condorcet, presented themselves as*

A lei foi aprovada em 1791, dirigindo-se apenas aos autores de teatro. Após uma série de avanços e retrocessos e variações na conjuntura política francesa<sup>155</sup>, uma nova proposta viria a ser aprovada pela Comissão de Instrução Pública em 1793, com o objetivo de assegurar o esclarecimento do público através do encorajamento e recompensa da atividade intelectual.

Hesse explica que a aprovação da lei representou na verdade a consolidação em lei da tensão entre as posições de Condorcet e Diderot. De um lado, a proteção do autor vislumbrada por Diderot. De outro, a noção de limitação ao direito prevista por Condorcet, fundamentada na noção de que a verdade era dada pela natureza, sendo portanto inapropriável.

### 3.3

#### Fundamentações

Compreendido este contexto histórico de formação dos direitos do autor, é importante traçar uma linha distintiva entre as teorias que justificam a existência do instituto da propriedade intelectual e, conseqüentemente, do direito de autor.

Como visto, a argumentação de fundamentação do direito de autor (compreendendo aqui ambas as tradições) baseou-se ou numa concepção jusnaturalista (o direito de autor é um direito natural) ou numa concepção utilitarista, que define que conceder um monopólio para exploração econômica para os criadores por um determinado período de tempo estimularia a criatividade, podendo trazer benefícios para toda a sociedade.

Ainda que cada uma dessas concepções tenha se desenvolvido de maneira variada nas diferentes tradições que tratam do *droit d'auteur* (França) ou do *copyright* (Inglaterra), é possível observar que na origem de ambos os sistemas as tensões foram acomodadas de maneira a adotar legislações com uma fundamentação híbrida, que contemplava tanto um viés mais protetivo do direito dos criadores como direito natural (teoria utilizada como ferramenta retórica para promover a organização do comércio do livro e prestigiar os empreendimentos

---

contributors to "public property" and guardians of the public claim to the nation's cultural commons." HESSE, Carla. Ib. 126

<sup>155</sup> Para uma explicação mais aprofundada sobre este tema ver: HESSE, Carla. Ib. 126 ss

dos editores na Inglaterra e para afastar o regime de privilégios na França pós-revolução) quanto um viés utilitarista.

É sabido que cada uma dessas tradições enveredou por caminhos distintos, fazendo surgir outras diferenças entre os dois sistemas. Entretanto, com a crescente harmonização do sistema internacional de proteção às criações intelectuais, as diferenças entre os sistemas têm se tornado cada vez menos relevantes. Desse modo, é forçoso reconhecer que ambas as concepções misturam-se de maneira mais ou menos balanceada na fundamentação da existência de um direito de autor, inclusive no Brasil.

Uma concepção utilitarista é de especial importância para o estudo da presente matéria porque, se considerarmos que o direito autoral serve como estímulo à criatividade, este instituto passa a possuir um papel relevante como mecanismo de fomento à expressão. É nesse sentido que alguns julgados da Suprema Corte dos EUA se manifestaram, apontando o *copyright* como o motor da liberdade de expressão (*the engine of free speech*)<sup>156</sup>. O benefício de um modelo como este está no incentivo concedido aos autores e na possibilidade de que toda a sociedade tenha acesso às obras produzidas. A concepção utilitarista traria, dessa forma, uma ideia de equilíbrio em sua raiz. Se encaramos que o direito brasileiro segue a tradição francesa, entretanto, o resultado não seria diferente.

Com efeito, o Brasil reconhece o direito de autor como direito fundamental, consagrado no artigo 5º, inciso XXVII da Constituição Federal. Este reconhecimento, contudo, não significa que o direito de autor não está sujeito a qualquer tipo de relativização ou colisão com outros direitos fundamentais, caso em que deve haver uma ponderação entre os interesses envolvidos.

Desse modo, mesmo ao pensarmos no direito autoral como um direito fundamental e mesmo adotando uma concepção jusnaturalista, debater o equilíbrio desses direitos com outros direitos fundamentais permanece uma tarefa importante.

---

<sup>156</sup> NETANEL, Neil Weinstock. *Copyright's Paradox*. Oxford: Oxford University Press, 2008. Cit. Pp. 3. Em referência à decisão da Suprema Corte dos EUA em HARPER & ROW V. NATION ENTERPRISES, 471 U. S. 539 (1985). Disponível em <http://supreme.justia.com/us/471/539/case.html> [acesso em 18.05.2011]

### 3.4

#### Expansão do Direito Autoral

Uma vez bem fundamentado, o direito autoral iniciou sua fase de expansão. Pedro Mizukami<sup>157</sup> aponta que o direito autoral passou por duas formas de expansão: uma expansão territorial e uma expansão substancial.

Para compreender plenamente a expansão territorial do direito de autor, é preciso ter em mente algumas observações. Em primeiro lugar, é importante notar que tanto em âmbito internacional como no âmbito doméstico a expansão do direito autoral interliga-se, ao menos recentemente, com a expansão dos demais direitos de propriedade intelectual. Tal se dá em função da articulação entre as indústrias produtoras de tecnologia (indústria farmacêutica e de software, por exemplo) e a indústria do entretenimento (filmes, música, livros), que detém os direitos de exploração econômica das criações autorais.

A história da evolução das normas de propriedade intelectual no Século XX nos indica que as noções de equilíbrio previstas na raiz dos sistemas de proteção à propriedade intelectual foram sendo gradualmente colocadas de lado. Para compreender o porquê deste fato, não basta limitarmos nosso olhar ao direito. É preciso ter em conta o intenso esforço dos interesses econômicos acima mencionados na ampliação da proteção aos seus modelos de negócio, bem como o interesse dos países mais desenvolvidos (que se encontram numa posição de exportadores bens intangíveis, protegidos pela propriedade intelectual), em criar regras que mantenham sua posição de supremacia no cenário internacional.<sup>158</sup>

---

<sup>157</sup> Para mais informações sobre a evolução das normas de direito autoral, ver: MIZUKAMI, Pedro. *Função Social da Propriedade Intelectual: Compartilhamento de Arquivos e Direitos Autorais na CF/88*. Disponível em: [http://www.sapientia.pucsp.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=5101](http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5101) [acesso em 20.10.2010] Pp. 271 e ss.

<sup>158</sup> Em outro trabalho, abordou-se de maneira mais extensiva a influência dos lobbies da indústria internacional na formulação das política de proteção autoral no Brasil. Para mais informações, ver: MIZUKAMI, Pedro et al. "Brazil". In: KARAGANIS, Joe (ed.). *Media piracy in emerging economies*. New York: SSRIC, 2011. Disponível em <http://piracy.ssrc.org/> [acesso em 18.05.2011]

### 3.4.1

#### O direito autoral e a propriedade intelectual no cenário internacional

No início de sua fase de expansão territorial, o direito autoral começou a internacionalizar-se. Isso porque, em princípio, apenas os autores nacionais eram protegidos pelas leis de direito autoral, sendo amplamente reproduzidos fora de seus países de origem. Entretanto, acordos bilaterais de comércio firmados ainda na primeira metade do Século XIX passaram a exigir a reciprocidade de proteção entre as partes.

Em 1886, surgiria o primeiro tratado internacional a reunir vários Estados em torno da proteção ao direito de autor: a Convenção de Berna para a proteção de obras literárias e artísticas.<sup>159</sup> Segundo Pedro Mizukami:

Novos textos para a Convenção foram fixados em 1908 (Berlim), 1928 (Roma), 1948 (Bruxelas) e 1971 (Paris), aumentando-se sucessivamente os padrões mínimos de proteção estabelecidos, com direitos mais fortes, menor número de formalidades, e ampliação do âmbito de obras protegidas. Em 1908, proibiu-se a imposição de formalidades para aquisição, exercício ou fruição de direitos autorais, bem como criou-se um direito de fazer gravações de obras musicais; em 1928 acrescentou-se à Convenção os direitos morais de paternidade, integridade, e um direito de radiodifusão (comunicação ao público), com a possibilidade de que fosse sujeitado a licenças compulsórias, a critério de cada país; o texto de 1948 continuou a tendência maximalista, tornando obrigatório o prazo de proteção da vida do autor acrescida de 50 anos para descendentes, fortalecendo também os direitos morais de adaptação e tradução, expandindo o direito de radiodifusão para incluir transmissões de televisão e criando direitos sobre desenhos industriais e obras de arte aplicada.<sup>160</sup>

Outros movimentos no cenário internacional ainda merecem destaque, como a criação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI)<sup>161</sup> em 1967 e a aprovação de outros tratados em seu âmbito.<sup>162</sup>

O último movimento já consolidado no cenário internacional diz respeito ao atrelamento da proteção dos direitos de propriedade intelectual às normas de

<sup>159</sup> O texto completo da Convenção de Berna pode ser acessado no site do Ministério da Cultura do Brasil. Disponível em [http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/cv\\_berna.pdf](http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/cv_berna.pdf) [acesso em 27 de março de 2011]

<sup>160</sup> MIZUKAMI, Pedro. *Função Social da Propriedade Intelectual...* Cit. pp. 273

<sup>161</sup> <http://www.wipo.int/portal/index.html.en> [acesso em 10.03.2011]

<sup>162</sup> No âmbito da OMPI (WIPO), foram aprovados o WIPO Copyright Treaty (WCT) e o WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT), não assinados pelo Brasil. A crescente tensão entre uma visão protecionista e uma visão desenvolvimentista dentro dessa organização, entretanto, tem levado a novas discussões sobre a flexibilização do sistema, através do que ficou conhecido como Agenda do Desenvolvimento (*Development Agenda*).

comércio internacional, com a aprovação do acordo TRIPs (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*), em 1994. Referido acordo foi assinado ao fim da Rodada Uruguai<sup>163</sup>, que transformou o antigo GATT na Organização Mundial do Comércio (OMC). Com o atrelamento das agendas de comércio internacional e de propriedade intelectual, a assinatura e implementação do acordo TRIPs tornou-se um dos requisitos para qualquer país ingressar e fazer parte da OMC, de modo que referido acordo é hoje considerado como o padrão mínimo de proteção à propriedade intelectual.

Atualmente, diante da dificuldade em aprovar regras de propriedade intelectual mais rígidas nos foros multilaterais existentes, os países desenvolvidos, pressionados pela indústria local, têm buscado a expansão do sistema de proteção através de tratados bilaterais de comércio ou da formação de novos acordos multilaterais.

Dentre estes acordos multilaterais, destaca-se aqui a proposta de um novo tratado internacional “de comércio” desenvolvido em foro restrito por Austrália, Canadá, EUA, Japão, Coreia do Sul, México, Marrocos, Nova Zelândia, Singapura, Suíça e União Europeia para combater a pirataria e a contrafação, denominado ACTA (*Anti-Counterfeiting Trade Agreement*). Referido tratado, se aprovado no Brasil, teria o condão de enrijecer a atuação das aduanas no combate à violação de propriedade intelectual (atribuindo aos seus funcionários mais poderes de fiscalização), elevaria penas de violações de direito de autor (em alguns casos apagando a distinção entre cópias para fins comerciais e não comerciais) e traria novas medidas para combater a pirataria na internet.

Estratégia semelhante à de discussão do ACTA tem sido utilizada nos debates de outro tratado de livre comércio que merece destaque, chamado *Trans-Pacific Partnership* (TPP), que envolve países como Nova Zelândia, Malásia, Austrália, EUA, Chile, Brunei, Singapura, Peru e Vietnã.

Através destes tratados, os países desenvolvidos (e outros que acabaram aderindo no curso das negociações ao processo) buscam criar novos padrões de proteção à propriedade intelectual, criando uma pressão externa para adoção de uma legislação doméstica mais rígida em países que rejeitam tais normas.

---

<sup>163</sup> Rodada de negociação entre os países membros do antigo GATT (General Agreement on Tariffs and Trade), que durou de 1986 a 1994, com a participação de 123 países.

### 3.4.2

#### Expansão do escopo do direito autoral

No que toca à expansão material do direito de autor, Pedro Mizukami demonstra, a partir de uma compreensiva análise dos tratados internacionais de comércio, a forma como, em resposta às inovações tecnológicas, o instituto do direito autoral passou a proteger cada vez mais espécies de criações.<sup>164</sup>

Na virada do Século XIX para o Século XX, por exemplo, o direito autoral passou a proteger obras fotográficas. Nesse período, uma série de decisões judiciais nos EUA afastariam a necessidade de se identificar mérito ou qualidade para conferir proteção às criações, abrindo as portas para “expandir proteção a qualquer manifestação intelectual que pudesse assumir algum valor econômico”<sup>165</sup>.

As obras cinematográficas viriam a ser protegidas em 1912 nos EUA, após a proteção à reprodução mecânica (1909) e o reconhecimento de direitos de performance pública (em 1897 e reafirmado em 1909).

Com o surgimento do rádio, a Convenção de Berna<sup>166</sup> passou a reconhecer o direito de radiodifusão (comunicação ao público – o que se deu através da revisão de Roma, em 1928), expandido em 1948 para abrigar também as transmissões de TV. Em 1961, a Convenção de Roma<sup>167</sup> passou a conferir proteção aos artistas intérpretes ou executantes, aos produtores de fonogramas e aos organismos de radiodifusão.

Já em meados do Século XX, a indústria que se consolidou em torno da exploração econômica dos direitos de autor passou a dirigir-se contra o consumidor final, mantendo a lógica de ampliação de seus direitos. Nesse sentido, Mizukami explica que “conforme as tecnologias de reprodução foram se disseminando, um discurso antipirataria direcionado aos usuários dessas tecnologias – que atuam fora do mercado, sem intuito de lucro... – foi sendo desenvolvido”.<sup>168</sup>

<sup>164</sup> MIZUKAMI, Pedro. *Função Social da Propriedade Intelectual...* Cit. pp. 272 e ss.

<sup>165</sup> MIZUKAMI, Pedro. *Ib.* 279

<sup>166</sup> Convenção de Berna - Disponível em: [http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/cv\\_berna.pdf](http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/cv_berna.pdf) [acesso em 10.04.2011]

<sup>167</sup> Convenção de Roma - Disponível em: [http://www.wipo.int/treaties/en/ip/rome/trtdocs\\_wo024.html](http://www.wipo.int/treaties/en/ip/rome/trtdocs_wo024.html) [acesso em 10.04.2011]

<sup>168</sup> MIZUKAMI, Pedro. *Função Social da Propriedade Intelectual...* Cit. pp. 284

Em 1971, a Convenção de Genebra ampliou a proteção à produtores de fonogramas, impedindo sua reprodução não autorizada. No final do Século XX, consolidou-se um discurso que criminaliza as reproduções sem fins lucrativos, materializado não somente no *lobby* da indústria no cenário internacional e no âmbito legislativo, mas também através de campanhas educativas e publicitárias, que associam a pirataria a perdas de emprego e de tributos e equiparam-lhe ao roubo de bens materiais. Atualmente, estas mesmas campanhas buscam ligar as infrações de direito autoral a problemas que exigem uma resposta mais dura do Poder Público, como o crime organizado, o terrorismo e o tráfico de drogas.<sup>169</sup>

Assim, o discurso de equilíbrio em torno das leis de direito autoral foi gradualmente cedendo aos lobbies da indústria, culminando nos EUA com a extensão, em 1998, do prazo de duração do direito autoral de 70 para 90 anos após a morte do autor através do *Sonny Bono Act*, graças ao intenso *lobby* da indústria *Walt Disney* para evitar que seus direitos sobre o personagem *Mickey Mouse* expirassem.

Sintetizando esta evolução, Jack Balkin aponta que a história do direito autoral está intimamente ligada à evolução tecnológica e aos modelos de negócio que se firmaram ao redor dessas tecnologias. Dessa forma, indústrias com grande poder econômico (como editoras, empresas publicitárias e *Hollywood*) passaram a exigir regras de propriedade intelectual cada vez mais protetivas para poderem recuperar os custos investidos na criação e distribuição dos seus produtos.<sup>170</sup> A esse respeito, dividindo a expansão do direito autoral em uma linha horizontal e outra vertical, Balkin afirma que:

durante o Século XX os direitos de propriedade intelectual expandiram-se tanto horizontal quanto verticalmente. Exemplos da expansão horizontal incluem o alargamento do escopo de direitos derivados que se aplicam a uma obra em um tempo particular – o direito sobre enredos, personagens, características de *design*, orquestração, e assim por diante. Outros exemplos são o desenvolvimento de processos de patentes e da criação da lei de diluição de marca. Direitos de propriedade intelectual também aumentaram verticalmente, com a duração dos termos de direitos autorais tendo sido reiteradamente estendida, abrigando obras já existentes para mantê-las protegidas tal qual as mais recentes.<sup>171</sup>

<sup>169</sup> Para mais informações sobre a retórica anti-pirataria, ver: KARAGANIS, Joe (Ed.). *Media Piracy in Emerging Economies...*

<sup>170</sup> BALKIN, Jack M.. *Digital Speech and Democratic Culture...* Cit. pp.16.

<sup>171</sup> Tradução livre de: “Outros exemplos são o desenvolvimento de processos de patentes e da criação da lei de diluição de marca. Direitos de propriedade intelectual também aumentaram verticalmente, como o comprimento de termos de direitos autorais tem sido reiteradamente

Como expressa Balkin, a proteção intelectual ampliou-se não somente para proteger cada vez mais aspectos da criatividade humana, como também para estender a duração dos direitos de exclusividade concedidos pela lei. A visão de Balkin é corroborada por Neil Netanel, que afirma que “nas últimas décadas, (...) o direito autoral cresceu exponencialmente. Agora compreende mais direitos, conferindo controle sobre mais modalidades de uso de uma obra do autor, e durando por um tempo maior, do que nunca”.<sup>172</sup>

### 3.4.3

#### Evolução do direito autoral no Brasil

Se acompanharmos a evolução da proteção ao direito autoral no Brasil, verificamos que a expansão do direito autoral reflete o mesmo problema da legislação estrangeira. Pedro Mizukami traz um amplo histórico da legislação de direito autoral brasileira, do qual se pode depreender claramente que as sucessivas mudanças legislativas tornaram o direito de autor cada vez mais abrangente, por um período cada vez mais longo.<sup>173</sup>

Para se ter em conta como o direito autoral tornou-se cada vez mais rígido e protetivo, vejamos inicialmente a ampliação dos prazos de proteção às obras intelectuais no Brasil. O Código Criminal do Império, de 1831 (Mizukami aponta que, no Brasil, a regulação do direito de autor teve início através da via penal)<sup>174</sup>, conferia uma proteção contra a reprodução não autorizada por um período de dez anos após a morte do autor. A primeira lei civil a tratar do assunto no Brasil (Lei n. 496 de 1º de agosto de 1898 - Lei Medeiros de Albuquerque), conferia um prazo de proteção de 50 anos após o primeiro de janeiro do ano da publicação (art. 3º, par. 1º). O Código Civil de 1916 já ampliava o prazo de proteção para 60 anos após a morte do autor (art. 649, § 1º). A lei atual (Lei n. 9.610/98) ampliou o prazo de proteção para 70 anos após a morte do autor.

---

*estendida para a frente, e trabalhos anteriores foram retroativamente dada extensões para mantê-los em paridade com os trabalhos mais recentes”* Cfr. BALKIN, Jack M. Ib. 16.

<sup>172</sup> Tradução livre de: “*In recent decades, however, the copyright bundle has grown exponentially. It now comprises more rights, according control over more uses of an author’s work, and lasting for a longer time, than ever before.*” NETANEL, Neil W., *Copyright’s Paradox...* Cit. pp. 6

<sup>173</sup> MIZUKAMI, Pedro. *Função social da propriedade intelectual...* Cit. pp. 286/291

<sup>174</sup> MIZUKAMI, Pedro. Ib. 287

Podemos verificar a expansão substancial dos direitos de autor no Brasil também a partir de uma análise do escopo de proteção das legislações mencionadas. O Código Criminal do Império, de 1831, proibia apenas a reprodução de escritos ou estampas feitos, compostos ou traduzidos por brasileiros. O Código Penal de 1890 já trazia amplas restrições além das estabelecidas no Código Criminal do Império, punindo qualquer reprodução artística sem consentimento do dono, por imitação ou contrafação, conforme previsto no seu art. 350. As leis civis também sofreram modificações para se tornarem cada vez mais protetivas. A Lei Medeiros de Albuquerque (1898) condicionava a proteção autoral ao depósito da obra na Biblioteca Nacional, requisito formal que seria derrubado pela Lei nº 5.988/73. A Lei nº 2.577, de 17 de janeiro de 1912, estenderia as disposições da Lei Medeiros de Albuquerque para obras internacionais. A lei atual (Lei nº 9.610/98), por sua vez, reduziu as limitações e exceções ao direito de autor existentes na lei anterior (tornando proibida a cópia privada, sem fins lucrativos, por exemplo), passou a proteger bases de dados e impôs a aplicação de sanções civis para violações de restrições tecnológicas destinadas a evitar ou restringir a cópia de obras protegidas.

Como já mencionado, o regime nacional de proteção ao autor está atrelado a uma série de regras internacionais que impõem padrões mínimos de proteção, como a Convenção de Berna e o Acordo TRIPS. Essas regras, discutidas no tabuleiro de estratégia da política externa, definem o piso mínimo de proteção aos direitos de marcas, patentes, software e direitos autorais, impondo ao Brasil uma reduzida margem de manobra caso defina ser interessante modificar sua política de propriedade intelectual e de direito autoral. Dessa forma, é importante ter em conta que parte das variações da legislação brasileira estão atreladas a esta agenda.

#### **3.4.4**

#### **Observações sobre o cenário externo e antecipação de mudanças**

Direcionando nosso olhar ao cenário externo, é possível colher algumas pistas do que pode estar por vir em termos de legislação autoral no Brasil. Após um longo período de expansão substancial e territorial das regras de propriedade intelectual, a agenda internacional de propriedade intelectual tem se concentrado, nos últimos anos, em subir os padrões mínimos de esforços de observância das

regras já existentes. Nesse contexto, analisar o desenvolvimento de novos tratados internacionais, como o ACTA (*Anti-Counterfeiting Trade Agreement*) e o TPPA (*Trans-Pacific Partnership Agreement*), e investigar o que dizem novas legislações, incluindo a Lei Hadopi (França) e o Digital Britain (Inglaterra/Reino Unido), e novas iniciativas legislativas, como o COICA – *The Combating Online Infringements and Counterfeits Act* (EUA), podem servir como um importante exercício para antecipar futuras propostas a serem apresentadas tanto no cenário doméstico como nos organismos multilaterais que discutem comércio e propriedade intelectual.

De maneira resumida, pode-se dizer que tanto os acordos internacionais em debate como as leis em discussão buscam criar regimes de proteção mais rígidos do que os estabelecidos pelo acordo TRIPS (o que no jargão internacional convencionou-se chamar TRIPS *plus*) para infrações a direitos de autor. Diversas são as maneiras encontradas para atingir estes objetivos, como a criação de novas prerrogativas para a atuação de oficiais nas fronteiras, a criminalização de condutas que sejam consideradas somente ilícito civil (como a violação de travas tecnológicas), a restrição a direitos fundamentais como privacidade, devido processo legal e presunção de inocência (caso da Lei Hadopi, na França, e do Projeto de Lei n. 5.361/2009<sup>175</sup>, atualmente em trâmite no Congresso Nacional Brasileiro) e através da criação de responsabilidades para os intermediários que cuidam das infovias de monitorar a atividade dos seus usuários. Como se observará no capítulo 5, algumas dessas propostas já estão em discussão no Brasil.

---

<sup>175</sup> O Projeto de Lei n. 5.361/2009 busca estabelecer no Brasil um regime semelhante ao existente hoje na França, com o a Lei HADOPI. Através desse regime, o usuário de internet que violar direitos de autor, fica sujeito a um regime de notificações por parte do provedor de internet. O provedor notificaria o usuário uma primeira vez, informando que a conduta é ilícita e uma segunda vez, alertando que em caso de reincidência sua conexão será cortada. De acordo com o projeto, na terceira reincidência o provedor deveria cortar a conexão do usuário, que continuaria obrigado a pagar pelo serviço.

Disponível em [http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=437323](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=437323) [acesso em 10.02.2011]