Simone Lahorgue Nunes

Direito Autoral e Direito Antitruste

Fechamento desta edição: 03 de outubro de 2011

Edição 2012

ELSEVIER

CAMPUS JURÍDICO

© 2012, Elsevier Editora Ltda.

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei nº 9.610, de 19/02/1998.
Nenhuma parte deste livro, sem autorização prévia por escrito da editora, poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados: eletrônicos, mecânicos, fotográficos, gravação ou quaisquer outros.

Revisão: Tania Heglacy
Editoração: Luciana Di Iorio

Elsevier Editora Ltda.
Conhecimento sem Fronteiras
Rua Sete de Setembro, 111 – 16º andar
20050-006 – Centro – Rio de Janeiro – RJ – Brasil

Rua Quintana, 753 – 8º andar
04569-011 – Brooklin – São Paulo – SP – Brasil

Serviço de Atendimento ao Cliente
0800-0265340
sac@elsevier.com.br

ISBN 978-85-352-5133-3

Nota: Muito zelo e técnica foram empregados na edição desta obra. No entanto, podem ocorrer erros de digitação, impressão ou dúvida conceitual. Em qualquer das hipóteses, solicitamos a comunicação ao nosso Serviço de Atendimento ao Cliente, para que possamos esclarecer ou encaminhar a questão.

Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoas ou bens, originados do uso desta publicação.

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ

N923d Nunes, Simone Lahorgue
Direito autoral, direito antitruste e princípios constitucionais correlatos / Simone Lahorgue Nunes. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2011

Inclui bibliografia
ISBN 978-85-352-5133-3

1. Direitos autorais - Brasil. 2. Propriedade intelectual. 3. Concorrência - Brasil. 4. Direito antitruste - Brasil. I. Título.

11-6000 CDU: 347.78

Sumário

Introdução, 1

PARTE I NOÇÕES PRELIMINARES, 21

CAPÍTULO I Propriedade intelectual e direito antitruste no direito positivo brasileiro, 23

I.1 Direito Autoral e Propriedade Industrial, 23

I.2 Legislação Antitruste: Vetores da Lei Nº 8.884/1994, 31

CAPÍTULO II Natureza jurídica do direito autoral, 39

II.1 Relação entre os Três Temas: Natureza Jurídica, Limites e Funções, 39

II.2 Algumas Posições Doutrinárias sobre a Natureza Jurídica do Direito Autoral, 40

II.3 Direito Autoral: Monopólio ou Propriedade?, 45

II.4 Direito Autoral como Direito da Personalidade, 52

II.5 Direito Autoral: Direito Sui Generis Elevado à Categoria de Direito Humano, 55

II.6 Direito Autoral Reduzido a uma Informação, 59

CAPÍTULO III Direito autoral: características e diferenças da propriedade industrial, 65

III.1 Sentido da Expressão "Propriedade Intelectual", 65

III.2 Objeto Protegido pelo Direito Autoral, 67

III.3 Direito Moral e Direito Patrimonial do Autor, 71

III.3.1 Faculdades Inerentes ao Direito Moral, 74

III.3.2 Faculdades Inerentes ao Direito Patrimonial, 78

III.4 Limites e Funções do Direito Autoral, 80

PARTE II PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CORRELATOS, 97

CAPÍTULO I Direito "exclusivo" do autor e livre concorrência, 99

CAPÍTULO II Propriedade intelectual e desenvolvimento nacional, 107

CAPÍTULO III Os princípios constitucionais do direito à cultura, à informação e à educação, 119

CAPÍTULO IV Princípios constitucionais que consagram interesses sociais "transnacionais", 127

CAPÍTULO V Breve nota sobre o aparente conflito entre princípios constitucionais, 131

CAPÍTULO VI Um arremate para as ideias, 135

PARTE III DIREITO AUTORAL E DIREITO ANTITRUSTE, 139

CAPÍTULO I Direito autoral sob a óptica do direito antitruste, 141

I.1 Interseção entre os Regimes Jurídicos do Direito Autoral e do Direito Antitruste, 141

I.2 Estrutura da Obra Intelectual e do seu Mercado, 147

I.3 Diferenças entre os Bens Protegidos pelo Sistema de Patentes e os Bens Protegidos pelo Direito Autoral, 158

I.4 Direito Moral do Autor, 164

I.5 Direitos Conexos ao do Autor, 168

I.6 Teoria da "Destruição Criativa" de Schumpeter, 171

CAPÍTULO II Elementos do direito antitruste e sua aplicação no domínio do direito autoral, 175

II.1 Mercado Relevante, 175

II.2 Posição Dominante (ou Poder de Mercado) e seu Abuso, 180

II.3 *Essential Facility*, 184

II.4 Recusa de Licenciar, 189

II.5 Licença Compulsória, 191

II.6 Princípio da Exaustão dos Direitos, 198

CAPÍTULO III Uma peculiaridade do sistema jurídico brasileiro – estabelecimento de monopólio legal nas atividades de arrecadação e distribuição de direitos autorais, 201

CAPÍTULO IV A atuação dos órgãos de defesa da concorrência e dos tribunais no Brasil e no exterior: destaque de casos relacionados ao direito autoral, 207

IV.1 Brasil, 208

IV.1.1 DirecTV v. TV Globo, 208

IV.1.2 NeoTV v. Globosat, 210

IV.1.3 Chandré de Araujo Costa e outros v. TV Globo (caso do Campeonato Brasileiro de Futebol), 213

IV.1.4 Casos do Escritório de Arrecadação e Distribuição (Ecad), 216

IV.2 Estados Unidos da América, 221

IV.2.1 Casos das National Collecting Agencies (sociedades nacionais de cobrança de direitos autorais), 221
IV.2.2 U.S. *v.* Paramount, 224
IV.2.3 ARD/MGM/UA, 226
IV.2.4 Image Technical Services Inc. *v.* Eastman Kodak Co., 228
IV.2.5 CSU, L.L.C. *v.* Xerox Corporation, 229
IV.2.6 Caso do *Google Books*, 230
IV.3 Europa, 233
IV.3.1 Caso da Radio Telefis Eireann *v.* Commission of the European Communities ("Caso Magill"), 233
IV.3.2 Caso EBU/Eurovision, 235
IV.3.3 Caso IMS Health GmbH & Co. OHG *v.* NDC Health GmbH & Co. KG, 237

CAPÍTULO V Conclusão, 241
V.1 As Premissas, 241
V.1.1 Quanto à Natureza do Direito Autoral, 241
V.1.2 Quanto às Funções do Direito Autoral, 243
V.1.3 Quanto ao Atendimento pelo Direito Autoral de Interesses Sociais, 245
V.1.4 Quanto à Análise Econômica das Relações Envolvendo Bens Protegidos pelo Direito Autoral, 248
V.1.5 Quanto ao Caráter Instrumental das Normas Antitruste, 248
V.2 As Conclusões, 249
V.2.1 A Relação do Direito Autoral com os Princípios Constitucionais do Direito à Educação, à Cultura e à Informação, 249
V.2.2 A Relação do Direito Autoral com o Direito Antitruste, 251
V.2.3 A Aplicação das Normas Antitruste em Situações Envolvendo Bens Protegidos pelo Direito Autoral, 252

Referências, 257

Introdução

O interesse pelo estudo da relação entre a propriedade intelectual e o direito antitruste é novo. Mais novo ainda é, na análise dessa relação, fazer repousar o foco sobre uma das espécies da propriedade intelectual: o direito autoral.

A explicação para essa recente preferência deve-se ao fato de que os bens intelectuais passaram a ocupar importante papel no patrimônio das empresas, tornando-se, por vezes, seu principal ativo, bem como passaram a influenciar os índices de desenvolvimento econômico-social de diversos países, ingressando, desta forma, em diversos mercados.

Dentre as espécies da chamada "propriedade intelectual", a propriedade industrial ou, mais especificamente, as patentes foram os ativos que primeiramente ocuparam papel de destaque.[1] Isto porque elas atribuem direitos cujo exercício impacta, direta e profundamente, diversos setores da vida humana, como: saúde, alimentação, desenvolvimento tecnológico e tantos outros de interesse para a sociedade de uma forma geral.

O olhar atento para a outra espécie da propriedade intelectual – direito autoral – só ocorreu mais tarde (há aproximadamente duas décadas)[2] com os diversos meios de difusão que o desenvolvimento tecnológico[3] fez surgir. Assim sendo, tornam-se esses novos "ativos" (protegidos pelo direito autoral) cada vez mais desejados e valorizados pelo consumidor.

---

[1] "Far more economic research has been done on patent issues, mainly because of their significance for the predominant industrial economy of the 19th and 20th centuries, but also because more funding has historically been available to study the economics of patents. The emergence of an information-based economy in the late 20th century has attracted the attention of economists and economically-informed lawyers to exploring the economics of copyright." Pamela Samuelson. Should Economics play a role in copyright law and policy? *Developments in the Economics of Copyright. Research and Analysis*. United Kingdom: Edward Elgar Publishing Limited, 2005, p. 5.

[2] Exceção feita para as obras de Joseph Taubman (*Copyright and Antitrust*. New York: Federal Legal Publications, 1960) e Arnold Plant (The Economic Aspects of Copyright in Books. *Economica*. New Series, v. 1, nº 2, 1934, p. 167-195).

[3] "It is, I believe, no overstatement to say that the so-called Digital Revolution is one of the most important economic developments of our age, one which promises to fundamentally change our economy, our business, and our daily lives." Jeffrey A. Eisenach e Thomas M. Lenard. *Competition, Innovation and the Microsoft Monopoly*: Antitrust in the Digital Marketplace. USA: Kluwer Academic Publishers, 1999, p. 19.

Com a introdução dessa categoria de bens intelectuais no mercado, inevitável torna-se a interação entre dois regimes jurídicos distintos: o de proteção ao direito autoral e o de proteção à livre concorrência, o que será objeto da análise desta obra. A partir daí, resta demonstrar que os dois regimes (ou domínios), embora aparentemente conflitantes, encontram nas suas origens motivações que os aproximam, o que justifica uma breve análise histórica da propriedade intelectual e do direito antitruste.

No estudo da história das civilizações, percebe-se que as manifestações artísticas desde sempre acompanharam a humanidade, sendo exemplos dessas expressões os desenhos realizados nas cavernas durante o período pré-histórico, a atividade literária (ora criativa, ora simplesmente de divulgação) dos monges da Idade Média, a proclamação de poesias e demais representações teatrais frequentes em diversos países durante o período da monarquia e tantas outras que poderiam aqui ser citadas. É fato que ditas manifestações sempre foram reconhecidas e valorizadas, seja pela concessão de privilégios por aqueles que com elas se regozijavam, seja, mais tarde, pelo surgimento dos mecenas que se dispunham a patrocinar os talentos artísticos ou, ainda, simplesmente, pelo reconhecimento, à época, de um "direito natural" do criador.

Contudo, foi apenas no alvorecer da Modernidade, em 1450,[4] e por conta de uma grande invenção – a descoberta por Gutenberg da imprensa com tipos móveis – que a regulamentação do direito autoral torna-se fundamental, tendo em vista que a nova descoberta viabilizara a cópia em grande escala das obras, o que teria como consequência a ampla divulgação das ideias nelas contidas.[5] Por conseguinte, tornou-se imprescindível, aos olhos do *establishement*, o controle de tal atividade, pois, na visão da realeza, a publicação descontrolada de livros ou panfletos tornar-se-ia um tormento em face da nova descoberta.

É nesse contexto de expansão de uma atividade que nasce o embrião do direito autoral anglo-saxão,[6] na forma de um privilégio de exploração dos direitos de impressão (ou de cópia, daí o nome *copyright*) e de licenciamento conferidos, em 1556, às *Stationers Company*, editores da Coroa inglesa que, a ela aliados, rapidamente assumiram o

[4] "Ces't avec l'humanisme laïc de la Renaissance mais plus encore sous le coup de la découverte de l'imprimerie vers 1450 que les copyrights commencerent à être reconnus. Et encore furent-ils alors reconnus aux éditeurs et aux imprimeurs plutôt qu'aux auteurs". Xavier Greffe. *Économie de la Propriété Artistique*, Paris: Adagp, 2005, p. 18.

[5] Há quem identifique a semente do *copyright* em datas mais remotas, dando notícia de que o primeiro caso relatado seria o Finnian v. Columba, datado de 567 a.C., no qual o rei Dermott, com a célebre frase "*To every cow her calf, and to every book its copy*", condenou o monge Columba, que teria copiado um livro ornamentado de salmos de um monastério na Irlanda. Alexander Lindey. *Plagiarism and Originality*, Connecticut: Greenwood Press Publishers, 1974, p. 101.

[6] Na verdade, dois momentos de nascimento do direito autoral devem ser identificados, o primeiro, já mencionado, na Inglaterra, com motivação de regular o mercado (alterado pela nova tecnologia) e de censura e o segundo, na França, de caráter ideológico, inspirado nos ideais individualistas da Revolução Francesa, que será tratado logo a seguir. Esses movimentos deram origem aos dois sistemas da propriedade intelectual, hoje conhecidos, a saber: o do *copyright* (anglo-saxão), que visa proteger a obra, e o do *droit d'auteur* (europeu continental), que tem por objeto a proteção do autor.

papel de censores, proibindo a divulgação de ideais políticos e religiosos que não fossem "apropriados".[7]

A regra era clara: toda cópia deveria ser registrada nas *Stationers Company:*

> Nor other Book, Pamphlet, paper, nor part of any such Book, Pamphlet, or paper, shall from henceforth be printed, bound, stitched or put to sale by any person or persons whatsoever, unlesse the sale be first approved of and licensed and entred in the Register Book of the Company of Stationers, according to Ancient Custom.[8]

Em pouco tempo, as cópias passaram a ser tratadas como propriedade das *Stationers Company* e como os autores delas não faziam parte, não podiam reivindicar os direitos de *copyright*.[9]

Durante o longo período no qual tais companhias gozaram da exclusividade da atividade de impressão dos livros, estas sofreram diversas ameaças da perda desse monopólio;[10] no último embate, decidiram fundar o seu pleito em argumento baseado no interesse público: alegavam que a perda da exclusividade para publicação dos livros desestimularia os escritores e, com isso, o fluxo de obras diminuiria, o que seria danoso à coletividade.

Sensibilizado pela motivação apresentada, mas, especialmente, objetivando extinguir o monopólio das editoras, é que o Parlamento inglês decidiu aprovar o Estatuto da Rainha Ana, de 10 de abril de 1710[11] (também conhecido como *Copyright Act* de 1710), o

---

[7] William Cornish e David Llewelyn. *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*. 6. ed. London: Sweet and Maxwell, 2007, p. 375–376.

[8] Frederick S. Siebert. Freedom of the Press in England. *1476-1776:* The Rise and Decline of Government Control. p. 195–197.

[9] "The stationer's copyright was literally a right to copy-that is, a right to reproduce a given work for sale. The basic purpose of this right was to provide order for the book trade by establishing a method to enable publishers to have the exclusive right to publish a work without competition as to that work. And the sanctions for copyright came from the company, for it was the company, not the author, which granted the copyright. From the stationers' viewpoint, copyright was protection against rival publishers, not against authors [...]" John Feather. From Rights in Copies to Copyright: The Recognition of Authors' Rights in English Law and Practice in the Sixteenth and Seventeenth Centuries. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*. v. 10, nº 2, 1992, p. 455.

[10] Além da atividade de censura exercida pela Stationers' Company e sob a óptica do direito antitruste, dá-se aí o nascimento de um monopólio coletivo ou mesmo de um cartel nas atividades de produção e distribuição no mercado de livros da Inglaterra (o que foi contestado por Locke): "Locke´s memorandum spells out two separate grievances against the Stationers: their censorship power on behalf of the Crown, as several commentators stress, and the perpetual monopoly held over the English book trade by the 'lazy, ignorant Company of Stationers, to say no worse of them'." Antonio Nicita and Giovanni B. Ramello. *Property, Liability and Market Power:* The Antitrust Side of Copyright. Department of Public Policy and Public Choice – POLIS, Working Paper nº 84, dez. 2006, p. 6.

[11] "O estatuto [que foi promulgado em 1709 e entrou em vigor em 10 de abril de 1710 e não em setembro, como se refere a autora] previa o direito de cópia do livreiro pelo período de 21 anos, e a patente de impressão, significando grande avanço na normatização dessas relações por se tratar de uma lei (geral e pública), e não mais de um acordo cooperativo. Entretanto, os grandes beneficiários continuavam sendo livreiros, em virtude da cessibilidade dos direitos de autoria. Apontam-se três méritos principais do Statute of Anne: a) transformou o direito de cópia dos livreiros (monopólio e censura) em um conceito de regulação comercial, mais voltado à promoção do conhecimento e à diminuição dos respectivos poderes (limitação no tempo, liberdade de cessão do *copyright* e controle de preços); b) criou o domínio público para a literatura (cada livro poderia ser explorado por 14 anos, podendo esse prazo ser prorrogado por uma única vez) acabando com a perpetuidade, porque, no velho sistema, toda a literatura

qual, diferentemente da lei anterior, passa a conferir aos **autores** e cessionários por eles escolhidos o direito exclusivo de publicar seus livros.[12] Esse estatuto, tido como o primeiro documento a reconhecer o direito autoral, apresenta finalidade antitruste, ao impor alterações na operação das *Stationers' Company*,[13] ao mesmo tempo em que coíbe a prática de preços injustificadamente altos no mercado de livros.[14]

Os editores, lembre-se, continuavam indiretamente protegidos na medida em que o *Copyright Act* de 1710 permitia que os autores a eles cedessem esses direitos. Contudo, o mesmo previa uma limitação de tempo para o exercício de tal monopólio, com o que envidaram os editores novos esforços, desta vez, no sentido de tornar o direito perpétuo, fundamentando seu pleito não mais no interesse público, mas na teoria de Locke de que a propriedade nasce do trabalho do indivíduo. Como o livro, indubitavelmente, era produto do trabalho humano, ao indivíduo que o havia escrito cabia o direito de autorizar ou não sua utilização por terceiros. Ainda que a lei não protegesse a obra, o autor poderia fazê-lo com base no "direito natural".[15]

A positivação deste direito, entretanto, seguiu seu curso, pois incentivados pela publicação do *Copyright Act*, novos atos foram editados naquele país, visando a proteção de outras espécies de criações, como as esculturas e pinturas (1798 e 1814), os desenhos e as fotografias (1862, com o *Fine Arts Copyright Act*). No mesmo período (1833), surge o direito de execução pública, reconhecido no caso de obras de dramaturgia, tendo sido estendido às obras musicais (1842).

Não obstante os direitos anteriormente referidos não dizerem mais respeito ao "direito de cópia", mas sim ao "direito do autor", essa expressão jamais foi utilizada na Inglaterra que, até hoje, se refere ao *copyright* para açambarcar a proteção às mais variadas espécies de criação e divulgação da obra.[16]

---

que se enquadrasse nos padrões censórios deles poderia ser impressa; c) permitiu que os autores depositassem livros em seu nome pessoal, tirando-os, por um lado, do anonimato e por outro criando a memória intelectual do país com a doação de livros à universidades e bibliotecas públicas." Eliane Y. Abrão. *Direitos de Autor e Direitos Conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 29-30.

[12] Sobre a história e a visão econômica do Estatuto, ver o artigo de Dennis W. K. Khong. The Historical Law and Economics of the First Copyright Act. *Erasmus Law and Economics Review*. nº 1, mar. 2006, p. 35-69.

[13] "While it [the Statute] did provide a property in books to bring stability to an insecure book trade, at the same time it introduced measures to try to ensure that no monopolistic abuses could be brought to bear upon that trade." Ronan Deazley. *Rethinking Copyright. History, Theory, Language*. UK: Edward Elgar, 2006, p. 13.

[14] "In the very simple setting of the seventeenth – and eighteenth-century book industry, the Statute of Anne – the world's first copyright law – was a complex legal measure aimed at breaking up the powerful Stationers' cartel and increasing competition for printed books." Antonio Nicita e Giovanni B. Ramello. *Property, Liability and Market Power:* The Antitrust Side of Copyright. Department of Public Policy and Public Choice – POLIS, Working Paper nº 84, dez. 2006, p. 2.

[15] Alfred C. Yen. Restoring the Natural Law: Copyright as Labor and Possession. *Ohio State Law Journal*, v. 51, 1990, p. 524-527.

[16] "[...] a change to 'author's right' might well symbolise some preference for creator over entrepreneur. That is something which has rarely attracted much ardour in Britain." William Cornish e David Llewelyn. *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*. 6. ed. London: Sweet and Maxwell, 2007, p. 379.

Paralelamente às conquistas ocorridas no território inglês estava a França se preparando para sediar uma importante revolução, que é deflagrada em 1789, momento no qual o direito autoral é reconhecido com base em pressupostos diferentes daqueles utilizados pela Coroa inglesa: com a Revolução Francesa, dá-se a abolição de todos os privilégios e o direito autoral transforma-se na "mais sagrada das propriedades", passando a ser, aí sim, um direito efetivamente do autor (daí a expressão *droit d'auteur*) e não dos editores.[17]

O regime anterior não mais servia aos escritores, que, desempenhando um relevante papel de disseminação das ideias nesse movimento histórico, exigiam uma recompensa melhor pelo seu trabalho.

Assim, é editada, dentro de novo contexto legislativo, pela Assembleia Constituinte francesa, a Lei Chapelier, marco inicial do direito autoral, como é hoje conhecido na maior parte das legislações modernas.

Já no que diz respeito ao sistema de patentes, foi ele desenvolvido na Europa, entre os séculos XV e XVIII, através da promoção da atividade inventiva, mediante o oferecimento de recompensas, materiais e sociais, como prêmios em dinheiro e títulos de nobreza, dentre outros. Ao longo dos séculos, os prêmios, que eram uma graça real, passaram de dinheiro, cargos e favores para "privilégios de invenção", aí se encontrando o antecedente do atual sistema de patentes.

Inicialmente, a criatividade inventiva foi um instrumento utilizado pelo Estado para solucionar problemas do cotidiano,[18] sendo dele a decisão do que seria inventado e o

---

[17] Diferentemente dos ingleses, os autores franceses não se curvaram ao monopólio criado e, já no século XVI, iniciaram um movimento para terem seus direitos reconhecidos, movimento este que passa a encontrar repercussão nas cortes francesas, que vão aos poucos disciplinando as relações entre escritores e editores. Na França, o primeiro privilégio parece ter sido concedido em 1507 por Luís XII à Antoine Vérard, sobre o que afirma Lucas: "[l]e moins qu'on puísse dire est que l'auteur n'est pas au centre du dispositif [...] la jurisprudence du Conseil du Roi va progressivement recentrer sur la persone de l'auteur le privilège conçu dans l'intérêt des imprimeurs [...]. Le tournant décisif est pris avec un arrêt réglementaire du 30 août 1777, le cinquième d'une série de six datés du même jour, laquelle comprend un arrêt sur les contrefaçons qui forme avec lui, selon Pouillet, un "véritable Code de la propriété littéraire". Il consacre tout à la fois les droits des libraires et ceux des auteurs, mais en prenant bien soin de les distinguer. [...] Le même terme de "privilège" recouvre donc deux réalités bien différentes selon la personne du bénéficiaire. L'exclusivité accordée au libraire a une finalité purement économique et elle est temporaire. Au contraire, celle qui est reconnue à l'auteur, même si elle trouve sa source dans une "grâce" royale, s'analyse comme une "propriété de droit". [...] Les privilèges des auteurs et des libraires furent abolis comme les autres le 4 août 1789. On ne mit pas longtemps à comprendre les effets néfastes de cette suppression. D'où les lois (les décrets dans la terminologie de l'époque) des 13–19 janvier 1791 et 19–24 juillet 1793 consacrant respectivement le droit de représentation des auteurs d'oeuvres dramatiques et le droit de reproduction des "auteurs d'écrits en tout genre", des compositeurs de musique, peintres et dessinateurs. Ces textes marquent-ils une rupture par rapport au droit antérieur? On incline à le penser en constatant qu'ils se réfèrent l'un et l'autre au droit de propriété, que la Déclaration des droit de l'homme et du citoyen de 1789 regardait comme "inviolable et sacré", ce qui n'est pas compatible avec l'idée de privilège. Le droit naturel est d'ailleurs ouvertement invoqué, pour la première fois, par les rapporteurs. Le Chapelier s'écrie par exemple en 1791: "La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et, si je puis parler ainsi, la plus personnelle des propriétés, est l'ouvrage fruit de la pensée d'un écrivain [...]" A. Lucas e H. J. Lucas. *Traité de la Propriété Litteraire et Artistique*. Paris: Litec, 1994, p. 4-11.

[18] Exemplo disso é o caso da determinação da longitude em alto-mar, mediante mecanismo de relojoaria, imprescindível para navegação comercial e militar. As coroas holandesa, inglesa e espanhola ofereceram, cada uma, recompensa a quem solucionasse tal problema que só foi resolvido no século XVIII, quando John Harrison inventou o cronômetro marítimo e ganhou o prêmio da coroa inglesa.

quanto pagaria pela invenção.[19] Se algo fosse criado, sem requisição, aquela criação tornar-se-ia nula, não tendo valor de mercado, fazendo com que os inventores guardassem na gaveta seus inventos, esperando que, um dia, este pudesse trazer um retorno econômico.[20]

Decorrido algum tempo, as invenções passaram a alavancar o crescimento econômico, com o que se torna indispensável um sistema de reconhecimento mais atrativo. A fim de incentivar a atividade criativa e, consequentemente, o crescimento econômico, em 1474, na Itália (mais precisamente em Veneza), foi criada a primeira lei a positivar um sistema de privilégios, abolindo, pois, a possibilidade de não haver a proteção ao novo invento, o que selou a conscientização da existência do valor econômico da invenção. O mesmo ocorre no direito inglês, em 1624, com a edição do *Statute of Monopolies*, que concedia ao inventor proteção de 14 anos para seu invento;[21] estes dois países são os precursores na regulamentação do sistema de patentes em atos que já apresentavam as principais características do sistema de hoje e que serviram de fonte de inspiração para todas as legislações modernas.

Na França, a história das patentes também começa com privilégios concedidos pela monarquia de forma aleatória. A primeira lei francesa – a *Déclaration du Roi concernant les Privilèges* – possuía apenas seis artigos e tinha por finalidade organizar o sistema de exploração dos privilégios de invenção. Influenciados pelos ideais de Rousseau, em 1791 surge nova lei de patentes, baseando-se no direito natural e no contrato social, estatuto este que influenciou não só a Europa como toda a América Latina.[22]

Curiosa é a verificação de que os sistemas de proteção da propriedade industrial e do direito autoral, hoje espécies do mesmo gênero – a propriedade intelectual – guardando, portanto, alguma identidade, nasceram em momentos distintos e foram fundados em diferentes motivações, dessemelhança que será lembrada em diversos momentos deste livro.

A história da relação do direito antitruste com a propriedade intelectual ocorre primeiramente com a propriedade industrial, cujos bens, objeto de proteção, como já dito, de início interessaram ao mercado. Este fato pode ser apontado como motivador de equívocos por parte de muitos operadores do direito que, frequentemente, ao se referirem a um enfoque antitruste da propriedade intelectual, tratam, na verdade, somente de casos relacionados à propriedade **industrial**. Este tratamento impreciso no exame das duas espécies da propriedade intelectual resulta em uma abordagem inapropriada das questões

---

[19] "Os privilégios eram conferidos em cartas abertas (*litterae patentes*) que não asseguravam uma proteção eficaz ao inventor. Tratava-se de um mero ato de graça (benevolência). Não havia um direito a tal privilégio." Bruno Jorge Hammes. *O Direito da Propriedade Intelectual. Subsídios para o Ensino*. São Leopoldo: Unisinos, 1996, p. 21.

[20] J. Patricio Sáiz Gonzáles. *Invención, Patentes e Inovación en la España Contemporánea*. Madrid: Oficina Española de Patentes y Marcas, 1999, p. 65.

[21] William Cornish e David Llewelyn. *Intellectual Property*: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, 6. ed. London: Sweet and Maxwell, 2007, p. 116.

[22] J. Patricio Sáiz Gonzáles. *Invención, Patentes e Inovación en la España Contemporánea*. Madrid: Oficina Española de Patentes y Marcas, 1999, p. 65-66.

que envolvem o direito autoral; apenas recentemente é que se começou a diferenciar esta espécie separadamente na sua relação com o direito antitruste.

Ao se falar da relação entre o direito autoral e o direito antitruste o que se está abordando é a relação entre os princípios constitucionais do reconhecimento ao autor de um direito "exclusivo"[23] sobre suas criações (art. 5º, inciso XXVII) de um lado e, de outro, o estímulo à livre concorrência mediante a repressão do abuso de poder econômico, que vise a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros (art. 173, § 4º). Esses princípios constitucionais, não raramente, entram em "conflito", até que o intérprete indique qual deles prevalecerá no caso concreto. É o que ocorre com as normas de direito autoral e de direito antitruste.

Com vistas a solucionar esses aparentes conflitos, alguns países, tomando por base a experiência de seus órgãos reguladores, adotaram postura preventiva, estabelecendo parâmetros que ajudam a distinguir as condutas envolvendo a propriedade intelectual que são pró-competitivas das condutas ilícitas, de modo a guiar os agentes do mercado. O enfoque dado a tais políticas, é preciso que se mencione, leva sempre em consideração as condições especiais dos mercados nacionais, as tradições legais nacionais e outras considerações de interesse público.[24] Exemplo de tal iniciativa é o *Guia antitruste para o licenciamento de propriedade intelectual*, editado pelo U.S. Department of Justice, o qual será tratado adiante.

Por ora, cabe vincar que o direito autoral não teve o seu nascimento condicionado pelo direito antitruste ou, pelo menos, tal assertiva não se aplica ao *droit d'auteur*, uma vez que, como já referido, na história do surgimento do *copyright*, um viés concorrencial pode ser identificado.

Quanto ao *droit d'auteur*, em que o fundamento principal é a garantia de um direito, dentre tantos outros conquistados no contexto da Revolução Francesa, o aspecto econômico que pode ser identificado apresenta outra conotação: no bojo da garantia de um direito de propriedade atribui-se ao titular o direito de usar, dispor e fruir daquele bem: o bem intelectual.

Totalmente inapropriado é o pensamento de que a estrutura jurídica da propriedade intelectual teve como intuito a correção da falha de mercado estabelecida pelo fato do bem protegido pelo direito autoral (ou a maior parte deles) poder ser consumido por todos ao mesmo tempo. Se a exclusividade reconhecida pelo regime do direito autoral acabou servindo para determinar a escassez necessária à introdução destes bens no mercado, cumprindo uma função relevante para o direito antitruste, diga-se, desde logo, que isso se deve ao acaso.

Oportuno é agora fazer um breve apanhado sobre como se deu a relação entre essas duas disciplinas no decorrer dos tempos, sendo correto afirmar que, quando o direito

[23] A expressão "exclusivo", neste contexto, deve ser acompanhada de alguns esclarecimentos, que serão feitos adiante.

[24] UNCTAD–ICTSD. *Resource Book on TRIPS and Development*. USA: Cambridge University Press, 2005, p. 541.

antitruste passa a "interessar-se" pelos bens protegidos pela propriedade intelectual, parece haver um conflito entre as duas matérias: o então chamado "monopólio" criado pelos direitos de propriedade intelectual é incompatível com as normas antitruste que teriam como uma de suas principais funções a de reprimir os monopólios, tendo em vista seus efeitos anticoncorrenciais. Nessa época, o caminho encontrado pela doutrina norte-americana e pelas cortes de tal país com vistas à manutenção da coerência do sistema jurídico foi no sentido do estabelecimento de uma "imunidade" aos casos envolvendo bens protegidos pela propriedade intelectual sob o argumento de que as normas não poderiam "anular" o monopólio que era conferido pelo Estado ao detentor de uma propriedade intelectual.[25]

Já em um segundo momento, levando-se em conta o fortalecimento da disciplina do direito antitruste nas legislações dos países desenvolvidos e o aparecimento da visão econômica do direito, além da significativa contribuição dos bens intelectuais para o crescimento das economias domésticas, o direito exclusivo dos titulares continua a ser reconhecido, mas a sua limitação ou a relativização passam a ser aceitas na hipótese de esta exclusividade viabilizar práticas prejudiciais ao mercado, o que fica claro no caso United States v. Line Material Co. (1948).[26]

Nos anos 1970, os Estados Unidos da América, na qualidade de país produtor e exportador de bens protegidos pela propriedade intelectual, estabeleceram a política dos "Nine No-Nos"[27] utilizada pelo Departamento de Justiça americano e explicitada por seu

[25] "Notwithstanding these exceptions, the general rule is absolute freedom in the use or sale of rights under the patent laws of the United States. The very object of these laws is monopoly, and the rule is, with few exceptions, that any conditions which are not in their very nature illegal with regard to this kind of property, imposed by the patentee and agreed to by the licensee for the right to manufacture or use or sell the article will be upheld by the courts. **The fact that the conditions in the contracts keep up the monopoly or fix prices does not render them illegal"** (grifos nossos). Suprema Corte dos EUA, caso *Bement & Sons v. National Harrow Co.* (1902). Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/186/70/case.html>.

[26] "Where two or more patentees with competitive, non infringing patents combine them and fix prices on all devices produced under any of the patents, competition is impeded to a greater degree than where a single patentee fixes prices for his licensees. The struggle for profit is less acute. Even when, as here, the devices are not commercially competitive because the subservient patent cannot be practiced without consent of the dominant, the statement holds good. The stimulus to seek competitive inventions is reduced by the mutually advantageous price-fixing arrangement." Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/333/287/case.html>.

[27] "The practices known as the 'Nine No-Nos' were:

(1) mandatory package licensing;
(2) tying of unpatented supplies to the licensing of patented products;
(3) compulsory assignment of grantbacks;
(4) vertical distribution restraints, such as post-sale restraints on resale by purchasers;
(5) compulsory payment of royalties of amounts unrelated to the sales of the patented product;
(6) restrictions on the licensee's freedom to deal in products or services outside the scope of the patent;
(7) grants to the licensee of veto power over further licenses;
(8)restraints in sales of unpatented products made by a patented process; and
(9) minimum price maintenance."

Makan Delrahim. *The Long and Winding Road:* Convergence in the Application of Antitrust to Intellectual Property. USA: Department of Justice, 2004, p. 6, nº 13. Disponível em: <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/205712.pdf>.

procurador adjunto Bruce B. Wilson em consideração à 4ª Conferência sobre antitruste, patentes e contratos de licença de *know-how* da Nova Inglaterra, ocorrida em 6 de novembro de 1970.[28] Esta política visou listar práticas consideradas abusivas envolvendo a propriedade intelectual, em especial relativas às patentes.

Finalmente, em 1995, é editado pelas autoridades antitruste norte-americanas – *U.S. Department of Justice* (DOJ) e *Federal Trade Comission* (FTC) – o *Guia antitruste para o licenciamento de propriedade intelectual*, que estabelece parâmetros a serem observados pela autoridade concorrencial americana em casos envolvendo a propriedade intelectual.[29] Citando o caso *Atari Games Corp. v. Nintendo of America*,[30] afirma o documento que as leis que regem a propriedade intelectual e as leis antitruste compartilham da mesma meta, que é a promoção da inovação e a melhora do bem-estar social. Apesar da tensão existente entre as duas disciplinas, reconhece o documento serem elas complementares, entendimento este que vigora até hoje.

Três são os princípios referidos no guia como balizadores da análise de casos envolvendo a propriedade intelectual:

(i) A propriedade intelectual deve ser comparável às demais formas de propriedade.

(ii) Não se deve presumir que a propriedade intelectual crie poder de mercado no contexto antitruste.

(iii) O licenciamento de uma propriedade intelectual faculta às empresas agregar outros fatores da produção e tal atitude é, em geral, pró-competitiva.

Outras conclusões do referido documento que merecem igualmente destaque são:

(i) A propriedade intelectual não está imune à análise antitruste e tampouco é especialmente suspeita sob a óptica da mesma.

(ii) Se uma patente ou outra forma de bem protegido pela propriedade intelectual confere poder de mercado ao seu titular, este poder não é necessariamente contrário às normas antitruste nem obriga o titular a licenciar o uso de tal propriedade a terceiros.

(iii) Na grande maioria dos casos, restrições ao licenciamento de propriedade intelectual são avaliadas mediante a aplicação da regra da razão, o que implica dizer que a autoridade antitruste, neste caso, levará em consideração

[28] U.S. Department of Justice. *The Long and Winding Road:* Convergence in the Application of Antitrust to Intellectual Property, 6 out. 2004. Disponível em: <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/205712.pdf>.

[29] Antitrust Guidelines for the licensing of Intellectual Property. Disponível em: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0558.htm>. Acesso em: ago. 2009.

[30] Estados Unidos, Atari Games Corp. v. Nintendo of America Inc., nº 975 F.2d 832, 10 set. 1992.

se a restrição é razoavelmente necessária para o fim de atingir benefícios pró-concorrenciais que superem os efeitos anticoncorrenciais.

Referido documento, por ocasião do delineamento das áreas por ele abrangidas, frisa que o *copyright*, diferentemente da patente, não impede terceiros de criar algo semelhante.[31] Tal observação remonta ao fato de que o direito autoral (tanto lá como no Brasil) não protege a ideia, mas somente a sua expressão individual, aspecto que será abordado mais adiante.

No tocante à Europa,[32] a análise deve ser feita a partir da promulgação do Tratado de Roma (1957),[33] que continha as primeiras regras severas disciplinadoras do poder nos mercados. Todavia, não foi possível naquele documento prever-se expressamente o controle das concentrações (imprescindíveis para o auxílio das reconstruções de diversos países europeus), seja pela pouca força dos órgãos comunitários naquele momento, seja pelo delicado aspecto político da soberania dos países-membros. Adicionalmente, no âmbito da nova comunidade que se formava, outras peculiaridades se fizeram presentes: a harmonização das legislações internas de todos os países-membros tornou-se medida essencial para o sucesso do modelo de bloco econômico,[34] eis que, não fosse dessa forma, certamente as disparidades entre os ordenamentos nacionais, a falta de proteção ou mesmo as incertezas fariam com que os titulares de direitos ficassem mais receosos na negociação dos seus ativos.[35]

---

[31] Antitrust Guidelines for the licensing of Intellectual Property. Title 1, item 1.0, p. 2. Disponível em: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0558.htm#t21>.

[32] Sobre a história do antitruste nos Estados Unidos da América, na Europa e, ainda, sobre a influência da tradição americana na construção dos fundamentos da política concorrencial europeia, v. Nicola Giocoli. "Competition versus property rights: American antitrust law, the Freiburg School, and the early years of European competition policy". *Journal of Competition Law and Economics*, 2009, p. 1– 40.

[33] O Tratado de Roma é aquele que institui a Comunidade Econômica Europeia, tendo sido assinado em Roma, em 25 de março de 1957, e entrado em vigor em 1º de janeiro de 1958. Esse Tratado foi emendado pelo chamado Tratado de Lisboa, assinado em 13 de dezembro de 2007 e entrado em vigor em 1º de dezembro de 2009. Além de emendar o Tratado de Roma, o Tratado de Lisboa, inicialmente conhecido como Tratado Reformador, emendou o Tratado da União Europeia ou *Tratado de Maastricht*, assinado em 1992. Nesse processo, o Tratado de Roma foi renomeado como Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Essas alterações realizadas pelo Tratado de Lisboa objetivaram permitir a sobrevivência do Tratado de Roma, uma vez que sua nomenclatura restou obsoleta frente à extinção da Comunidade Econômica Europeia, que passa a chamar-se União Europeia. Os números dos dispositivos do Tratado de Roma foram modificados por ocasião da entrada em vigor do novo tratado (Tratado de Lisboa), sendo que, por conta da recente implementação, a maioria dos autores ainda faz uso da numeração do antigo Tratado de Roma. Será respeitada no presente trabalho a opção do autor, em cada trecho citado, quanto ao nome novo ou antigo.

[34] "L'évolution du droit d'auteur est loin d'être achevée et la conception française n'est pas assurée de son avenir, car les autorités communautaires, ici comme partout, ont entamé un processus d'harmonisation des législations sur le droit d'auteur. Cette harmonization s'explique par plusieurs considérations. Tout d'abord, il existe de grandes disparités entre les diverses législations européennes dans le domaine du droit d'auteur, ce qui correspond souvent à des divergences de fond. De telles différences et le fait que le droit d'auteur confère des droits à la fois exclusifs et territoriaux peuvent, dans certains cas, gêner la libre concurrence ou la libre circulation des biens. Ensuite, les autorités communautaires sont sensibles, dans leur vision utilitariste du droit, à l'importance économique de ce que l'on appelle les industries culturelles ainsi qu'à leur poids toujours croissant dans le commerce international des pays développés." Frédéric Pollaud-Dulian. *Le Droit D'Auteur*. Paris: Economica, 2005, p. 52.

[35] Marc Bonofacio. The Information Society and the Harmonisation of Copyright and Related Rights: (Over)stretching the Legal Basis of Article 95 (100A). *Legal Issues of Economic Integration*. nº 26, 1999, p. 30.

No que tange à propriedade intelectual, acirradas discussões aconteceram acerca da competência da União Europeia para harmonizar as normas a esta matéria, relacionadas em face do disposto no art. 345 (ex-295) do Tratado da União Europeia,[36] cuja interpretação enseja a conclusão de que o mesmo não pode interferir nos sistemas nacionais de propriedade. A solução encontrada pela Corte de Justiça Europeia (ECJ) foi no sentido do estabelecimento de uma distinção entre a **existência** e o **exercício** dos direitos de propriedade intelectual, de modo que a existência de tal direito não possa ser questionada ou restringida pelo Tratado, o que não ocorre com o exercício do direito, que encontra limites nos seus arts. 28 a 30 (34 a 36), 81 e 82 (101 e 102).[37]

---

[36] Tratado que institui a União Europeia, assinado em Maastricht em 1992, com emenda realizada pelo Tratado de Amsterdam em 2 de outubro de 1997. O referido art. 222, que, após tal emenda, passou a ser o de número 295, dispõe: "This Treaty shall in no way prejudice the rules in Member States governing the system of property ownership".

[37] A numeração dos artigos aqui referidos foi verificada na Tabela de Correspondência entre o Tratado que institui a União Europeia e o Tratado de Lisboa. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0361:0388:PT:PDF>. Acesso em: set. 2010.

Article 34 (ex Article 28) – Quantitative restrictions on imports and all measures having equivalent effect shall be prohibited between Member States.

Article 35 (ex Article 29) – Quantitative restrictions on exports, and all measures having equivalent effect, shall be prohibited between Member States.

Article 36 (ex Article 30) – The provisions of Articles 28 and 29 shall not preclude prohibitions or restrictions on imports, exports or goods in transit justified on grounds of public morality, public policy or public security; the protection of health and life of humans, animals or plants; the protection of national treasures possessing artistic, historic or archaeological value; or the protection of industrial and commercial property. Such prohibitions or restrictions shall not, however, constitute a means of arbitrary discrimination or a disguised restriction on trade between Member States.

Article 101 (ex Article 81)

1. The following shall be prohibited as incompatible with the common market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market, and in particular those which:

(a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions;

(b) limit or control production, markets, technical development, or investment;

(c) share markets or sources of supply;

(d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;

(e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

2. Any agreements or decisions prohibited pursuant to this Article shall be automatically void.

3. The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of:

– any agreement or category of agreements between undertakings; –– any decision or category of decisions by associations of undertakings;

– any concerted practice or category of concerted practices, which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not:

(a) impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives;

(b) afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question.

Article 102 (ex Article 82)

Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the common market insofar as it may affect trade between Member States.

Such abuse may, in particular, consist in:

Diversas decisões envolvendo o assunto do direito autoral demonstram a orientação da Corte de Justiça Europeia (*European Court of Justice* – ECJ) no sentido de que ela não proibirá o exercício desse direito exclusivo, se restar comprovado que a restrição a ser imposta afetaria a função essencial do mesmo, posição que foi ratificada em mais de um caso julgado, onde o direito autoral prevaleceu sobre o princípio da liberdade de movimentação de mercadorias e serviços entre as fronteiras.[38]

A política antitruste desenvolvida pela União Europeia, vale ressalvar, apresenta-se de forma a valorizar os direitos de propriedade intelectual, pois:

(i) aceita a conquista de uma posição monopolista na medida em que tenha havido investimento para tal;

(ii) na maior parte dos casos garante ao titular de uma propriedade intelectual o exercício de seus direitos, ainda que, para tanto, seja negado o acesso de competidores no mercado; e

(iii) reconhece que os preços praticados pelos detentores de propriedade intelectual, embora tenham posição dominante no mercado, devem incluir um retorno que reflita, de modo adequado, a função de recompensa da propriedade intelectual.[39]

Em que pese as importantes premissas sobre as quais se baseia o sistema europeu, há quem afirme que a postura que vem sendo adotada pela União Europeia é mais restritiva do que aquela adotada nos Estados Unidos da América.[40] Este aspecto poderia levar as empresas a preferirem este país para o desenvolvimento da atividade de pesquisa e desenvolvimento (R&D), bem como para o estabelecimento da base para a produção de seus bens, que, posteriormente, seriam exportados para a Europa, o que teria como consequência perdas para o Mercado Comum Europeu.[41]

Fato incontestável é que o tratamento da disciplina antitruste na Europa é mais complexo do que nos demais países pela existência de diversas legislações que ainda devem

---

(a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;

(b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;

(c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;

(d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

[38] "The ECJ could not prohibit the exercise of an exclusive right, if this would effect its 'specific subject matter' or 'essencial function'. This was clearly demonstrated in a number of cases where copyright prevailed over the freedoms of cross-border movement of goods and providing services." Marc Bonofacio. The Information Society and the Harmonisation of Copyright and Related Rights: (Over)stretching the Legal Basis of Article 95 (100A), p. 11.

[39] Steven D. Anderman e Hedvig Schmidt. EC Competition Policy and IPRs. *The Interface Between Intellectual Property Rights and Competition*. Singapore: Cambridge University Press, 2007, p. 38.

[40] Dentre as medidas mais restritivas inclui-se o grau de intervencionismo dos países-membros da União Europeia ser maior do que o dos Estados Unidos da América.

[41] Valentine Korah. *Intellectual Property Rights and the EC Competition Rules*. Oregon: Hart Publishing, 2006, p. 169.

ser harmonizadas, movimento que vem rapidamente se consolidando. Por certo, a Europa está desenvolvendo um sistema próprio de direito antitruste, o que pode ser verificado nas decisões e na doutrina que lá vem se estabelecendo, as quais, muitas vezes, não são previsíveis sob a óptica do direito norte-americano.[42]

Difícil é dizer qual o melhor modelo ou a relação mais apropriada a se estabelecer entre o direito autoral e o direito antitruste. Da análise desta relação nos sistemas jurídicos que contam com maior experiência no assunto (União Europeia, Estados Unidos da América e Japão), ver-se-ão diferentes formas de acomodação dessas disciplinas legais. Em todos há o reconhecimento de que, por vezes, a preocupação com a política antitruste prevalecerá sobre o exercício dos direitos de propriedade intelectual associado a um substancial poder de mercado. As variações existentes entre esses sistemas não são facilmente perceptíveis, sendo indicada uma análise mais profunda das peculiaridades de cada um deles de modo a bem conhecê-los,[43] o que faz com que o recurso ao direito comparado, quando efetuado, deva ser feito com muita cautela.

No que se refere ao Brasil, pouco há que se dizer além do reconhecimento de que muito incipiente é a aplicação da Lei nº 8.884/1994 em casos envolvendo a propriedade intelectual,[44] motivo pelo qual ainda não é possível prever, com clareza, como o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) se posicionará em relação a uma ou outra questão, mormente se considerado que o nosso mercado sofre distorções causadas pela informalidade e por atos de concorrência desleal que afetam a dinâmica do mercado.[45, 46]

---

[42] James A. Rahl. Common Market and European Antitrust Systems: an Overview. *Antitrust Law Journal*. v. 40, 1970-1971, p. 778.

[43] "For example, in Japan, at first sight its competition law gives an extensive legislative immunity to intellectual property rights; [...] Yet, on closer examination, the provision has not been interpreted as an overall exemption to all exercise of intellectual property rights but can be limited in cases of private monopolization or undue restraint of trade. In the EU and US, in contrast, there are no explicit legislative immunities in the competition rules of Articles 81 and 82 of the European Treaty or Sections 1 and 2 of the Sherman Act. Instead, the general competition rules in both legal systems have been given judicial and administrative interpretations that result in their application to the exercise of IPRs in extreme cases." Steven D. Anderman. EC competition policy and IPRs. *The Interface Between Intellectual Property Rights and Competition Policy*. Singapore: Cambridge University Press, 2007, p. 3.

[44] Na realidade, a eficácia da legislação antitruste no Brasil, de uma forma geral, demorou a acontecer. Como observa Gilberto Bercovici: "[...] na prática, a Lei nº 4.137/1962 nunca teve eficácia. De 1963 a 1990, o CADE analisou poucos processos (somente onze até 1975, tendo detectado abuso de poder econômico em apenas um deles). A razão da pouca importância dada ao CADE e à legislação antitruste no Brasil nas décadas de 1960 e 1970 é simples: a política econômica do regime militar era francamente favorável à concentração empresarial e à formação de conglomerados." Gilberto Bercovici. *Constituição Econômica e Desenvolvimento:* Uma Leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 29–30.

[45] Conforme aponta Barbara Rosenberg (Diretora do Departamento de Proteção e Defesa Econômica do Ministério da Justiça). Diretrizes Antitruste em Matéria de Propriedade Intelectual. *In:* XXV Seminário Nacional da Propriedade Intelectual. A importância da Propriedade Intelectual na Indústria e no Comércio: Agregando Valor aos Produtos e Serviços, *Anais 2005*. ABPI, p. 25 e 26.

[46] Informa Paulo Rosa Jr., Diretor-geral da Associação Brasileira dos Produtores Fonográficos, que, embora a pirataria tenha tido início em 1997 com a evolução do mundo digital, a Associação só em 2001 passou a fazer pesquisa de mercado, a qual revelou um índice de pirataria no setor de 35%, índice este que avançou para 44% em 2002 e para 52% em 2003. Paulo Rosa Jr. Direitos Autorais: Questões Atuais. *In:* XXV Seminário Nacional da Propriedade Intelectual. A importância da Propriedade Intelectual na Indústria e no Comércio: Agregando Valor aos Produtos e Serviços, Painel 6, *Anais 2005*. ABPI, p. 78.

A exemplo do que aconteceu nos Estados Unidos da América, cogita-se sobre a elaboração de um "guia" que trace alguns parâmetros para a análise antitruste de casos envolvendo a propriedade intelectual no sistema legal brasileiro, o que ainda não ocorreu.

A par disso, resta apenas a análise dos poucos casos que foram julgados sobre o assunto nos órgãos brasileiros de defesa da concorrência (o que será feito no Capítulo IV da Parte III), de modo a deles se extraírem alguns conceitos que, aos poucos, vão formando a política adotada nesse setor.

Ainda sobre o objeto desta obra, deve ficar claro que não se pretende fazer uma explanação sobre as duas disciplinas jurídicas: direito autoral e direito antitruste, até porque numerosos são os estudos bem-sucedidos sobre ambos os assuntos. Frise-se, mais uma vez, o propósito principal desse estudo é a análise da interseção entre essas duas disciplinas e de como se relacionam as normas de direito autoral e as do direito antitruste, com vistas a se estabelecerem os princípios gerais norteadores desta relação.

Não anseie também o leitor encontrar aqui uma profunda análise sobre a aplicação da Teoria de Pareto[47] ou de Coase[48] na solução dos casos práticos envolvendo essas duas disciplinas jurídicas; a missão aqui terá sido muito bem cumprida ao comprovar que:

(i) as normas de direito antitruste aplicam-se, sim, aos bens protegidos pelo direito autoral;

(ii) não se deve transplantar os princípios já consolidados envolvendo casos cujo objeto seja bens protegidos pelo regime das patentes a casos envolvendo o direito autoral – não sem antes, pelo menos, perquirir sobre as características específicas do bem analisado;

(iii) a aplicação de teorias econômicas visando a parametrização da análise antitruste no caso dos bens protegidos pelo direito autoral não se mostra adequada, na maior parte das vezes; e

(iv) o delineamento de parâmetros ou "princípios gerais" para a aplicação das normas antitruste em casos envolvendo essa espécie de bens intelectuais deve ser guiada pela análise das suas peculiaridades e das características do regime jurídico especial que a regulamenta.

Para atingir a sua finalidade, adotaremos a metodologia de uma pesquisa multidisciplinar, que buscará analisar a "propriedade"[49] absolutamente *sui generis* que envolve os

---

[47] Até porque controvérsias existem sobre a efetividade da aplicação de tal teoria no caso que se trata, senão vejamos: "At first blush, the Pareto principle seems an attractive way out of the problems which face the economic analysis of copyright. Since Pareto superior moves involve gains for some and losses for none, they increase welfare by definition. The right series of Pareto superior copyright improvements would therefore lead to the best of all possible copyright regimes. **Unfortunately, closer examination reveals the fallacy of naked obeisance to the Pareto principle.**" (grifos nossos) Alfred C. Yen. Restoring the Natural Law: Copyright as Labor and Possession. *Ohio St. Law Journal*, nº 51, 1990, p. 539.

[48] Ronald H. Coase. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*. out. 1960.

[49] A utilização do termo "propriedade" se dá, aqui, na sua acepção genérica, conforme descrito no subitem II.3 do Capítulo II da Parte I, o que justifica as aspas.

bens protegidos pelo direito autoral, e a disciplina do direito antitruste, cujo delineamento, ainda em formatação, está a desafiar não só os doutrinadores e operadores do direito, mas, em especial, os tribunais judiciais e administrativos, enveredando também pelo exame de outros vetores constitucionais: desenvolvimento econômico-social, direito à cultura, à educação e à informação, que se encontram cada vez mais entrelaçados na já complexa relação de que irá se tratar.

Importante é neste ponto alertar para os limites de atuação do direito antitruste, que não tem por fim corrigir ou melhorar o direito autoral, ou seja, nos países que se perfilham ao sistema do *droit d'auteur*, como é o caso do Brasil, não caberia às autoridades antitruste, por exemplo, ignorar as normas do regime jurídico do direito autoral pertinentes ao direito moral de autor, que, como se sabe, são as que mais dificuldade trazem à análise econômica do direito autoral.

A este respeito, Hovenkamp afirma que:

> [...] correcting defects in the political process is not antitrust's role. Rather, antitrust policy takes legislation as it finds it, even if the legislation serves the public interest poorly. Of course, the breadth of IP rights may have an impact on the number and kind of conflicts that arise between IP rights and the antitrust laws. But the antitrust laws are properly concerned with economic, not political, competition.[50, 51]

Mais uma observação quanto ao método adotado neste trabalho é necessária: conquanto não seja este um estudo de direito comparado, a escassez, no Brasil, da doutrina e da jurisprudência acerca do assunto tornou indispensável a pesquisa da matéria no exterior – mais precisamente nos Estados Unidos da América e na União Europeia. O recurso ao direito estrangeiro nesse estudo sempre servirá de instrumento auxiliar, como no caso da análise dos dois diferentes enfoques da questão: o do chamado sistema do *copyright* (oriundo da Inglaterra e vigente nos Estados Unidos da América e em outros países que sob o domínio da primeira se encontravam) e o do sistema do *droit d'auteur* (originado na França e difundido para os demais países da Europa, bem como seguido pelo Brasil).[52]

---

[50] Herbert Hovenkamp. *The Antitrust Enterprise. Principle and Execution*. London: Harvard University Press, 2005, p. 254.

[51] Entretanto, como observa Josef Drexl, na elaboração da legislação autoral, considerações de caráter concorrencial devem ser feitas. Nas suas palavras: "[i]n drafting IP laws, specific exceptions and limitations might be motivated by competition policy concerns. This is true, for example, in the European rule on decompilation, which allows for reverse engineering of computer programmes with the objective of creating interoperability of the programs". "Responding to the challenges for development with a competition-oriented approach". *Views on the Future of the Intellectual Property System, ICTS Programme on IPRs and Sustainable Development*. Selected Issue Briefs nº 1, jun. 2007, p. 20.

[52] Valério de Sanctis, citado por Delia Lipsyc, informa que: "[E]l Estatuto de La Reina Ana, lo mismo que, bajo ciertos aspectos, el *copyright* de Estados Unidos de América, reconocido solemnemente por la Constitución norteamericana de 1787, parecen inspirados sobre todo en la necesidad de reglamentar la competencia entre *publishers*. Las leyes revolucionarias de Francia al consagrar la 'propriedad' literaria situaron al creador de la obra en el centro mismo de la protección relacionando por este hecho – entre otros- su duración con la vida del autor, al paso que, según el sistema anglosajón – por lo menos el de aquella época -, la protección específica se originaba em la publicación (edición gráfica de la obra) y la protección legal comenzaba a correr a partir de esta fecha. La protección de la obra no publicada, así como, en la eventualidad, la de ciertos derechos personales, permaneció confiada al common law." Delia Lipszyc. *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. França: Unesco, 2005, p. 35.

Como é sabido, em um desses dois sistemas firmaram-se, necessariamente, as legislações de direito autoral dos demais países. O primeiro, *copyright*, originado do direito anglo-saxão e seguido pelos Estados Unidos da América,[53] de cunho comercial, objetivava inicialmente a regulamentação das cópias das obras literárias, voltando-se, a seguir, para o desenvolvimento das indústrias de entretenimento *lato sensu*, sendo tal sistema o vigente em países da *common law*. O segundo – *droit d'auteur* – foi procedente do direito francês, inspirado nos ideais individualistas presentes na Revolução Francesa, viés este neutralizado, com o tempo, pela atenção gradativamente conquistada pelos interesses sociais, sistema esse seguido pelos demais países da Europa Continental, América Latina e outros.[54]

O Brasil seguiu o modelo do *droit d'auteur*, tendo se valido do molde da legislação francesa quando da elaboração da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973 (primeiro diploma a tratar de forma autônoma do direito autoral em nosso país), pelo que presente se faz no nosso direito nacional e na legislação dos demais países que seguiram o modelo francês, uma forte relação entre o autor e a obra, "[...] impedindo que a obra possa sair por completo da esfera de sua personalidade."[55]

Tais sistemas jurídicos apresentam diferenças, dentre as quais podem ser citadas:[56]

(i) O sistema do *copyright* reconhece de forma mais modesta a proteção ao direito moral do autor.

(ii) O âmbito da proteção oferecida pelo sistema do *copyright* é mais abrangente no tocante à variedade de "obras" englobadas, tomando-se como exemplo os eventos esportivos, que são protegidos da mesma forma que as demais obras artísticas, o que não ocorre no modelo do *droit d´auteur*.

(iii) A cessão total dos direitos autorais é prevista no sistema do *copyright*, possibilitando que o autor se desvincule da obra, o que não acontece no sistema do *droit d´auteur*.

---

[53] O modelo do *Statute of Anne* foi seguido por grande parte dos estados norte-americanos, após a Proclamação da Independência, sendo que alguns deles chegaram a superá-lo no quesito de favorecimento ao consumidor na medida em que permitiam ao governo controlar o preço cobrado pelos livros, bem como o volume da produção. Tais atos apresentavam questões conflitantes entre si, o que fez com que se tornasse necessária a edição de uma lei nacional que acabou sendo a própria Constituição dos Estados Unidos da América, que garantiu ao Governo federal o poder de editar normas para tratar tanto do direito autoral quanto das patentes. A Constituição, seguiu-se a edição do *Copyright Act* de 1790. Robert Merges *et alii*. *Intellectual Property in the New Technological Age*. 4. ed. Nova York: Aspen Publishers, 2006 p. 369-370.

[54] "The common law copyright model is said to be primarily concerned with encouraging the production of new works. This is reflected in copyright law's emphasis on economic right, such as the right to produce copies. Another factor that is held to typify the copyright model is its relative indifference to authors. [...] In contrast, the civil law *droit d'auteur* model is said to be more concerned with the natural rights of authors in their creations. This is reflected in the fact that the civil law model not only aims to secure the author's economic interests but also aims to protect works against uses which are prejudicial to an author's spiritual interests (in particular through moral rights)." L. Bently e B. Sherman. *Intellectual Property Law*. 3. ed., Nova York: Oxford University Press, 2009, p. 32.

[55] Delia Lipszyc faz um bom apanhado das diferenças entre os dois sistemas. *Derecho de autor y derechos conexos*. França: Unesco, 2005, p. 39-55.

[56] A fim de apresentar a comparação, tomou-se por base o sistema do *copyright* norte-americano e o sistema brasileiro do direito autoral, que, como já referido, em tudo se assemelha com o direito francês.

(iv) O mecanismo das exceções – ou seja, de uso por terceiros sem necessidade de solicitação de autorização – estrutura-se de forma diferente nos dois sistemas: no *copyright* há uma cláusula genérica, cujos limites foram sendo construídos pela jurisprudência (conhecido como "*fair use*"), enquanto que no sistema brasileiro, tais hipóteses encontram-se listadas na lei.

(v) No sistema brasileiro, o direito autoral nasce com o ato de criação da obra, sendo que o gozo e o exercício das suas faculdades não estão sujeitos a qualquer tipo de formalidade. Já no sistema do *copyright*, na prática, em função de uma manobra legislativa que findou alterando o sentido da Convenção de Berna (para a qual nenhuma formalidade deve ser exigida), o registro da obra torna-se necessário.[57]

Ainda que possa, atualmente, ser identificado um movimento de convergência entre os dois sistemas – do *copyright* e do *droit d'auteur* –, os fundamentos e a diferente racionalidade de ambos[58] fazem com que o conhecimento das características dos dois sistemas jurídicos reguladores do direito autoral seja de grande relevância para que resulte uma adequada aplicação das normas de direito antitruste aos casos concretos.

Importante ainda nesse introito tecer um esclarecimento acerca do título desse trabalho, que diz respeito à utilização de um anglicismo – "antitruste".[59] O uso da expressão

[57] "Como uno de los criterios básicos del Convenio de Berna es la protección automática, es decir, que no está subordinada al cumplimiento de ningún requisito formal, el *Berne Convention Implementation Act* de 1988 introdujo en la ley estadounidense una modificación que ya hemos mencionado, considerada la más importante, por la cual se suprimieron los requisitos sobre cumplimiento de formalidades, en especial la obligación de la mención de reserva del derecho como condición para mantener el derecho de autor. [...] Sin embargo, Ginsburg y Kernochan señalan que si bien esta mención de reserva es ahora facultativa, igualmente se aconseja hacerla porque, si bien su omisión ya no priva a la obra de protección del derecho de autor en los Estados Unidos de América, el *Berne Implementation Act* ha previsto (art. 7, § 401, d), § 402, d) que la omisión de la mención de reserva impida defenderse frente a la "infracción de buena fe" ("innocent infringement"); para evitar un riesgo de tal naturaleza, el titular del derecho de autor, sea norteamericano o extranjero, deberá seguir estampando la mención de reserva en todos los ejemplares publicados." Delia Lipszyc. *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. França: Unesco, 2005, p. 53-54.

[58] "European intellectual property specialists may perceive that American copyright law is moving towards convergence with European author's rights laws in some significant respects. Formalities, such as requiring copyright notices on all published copies of protected works, although not entirely eradicated from U.S. copyright law, are nevertheless on the wane. The U.S. Congress has amended copyright law in ways that conform to rules in author's rights jurisdictions, for example restoring copyrights to foreign nationals who had lost their rights because of a failure to comply with U.S. formalities, extending copyright protection to architectural works, and adopting moral rights protection for works of visual art. Certain judicial decisions, such as the U.S. Supreme Court's decision in *Feist*, have also reached conclusions in accord with European precepts. However, it may be inaccurate to interpret these signs of convergence as presenting an unwavering trajectory towards author's rights law. The utilitarian rationale for American copyright law remains strong in American copyright law, and manifests itself in many domains, such as the work for hire doctrine, the fair use doctrine and the narrow scope of moral rights law. Because they are grounded in economic thinking, these doctrines are among the features of American copyright law that are quite unlikely to change towards the European author's rights model. Courts in the U.S. are also employing economic reasoning in interpreting the proper scope of copyright protection for computer programs. This may prefigure a wider use of economic reasoning in American copyright cases." Pamela Samuelson. Economic and Constitutional Influences on Copyright Law in the United States. *U.S. Intellectual Property Law and Policy*. United Kongdom: Edward Elgar, 2006, p. 197.

[59] A origem da expressão "antitruste" é lembrada por Fabio Nusdeo: "Muito embora normas esparsas de natureza antitruste sejam identificadas desde a Antiguidade, foi o *Sherman Act*, do direito americano, a norma de maior repercussão, que teve por objetivo a regulação do corriqueiro instituto jurídico da *Common Law* conhecido de *trust*,

"direito concorrencial" confundiria a compreensão acerca do escopo do presente trabalho, eis que é o gênero a englobar não só o direito antitruste, mas também a concorrência desleal.[60] É inequívoco que a concorrência desleal guarda estreita relação não só com a propriedade industrial,[61] mas também com o direito autoral,[62] entretanto, não será ela tratada nessa oportunidade.

Ainda acerca do título, cabe esclarecer que a opção por "direito autoral" e não "direito de autor" deve-se ao fato de que, segundo a lei brasileira,[63] a primeira expressão agasalha também os direitos conexos ao do autor, que serão igualmente alcançados.

É imperativo que se trate na primeira parte do estudo de alguns pressupostos indispensáveis – porque servirão de base – à análise da relação entre as normas de direito antitruste e as de direito autoral, incluindo-se nesta Parte I a abordagem sobre:

(i) o tratamento legislativo no Brasil da propriedade intelectual e do direito antitruste (Capítulo I);

(ii) as diversas teorias sobre a natureza jurídica do direito autoral (Capítulo II); e

(iii) as características do direito autoral (comparando-as com as da propriedade industrial) e suas limitações e funções (Capítulo III).

Ao se considerar que o regime jurídico do direito autoral é capaz de influenciar diretamente a política industrial do País (não só por meio da legislação que o regula, mas também pelas orientações emanadas dos órgãos antitruste ao julgar os casos de sua competência)[64] e que os bens protegidos por tal modelo jurídico são importantes instrumentos para a consecução de políticas governamentais que visam o atendimento de prin-

---

motivo pelo qual tanto o Sherman Act quanto as demais legislações que o sucederam passaram a ser denominados de "legislação antitruste" e, como consequência, a disciplina." *Curso de Economia. Introdução ao Direito Econômico*, 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 151.

[60] Esclarece Forgioni que: "É no bem jurídico diretamente tutelado pelos dois diplomas que encontramos a diferença entre as normas antitruste e aquelas de repressão à concorrência desleal. Nestas o bem imediatamente tutelado refere-se ao **concorrente**, ao passo que o direito antitruste atenta à **concorrência**, ao mercado". Prossegue a autora alertando para a possibilidade de um ato ser ao mesmo tempo contrário à legislação antitruste e à legislação da concorrência desleal, construindo exemplo muito esclarecedor. Paula A. Forgioni. *Os Fundamentos do Antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 257.

[61] "A propriedade industrial e a teoria da repressão da concorrência desleal entrelaçam-se intimamente, podendo-se, hoje em dia, considerá-las como dois aspectos diversos das mesmas relações jurídicas." João da Gama Cerqueira. *Tratado da Propriedade Industrial*. (atualizado por Newton Silveira e Denis Borges Barbosa). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 42.

[62] V., por exemplo, Fábio Maria de Mattia. O Direito do Autor e a Concorrência Desleal. *Revista de Direito Mercantil*, nº 20, Ano XIV, 1975, p. 25-33.

[63] Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998, art. 1º: *Esta Lei regula os direitos autorais, entendendo-se sob essa denominação os direitos de autor e direitos que lhe são conexos.*

[64] "While traditionally associated with the promotion of individual authorship, copyright in operation also creates industrial policy. It provides some level of support and protection to a group of favored industries – the film industry, recording industry, software, and publishing – at some expense to other industries and consumers." Tim Wu. The Copyright Paradox. *Sup. Ct. Rev.*, nº 229, 2005, p. 3.

cípios constitucionais (direito à cultura, à educação, à informação e, como consequência, ao desenvolvimento econômico-social), tornou-se indispensável o estudo destes princípios de forma mais detalhada, do que se ocupará a Parte II deste livro.

O tema central aqui abordado – a relação do direito autoral com o direito antitruste –, cuja compreensão restaria comprometida sem a análise feita nos capítulos anteriores, será tratado na Parte III, tendo início com a descrição de algumas peculiaridades dos bens protegidos pelo direito autoral e do regime jurídico que o regula (direito moral de autor e o direito conexo de autor).

Na Parte III, serão analisados, ainda, alguns conceitos e instrumentos da lei brasileira de defesa da concorrência – Lei nº 8.884/1994 – quando aplicados a casos envolvendo bens protegidos pelo direito autoral e uma peculiaridade do sistema jurídico brasileiro, que prevê a instituição de um monopólio legal para a arrecadação de certos direitos autorais.

Para dar sequência ao estudo, serão versados casos envolvendo bens protegidos pelo direito autoral, que foram submetidos aos órgãos brasileiros de defesa da concorrência – Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), Secretaria de Direito Econômico (SDE) e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), de modo que se tente identificar os contornos do tema na visão da autoridade regulatória brasileira.

A experiência estrangeira (de países adeptos ao sistema do *copyright* e do *droit d'auteur*), que conta com um número superior de julgados ao do Brasil, será igualmente utilizada para que sejam identificados os pressupostos dos julgados e as tendências sobre esse tema nas cortes internacionais.

Embora cada capítulo já apresente uma posição acerca do(s) tema(s) que aborda, optou-se, mesmo correndo o risco da repetição, por apresentar as principais premissas e conclusões do conteúdo neles abordado de forma objetiva e resumida na parte de Conclusão.

Dois comentários merecem ainda ser feitos. Um, de caráter geral, que visa o esclarecimento de aparente contradição na determinação do escopo desse trabalho: de fato, o seu objetivo não é estudar a relação do direito antitruste com a propriedade industrial, mas o recurso a ela em diversos capítulos (por meio da citação de seu regime legal, assim como de casos e da doutrina a ela relacionados) é indispensável e será utilizado com o propósito de demonstrar a necessidade de um tratamento diferenciado, sob a óptica do direito antitruste, entre a mesma e o direito autoral. O segundo é para esclarecer que, quando necessário o referido recurso à propriedade industrial, pensar-se-á sempre na proteção e no tratamento dado às patentes, onde a aplicação do direito antitruste se dá com mais frequência, e não aos demais objetos protegidos por essa espécie da propriedade intelectual.

CAPÍTULO I

Propriedade intelectual e direito antitruste no direito positivo brasileiro

I.1 DIREITO AUTORAL E PROPRIEDADE INDUSTRIAL

O reconhecimento legal no Brasil das duas espécies da propriedade intelectual – direito autoral e propriedade industrial –, em meados de 1800, deu-se, desde a origem, de forma autônoma, com objetos e características próprias.

O surgimento da proteção da propriedade industrial no Brasil encontra-se intrinsecamente ligado à história do Brasil Colônia. Como relata Gama Cerqueira, com a vinda da família real para o Brasil e a consequente abertura dos portos para as nações amigas, deu-se início à era do desenvolvimento industrial em nosso país, com o que nasce também a necessidade de incentivo e proteção daqueles que se dispõem a produzir inventos que movimentarão o cenário econômico dessa nação.

Dentre as várias medidas de caráter incentivador do desenvolvimento do comércio, permite o príncipe regente, através do Alvará de 28 de abril de 1809, considerado o marco inicial da evolução da propriedade industrial no Brasil, que sejam concedidos privilégios aos inventores e introdutores de novas máquinas.[1]

Quanto ao direito autoral, tem-se como o primeiro diploma nacional a regular a matéria a lei que criou os cursos de Direito, em Olinda e em São Paulo, datada de 11 de

[1] João da Gama Cerqueira. *Tratado da Propriedade Industrial*. (atualizado por Newton Silveira e Denis Borges Barbosa). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 3-4.

agosto de 1827, e que conferia aos lentes o privilégio exclusivo dos compêndios de sua autoria pelo prazo de 10 anos.[2]

Posteriormente, no Código Civil Brasileiro de 1916, o direito autoral foi tratado nos arts. 649 a 673 do Capítulo VI, inserido no Título II, "Da Propriedade". Somente em 1973, com o advento da Lei nº 5.988 é que o direito autoral ganhou a sua autonomia, tendo tal diploma jurídico especial concentrado todas as normas que o regulamentam, legislação esta que alguns anos após sofreu alterações e que em 1988 foi definitivamente modificada pela edição da Lei nº 9.610.

Quanto ao tratamento constitucional do tema, nosso país seguiu o movimento internacional de reconhecimento da propriedade intelectual, tema este inserido na Constituição do Brasil de 1891,[3] sendo regulado no seu art. 72, §§ 25 e 26; a essa seguem as Constituições de 1934, de 1946 e a EC de 1969, que inserem a matéria no Capítulo "Dos Direitos e das Garantias Individuais".[4]

---

[2] "[...] Art. 7º, Lei de 11 de agosto de 1827 – "Os Lentes farão a escolha dos compendios da sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já feitos, com tanto que as doutrinas estejam de accôrdo com o systema jurado pela nação. Estes compendios, depois de approvados pela Congregação, servirão interinamente; submettendo-se porém á approvação da Assembléa Geral, e o Governo os fará imprimir e fornecer ás escolas, competindo aos seus autores o privilegio exclusivo da obra, por dez annos." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_63/Lei_1827.htm>.

[3] Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891: "Seção II, Declaração de Direitos, Art. 72 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 25 – Os **inventos industriais** pertencerão aos seus autores, aos quais ficará garantido por lei um privilégio temporário, ou será concedido pelo Congresso **um prêmio razoável quando haja conveniência de vulgarizar o invento**. § 26 – Aos **autores de obras literárias e artísticas** é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las, pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar". (grifo nosso)

[4] Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934: "Capítulo II, Dos Direitos e das Garantias Individuais, Art. 113 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 18) Os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais **a lei garantirá privilégio temporário ou concederá justo prêmio, quando a sua vulgarização convenha à coletividade**. 19) É assegurada a **propriedade das marcas de indústria e comércio e a exclusividade do uso do nome comercial**. 20) **Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas** é assegurado o direito exclusivo de produzi-las. Esse direito transmitir-se-á aos seus herdeiros pelo tempo que a lei determinar".

Constituição dos Estados Unidos de Brasil de 10 de novembro de 1937: "Da Organização Nacional. Art. 16 – Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias: XX – direito de autor; imprensa; direito de associação, de reunião, de ir e vir; as questões de estado civil, inclusive o registro civil e as mudanças de nome; XXI – os privilégios de invento, assim como a proteção dos modelos, marcas e outras designações de mercadorias;" [...] "Da Ordem Econômica. Art. 135 – Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta."

Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946: Capítulo II, *Dos Direitos e das Garantias Individuais*. Art. 141 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à **propriedade**, nos termos seguintes: [...] § 17 – Os **inventos industriais** pertencem aos seus autores, aos quais a lei garantirá privilégio temporário ou, **se a vulgarização convier à coletividade, concederá justo prêmio.** § 18 – É assegurada a propriedade das **marcas**

Exceção deve ser feita apenas no que se refere à Constituição do Brasil de 1937, que suprimiu garantias fundamentais, dentre as quais a dos artistas e intelectuais que "apresentavam ameaças à ordem pública", tendo tal matéria sido tratada apenas no artigo sobre a competência legislativa da União.[5]

Assim, chega-se à Constituição Federal brasileira de 1988, que, a exemplo de anteriores, insere no rol dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º) a proteção ao direito autoral e à propriedade industrial:[6]

> *[...]*
>
> *XXVII – [...] aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução*[7] *de suas obras,*[8] *transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;*
>
> *XXVIII – [...] são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;*

Ao tratar da propriedade industrial, o legislador constituinte destacou a importância do interesse social e dos desenvolvimentos tecnológico e econômico do País, senão vejamos:

---

de indústria e comércio, bem como a exclusividade do uso do nome comercial. § 19 – Aos autores de **obras literárias artísticas ou científicas** pertence o direito exclusivo de reproduzi-las. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei fixar."

Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969: "*Capítulo IV, Dos Direitos e Garantias Individuais. Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à* ***propriedade****, nos têrmos seguintes: § 24. À lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como a* ***propriedade das marcas de indústria e comércio e a exclusividade do nome comercial****. § 25. Aos* ***autores de obras literárias, artísticas e científicas*** *pertence o direito exclusivo de utilizá-las. Esse direito é transmissível por herança, pelo tempo que a lei fixar.*" (grifos nossos)

[5] É bem verdade que o direito ao resultado econômico da exploração das obras restou resguardado em função de outras leis infraconstitucionais que regulavam a matéria, como o próprio Código Civil.

[6] "Não seria despiciendo acrescentar que a inclusão dos direitos de propriedade intelectual entre os Direitos Fundamentais, adquire o sentido de valorização do trabalho humano, [...] A inserção dos direitos relativos à propriedade intelectual entre os direitos fundamentais funciona como balizamento para o legislador ordinário, em razão da posição hierárquica que ocupam na estrutura da Constituição." Isabel Vaz. *Direito Econômico das Propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 456.

[7] A expressão "utilização" é ampla o suficiente para englobar o conteúdo das expressões "publicação ou reprodução", que poderiam ter sido dispensadas pelo legislador constituinte.

[8] O legislador constitucional não manteve a tradição das constituições anteriores, tendo preferido designar o objeto da proteção do direito autoral de forma mais ampla pela utilização da expressão "obras", não mais qualificando-as de "artística, literária ou científica". Com isso, estaria ele considerando a possibilidade de proteção de outras obras que não do domínio literário ou artístico? Convém lembrar que a nomenclatura tradicional que qualifica as obras ainda é a utilizada na Lei nº 9.610 e nos tratados internacionais. Com relação à eliminação do termo "científica", é importante registrar que ela veio em boa hora, uma vez que as obras científicas nada mais são do que uma espécie das obras literárias.

> *XXIX – [...] a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, **tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País**;*" (grifos nossos)

Como se pode observar, suprime o Texto Constitucional de 1988 o mecanismo da concessão de um prêmio ao titular do invento protegido pela propriedade industrial "cuja vulgarização convier à coletividade", adotando o modelo da "garantia de um privilégio temporário".

Dentro do novo contexto de uma constituição social democrata, o Texto Constitucional passa a prever uma relativização da propriedade industrial que se dá pela menção ao "interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País". Note-se, entretanto, que a ressalva, a exemplo das constituições anteriores, é feita exclusivamente para os inventos e não para as criações protegidas pelo direito autoral, o que, neste ponto, é mera constatação e será posteriormente explorada com mais atenção.

No plano da legislação ordinária, diferentes diplomas legais disciplinam a matéria da propriedade intelectual, são eles: a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, e a Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998 (que trata especificamente do *software*); que cuidam do direito autoral e a Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, que regulamenta a propriedade industrial.

Quanto ao tratamento supranacional da propriedade intelectual, deu-se o mesmo igualmente de forma apartada no que se refere às suas duas espécies. O direito de autor foi objeto de discussão de encontro realizado em Berna, na Suíça, liderado pelas nações culturalmente mais desenvolvidas, quando surgiu a ideia de uma regulamentação mínima para a proteção das obras literárias, artísticas e científicas, bem como de seus autores (vale dizer, regulamentação do direito autoral, moral e patrimonial), o que foi concretizado com a assinatura, em 1886, do texto da chamada "Convenção de Berna".[9] Dita convenção foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 75.699, de 31 de março de 1975, que entrou em vigor em 20 de abril de 1975, tempo em que a matéria era regulada internamente no Código Civil brasileiro.[10] Somente em 1961 é que se deu a assinatura da Convenção de Roma, primeiro diploma internacional a reconhecer o direito autoral conexo dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão.[11]

---

[9] O nome completo da referida convenção é "Convenção de Berna para a proteção das obras literárias e artísticas".

[10] Código Civil de 1916, arts. 649 a 673 – "Da propriedade literária, científica e artística".

[11] A tentativa de regulamentação dos direitos dos intérpretes de obras artísticas no âmbito internacional ocorreu no princípio do século XX, por iniciativa da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Em meados do mesmo século e com o apoio da United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (Unesco) e dos membros da União de Berna é assinada a Convenção de Roma com escopo aumentado, uma vez que inclui também os produtores de fonograma e empresas de radiodifusão, beneficiados em função do apoio econômico dado aos artistas.

É importante salientar que a regulamentação do direito autoral em tratados internacionais, além de objetivar o estabelecimento de um padrão mínimo de direitos entre as nações signatárias, é mecanismo que busca a proteção efetiva do direito sobre tais bens; isto porque, mesmo sendo eles protegidos pelas legislações nacionais, estas, isoladamente, não são instrumentos eficazes por serem os bens intelectuais facilmente transferíveis através das fronteiras, especialmente após o advento da "Era Digital".[12]

Note-se que o modelo de tratamento em diplomas legais distintos da propriedade industrial e do direito autoral adotado na legislação brasileira segue a tendência dos tratados que versam sobre o assunto, pois, no momento da assinatura das Convenções de Berna e de Roma,[13] anteriormente referidas, já encontrava a propriedade industrial tratamento na Convenção de Paris, de 6 de março de 1883.[14]

Mereceu, ainda, a propriedade intelectual, na sua integralidade (direitos morais e patrimoniais), proteção na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, adotada pela Organização das Nações Unidas.

> *[...]*
>
> *Art. 27, II – Todo homem tem o direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, artística da qual seja autor.*

Mais recente é a introdução da propriedade intelectual no âmbito do comércio internacional por meio do Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs),[15] o que ocasionou a aplicação dos princípios do comércio lá estabelecidos a ela, como se pode verificar em algumas de suas disposições.

---

[12] "Technology embodied in intellectual property is "ephemeral", prone to leakage, and easily transported across borders. It is difficult to track or protect with cryptographic fences. Intellectual property is protectable by legal rules, but because it is readily transported across borders, this protection is highly dependent on international legal co-operation." Frederick M. Abbott. The political economy of the WIPO development agenda. *Views on the Future of the Intellectual Property System, ICTS Programme on IPRs and Sustainable Development*. Selected Issue Briefs nº 1, jun. 2007, p. 8.

[13] As Convenções de Roma e de Berna foram atualizadas (em face do advento das novas tecnologias) em 1996 por dois tratados: o WCT e o WPPT (WCT – WIPO Copyright Treaty, assinado em Genebra em 20 dezembro de 1996, trata da proteção das Obras Literárias e Artísticas e o WPPT – WIPO Performances and Phonograms Treaty, assinado em Genebra em 20 dezembro de 1996, trata da proteção de artistas e produtores de fonogramas). O Brasil, até o momento, não aderiu a estas duas novas Convenções, mas várias de suas disposições foram acolhidas na lei de direitos autorais brasileira – Lei nº 9.610/1998 –, estando presentes, por exemplo, nos seus arts. 80, 86, 87, 90, 92, 93 e 94.

[14] A Convenção de Paris (promulgada no Brasil pelo Decreto nº 9.233 em 28 de junho de 1884), a Convenção de Berna (cuja versão em vigor é a Revisão de Paris de 1971) e a Convenção de Roma (promulgada no Brasil pelo Decreto nº 57.125 de 19 de outubro de 1965) são administradas pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), braço da Organização das Nações Unidas (ONU).

[15] O chamado Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs) é o acordo sobre aspectos dos direitos da propriedade intelectual relacionados ao comércio, que foi elaborado durante as negociações da Rodada Uruguai (última rodada de negociações multilaterais) promovida no âmbito do General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) e hoje integra o Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio (OMC), tendo sido promulgado no Brasil pelo Decreto nº 1.355 de 31 de dezembro de 1994.

> Os Membros,
>
> Desejando reduzir distorções e obstáculos ao comércio internacional e levando em consideração a necessidade de promover uma proteção eficaz e adequada dos direitos de propriedade intelectual e assegurar que as medidas e procedimentos destinados a fazê-los respeitar não se tornem, por sua vez, obstáculos ao comércio legítimo.
>
> Reconhecendo, para tanto, a necessidade de novas regras e disciplinas relativas:
>
> (a) à aplicabilidade dos princípios básicos do GATT 1994 e dos acordos e convenções internacionais relevantes em matéria de propriedade intelectual;
>
> (b) ao estabelecimento de padrões e princípios adequados relativos à existência, abrangência e exercício de direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio;
>
> [...]
>
> Art. 7. Objetivos – A proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações.
>
> [...]
>
> Art. 41. Os Membros assegurarão que suas legislações nacionais disponham de procedimentos para a aplicação de normas de proteção como especificadas nesta Parte, de forma a permitir uma ação eficaz contra qualquer infração dos direitos de propriedade intelectual previstos neste Acordo, inclusive remédios expeditos destinados a prevenir infrações e remédios que constituam um meio de dissuasão contra infrações ulteriores. Estes procedimentos serão aplicados de maneira a evitar a criação de obstáculos ao comércio legítimo e a prover salvaguardas contra seu uso abusivo.
>
> [...]
>
> Art. 69. Cooperação Internacional – Os Membros concordam em cooperar entre si com o objetivo de eliminar o comércio internacional de bens que violem direitos de propriedade intelectual. Para este fim, estabelecerão pontos de contato em suas respectivas administrações nacionais, deles darão notificação e estarão prontos a intercambiar informações sobre o comércio de bens infratores. Promoverão, em particular, o intercâmbio de informações e a cooperação entre as autoridades alfandegárias no que tange ao comércio de bens com marca contrafeita e bens pirateados.

No que tange aos direitos autorais, ratificadas foram naquele documento as regras das Convenções de Berna e de Roma, cujo descumprimento passa a ensejar a aplicação ao país infrator de medidas punitivas previstas naquele Tratado.[16]

> Art. 1. Natureza e Abrangência das Obrigações. [...] [3] Os Membros concederão aos nacionais de outros Membros o tratamento previsto neste Acordo. No que concerne ao

[16] Diversas disputas foram travadas no âmbito do TRIPs, tendo por objeto a efetividade das normas de propriedade intelectual, sendo que algumas delas são citadas no Capítulo II da Parte II.

direito de propriedade intelectual pertinente, serão considerados nacionais de outros Membros as pessoas físicas ou jurídicas que atendam aos critérios para usufruir da proteção prevista estabelecidos na Convenção de Paris (1967), **na Convenção de Berna (1971), na Convenção de Roma** e no Tratado sobre Propriedade Intelectual em Matéria de Circuitos Integrados, quando todos Membros do Acordo Constitutivo da OMC forem Membros dessas Convenções. Todo Membro que faça uso das possibilidades estipuladas no § 3 do art. 5 ou no § 2 do art. 6 da Convenção de Roma fará uma notificação, segundo do previsto naquelas disposições, ao Conselho para os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (o "Conselho para TRIPS"). (grifos nossos)

[...]

Art. 9. Relação com a Convenção de Berna. (1) **Os Membros cumprirão o disposto nos arts. 1 a 21 e no Apêndice da Convenção de Berna (1971)**. Não obstante, os Membros não terão direitos nem obrigações, neste Acordo, com relação aos direitos conferidos pelo art. 6bis da citada Convenção, ou com relação aos direitos dela derivados. (2) **A proteção do direito do autor abrangerá expressões e não ideias, procedimentos, métodos de operação ou conceitos matemáticos como tais**. (grifos nossos)

Neste momento, cabe a indagação acerca dos motivos que levaram ao tratamento da propriedade intelectual em um tratado de natureza eminentemente comercial, como o TRIPs e não em um foro mais adequado, como seria, no caso, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual[17] (OMPI, ou WIPO, sua sigla em inglês). Os motivos são, basicamente, dois:

(i) insatisfação de grande parte das empresas norte-americanas quanto ao baixo nível de proteção oferecido pelas convenções administradas pela OMPI, e

(ii) ausência em tais convenções de mecanismos de sanção, em caso de descumprimento das suas normas.

Diante desse contexto, que parecia muito desfavorável aos Estados Unidos da América (país exportador de bens intelectuais), inicia-se, em 1988, um movimento de pressão por parte deste país para fazer com que as normas de proteção dos bens intelectuais fossem inseridas no acordo comercial do GATT; com isso, as medidas punitivas disponíveis ao comércio internacional passariam a ser aplicáveis aos bens protegidos pela propriedade intelectual. Adicionalmente, trazendo a discussão para tal fórum, exerciam os Estados Unidos maior influência para fazer valer a sua posição nos mais diversos temas do que

[17] "Lying at the heart of the international property regime is the World Intellectual Property Organization (WIPO). The organization was established by the 1967 Convention Establishing the World Intellectual Property Organization, and came into existence in 1970 when the Convention entered into force. In 1974, WIPO became a United Nations specialized agency. WIPO's two objectives as stated in Article 3 of the Convention are: (i) to promote the protection of intellectual property throughout the world through cooperation among states and, where appropriate, in collaboration with any other international organization; and (ii) to ensure administrative cooperation among the Unions. WIPO currently administers 24 multilateral agreements." Graham Dutfield e Uma Suthersanen, *Global Intellectual Property Law*. Northampton: Edward Elgar, 2008, p. 29.

no âmbito da OMPI, ambiente no qual os países ainda em desenvolvimento já ganhavam força.[18] Como consequência desse quadro, inúmeras são as críticas feitas ao tratamento que introduz os bens protegidos pela propriedade intelectual no comércio internacional.[19]

O TRIPs é também o primeiro tratado internacional a reconhecer a necessidade de serem controladas as práticas anticompetitivas, envolvendo bens protegidos pela propriedade intelectual, sendo que a inserção de tais disposições no Tratado deu-se por iniciativa dos países em desenvolvimento, que, instados a aceitarem diversas regras que estabeleciam padrões mínimos de proteção à propriedade intelectual, viram na regulação antitruste um importante instrumento de proteção contra os países exportadores de tecnologia.[20]

A regulamentação da matéria encontra-se no art. 8.2 do TRIPs, Seção 8, intitulada "Controle de práticas de concorrência desleal em contratos de licenças", que estabelece o seguinte:

> [...]
> Art. 8.2. Desde que compatíveis com o disposto neste Acordo, poderão ser necessárias medidas apropriadas para evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual por seus titulares ou para evitar o recurso a práticas que limitem de maneira injustificável o comércio ou que afetem adversamente a transferência internacional de tecnologia.[21]

A seguir, dispõe o art. 40.1 que

> [...] os Membros concordam que algumas práticas ou condições de licenciamento relativas a direitos de propriedade intelectual que restringem a concorrência podem afetar adversamente o comércio e impedir a transferência e disseminação de tecnologia.[22]

A relação entre esses dois arts. – 8.2 e 40 (itens 1 a 4) –, vale lembrar, não fica a salvo de dúvidas, pois, enquanto alguns autores defendem que o art. 8.2 estabelece uma

---

18 Sobre este tema, ver Sisule F. Musungu and Graham Dutfield. *Multilateral Agreements and a TRIPS-plus World: The World Intellectual Property Organisation (WIPO)*. TRIPS Issues Paper 3, Quaker United Nations Office (QUNO), Geneva, p. 10. Na doutrina brasileira, Denis Borges Barbosa. TRIPS e a Experiência Brasileira. *Propriedade Intelectual e Desenvolvimento*. São Paulo: Lex Editora, 2005, p. 129-169.

19 "On the global stage, IP has been turned into a matter of trade policy, a special kind of commodity to be included in the bargain rather than a wholesome legal concept sustained by its own merits, and being governed solely by its own values and objectives." Annette Kur. A new Framework for Intellectual Property Rights – Horizontal Issues. *IIC*. v. 35, nº 1, 2004, p. 5-6.

20 "It was only a general concern that some Members, in particular some major developing countries, might put too much reliance on competition, [sic] law with a view to limiting TRIPS concessions". UNCTAD-ICTSD. *Resource Book on TRIPS and Development*. USA: Cambridge University Press, 2005, p. 551.

21 Dúvidas existem acerca da abrangência de referido artigo; uma das interpretações possíveis seria a de que outras práticas previstas na legislação antitruste, que não o abuso, não estariam nele previstas, bem como que ele se refere apenas a patentes. Ver UNCTAD-ICTSD. *Resource Book on TRIPS and Development*. USA: Cambridge University Press, 2005, p. 542 e 547.

22 Versão dos artigos em português retirada do site do Ministério da Cultura Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/ac_trips.pdf>.

política que seria implementada pelo art. 40, uma interpretação mais abalizada parece ser a de que o art. 40.1 seria uma regra especial.[23]

O aspecto que merece ser analisado neste tópico não é o conteúdo, mas, tão somente, a identificação das normas nacionais e internacionais que se ocupam do tema propriedade intelectual, de modo a esclarecer-se que eventuais alterações no modelo jurídico nacional de tal disciplina, ainda que visando a implementação de medidas com aplicação intrafronteiras, devem ser empreendidas à luz dos limites desses acordos internacionais, motivo pelo qual se tornam mais apropriadas no ambiente internacional, mediante a alteração de referidos tratados (exceção para situações ou temas em que os tratados permitem a flexibilização das suas normas pelas legislações nacionais). [24]

1.2 LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE: VETORES DA LEI Nº 8.884/1994

O direito autoral, se comparado aos demais ramos do direito, é bastante novo se considerarmos que a sua autonomia legislativa no Brasil deu-se somente com a Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973. Da mesma forma é o direito antitruste novo no contexto jurídico brasileiro, pois, embora tenha sido tratado em leis anteriores, seu principal marco legal data de 1994,[25] pelo que se pode daí inferir a modernidade das questões relacionadas à interface entre esses dois ramos do direito, se é que devem ser chamados como tal.

Para que se entenda as raízes do antitruste em nosso país, é necessário que se faça um retrospecto histório que remonta à época do Brasil Colônia, segundo Forgioni

> [...] o antitruste não nasce, no Brasil, como elo lógico de ligação entre o liberalismo econômico e (manutenção da) liberdade de concorrência. Nasce como repressão ao abuso

---

[23] "This is so, first, because Article 40 has a narrower scope of application than Article 8.2; second, Article 8.2 is a rule of treaty law, not merely a policy statement. Third, Article 40 contains rules which, with regard only to some of the conduct of IPR-holders listed in Article 8.2, may establish obligations on Members that are not mandated by Article 8.2. That is to say, Article 40.1 arguably imposes an obligation on Members to act on "licensing practices or conditions pertaining to intellectual property rights, which restrain competition"[...] if they "have adverse effects on trade and may impede the transfer and dissemination of technology", and it certainly requires Members to cooperate in accordance with Article 40.3 and 4, when and only when they enforce their national rules on competition with respect to practices mentioned in Article 40.1 and 2." UNCTAD-ICTSD. *Resource Book on TRIPS and Development*. USA: Cambridge University Press, 2005, p. 554.

[24] No que se refere especificamente ao direito autoral, deixa a Convenção de Berna uma razoável margem de manobra para os países signatários estabelecerem uma rigidez maior ou menor acerca das normas que protegem os bens intelectuais que se encontram dentro do seu espectro de abrangência.

[25] No Brasil, embora a Lei Antitruste date de 1994, somente mais tarde é que as autoridades antitruste brasileiras começaram a atuar de forma expressiva. Como informa Paula A. Forgioni: "Apesar do progresso técnico do texto normativo continuou, no início da vigência da nova lei, a aplicação menipeica da legislação antitruste por parte de algumas autoridades administrativas. [...] Não obstante esses percalços, a atuação do CADE, desde meados dos anos 1990, vem se consolidando de forma a já não se vislumbrar 'surtos' de aplicação da Lei Antitruste, mas sim uma linha contínua de atuação." *Os Fundamentos do Antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 126.

> do poder econômico e tendo como interesse constitucionalmente protegido o interesse da população, do consumidor.[26]

O primeiro diploma brasileiro antitruste, o Decreto-lei nº 869, de 18 de novembro de 1938, surge sob a égide da Constituição Federal de 1937. Com o intuito de regulamentar o seu art. 141, teve como principal objetivo referido diploma legal penalizar as infrações contra a economia popular, trazendo em seu bojo dispositivos sobre as práticas que envolvessem a manipulação de mercado, a eliminação de concorrentes e a concentração de empresas. Como toda norma precursora, passou a mesma por inúmeras modificações até chegar às inovações trazidas com a Carta de 1988 e a edição da Lei nº 8.884/1994.

Em 1945, entra em vigor o Decreto-lei nº 7.666, de 22 de junho, conhecido como "Lei Malaia".[27] Apesar de efêmera,[28] foi de grande relevância, principalmente por ter introduzido o conceito de "[...] abuso de poder econômico, influenciando o sucessivo tratamento constitucional da proteção à concorrência."[29]

Com a deposição de Getúlio Vargas, o cenário político nacional rearticulou-se com a consolidação da nova Constituição, promulgada em 1946, trazendo em seu art. 148 a base para a criação de uma nova lei antitruste. Dizia o artigo:

> [...] **a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões** ou agrupamento de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros. (grifos nossos)

Após uma vagarosa elaboração legislativa, em 1962 tem-se a promulgação a Lei nº 4.137, no dia 10 de setembro. Segundo Denis Barbosa, esta lei:

> [...] vai instituir a repressão administrativa dos fatos abusivos de poder econômico criando um órgão federal encarregado do exame e decisão administrativa sobre as formas de exercício do poder econômico consideradas abusivas.[30]

---

[26] Este fato, destaca a autora, é a principal diferença existente entre o modelo adotado pelos Estados Unidos e o Brasil. "[...] a legislação norte-americana vem calcada no princípio da proteção e manutenção da concorrência (como correlata a um principio liberal) e não na proteção direta do consumidor." Paula Forgioni. *Os Fundamentos do Antitruste*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 103.

[27] Por ter sido projeto de Agamemnon Magalhaes, esta lei foi apelidada de Malaia devido as características de sua fisionomia, que lhe conferiam atributos orientais, originando o apelido Malaio. Paula A. Forgioni. *Os Fundamentos do Antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 108.

[28] O Decreto-lei foi revogado com apenas três meses de vigência.

[29] Ana Maria de Oliveira Nusdeo. *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica. O Controle dos Atos de Concentração no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 219.

[30] Denis Borges Barbosa. A Lei Antitruste e a Propriedade Industrial. Disponível em: <denisbarbosa.addr.com/arquivos/ 200/concorrencia/168.rtf p. 5>.

O Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (Cade) foi dotado de competência para aplicar a lei, investigar e reprimir os abusos do poder econômico que porventura fossem efetuados por empresas no Brasil.

A reestruturação da economia brasileira nos anos 1990 afetou todos os setores da atividade econômica. Com a nova orientação política e abertura dos mercados, era necessário serem estabelecidas novas regras quanto à livre concorrência. Então, em 8 de janeiro de 1991, foi editada a Lei nº 8.158, que veio sistematizar a matéria antitruste, tendo como fundamento a Constituição de 1988. Esta lei, contudo, foi utilizada pelo governo somente em momentos de conveniência, como "[...] instrumento de ameaça de retaliação por parte do governo federal contra determinados setores da economia."[31]

A atual Lei Antitruste brasileira – Lei nº 8.884/1994, inspirada nas experiências norte-americana e europeia –, foi editada alguns anos mais tarde, em 1994, dando concreção aos princípios orientadores da ordem econômica estabelecidos na Constituição do Brasil.

Antes de dar início à análise da Lei nº 8.884/1994, é imprescindível verificar o tratamento conferido pela Constituição brasileira ao tema, mais especificamente nos arts. 170, inciso IV e 173, § 4º, que a seguir serão transcritos:

> *[...]*
>
> *Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*
>
> *[...]*
>
> *IV – livre concorrência;*
>
> *[...]*
>
> *Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.*
>
> *[...]*
>
> *§ 4º – A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.*

Da leitura do art. 170, inciso IV (que estabelece ser a "livre concorrência" um dos princípios da ordem econômica) e do art. 173, § 4º (*"A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros"*), fica evidente o caráter genérico das disposições constitucionais, pelo que, abrangidas por elas, estão, também, as relações que têm por objeto bens intelectuais.

Após tomada ciência do modelo jurídico que guarnece o princípio constitucional da livre concorrência, torna-se relevante a análise da Lei nº 8.884/1994, que confere

[31] Paula Forgioni. *Os Fundamentos do Antitruste*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 125.

concreção a este princípio constitucional, diploma legal este que enuncia, em seu art. 20, o que deve ser entendido como infração à ordem econômica:

> *[...]*
>
> *Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:*
>
> *I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;*
>
> *II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;*
>
> *III – aumentar arbitrariamente os lucros;*
>
> *IV – exercer de forma arbitrária posição dominante.*

Ao sujeitar, no art. 54, os atos que possam limitar ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência, ou, ainda, resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), explicita a lei que estes atos, ainda que enquadrados na hipótese do *caput* de referido artigo, poderão ser autorizados se tiverem por objetivo, cumulada ou alternativamente, propiciar a eficiência e **o desenvolvimento tecnológico ou econômico** (§ 1º, inciso I, *c*):

> *[...]*
>
> *Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.*
>
> *§ 1º O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:*
>
> *I – tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:*
>
> *a) aumentar a produtividade;*
>
> *b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou*
>
> *c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;*
>
> *II – os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;*
>
> *III – não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;*
>
> *IV – sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.*
>
> *[...]*
>
> *§ 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior,*

quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final. (grifos nossos)

O art. 20 da lei apresenta quatro hipóteses de ilicitude, que são:

(i) Prejudicar a livre concorrência.

(ii) Dominar o mercado relevante.

(iii) Aumento arbitrário dos lucros.

(iv) Arbitrariedade no exercício de posição dominante.

Calixto Salomão reconhece a assimetria da terminologia utilizada pela lei antitruste brasileira esclarecendo que o inciso II anteriormente citado trata dos comportamentos que podem levar à formação de posições de poder, enquanto que o IV, do mesmo artigo, estaria a se referir aos ilícitos cuja caracterização pressupõe a existência de poder no mercado.[32]

Para que se possa compreender o mecanismo utilizado pela lei antitruste, é preciso que se percorram os incisos do art. 21 da mesma, nos quais são elencados exemplos de condutas tidas como anticoncorrenciais (na medida em que configurem hipótese referida no já citado art. 20 e seus incisos). Estas condutas são de natureza genérica, à exceção da prevista no inciso XVI, que faz referência explícita aos "direitos de propriedade industrial ou intelectual[33] ou de tecnologia", afirmando que constitui infração da ordem econômica "açambarcar ou impedir a exploração" de tais direitos.

Outras condutas listadas no art. 21 podem, igualmente, ter por objeto no caso concreto bens protegidos pelo direito autoral, devendo-se lembrar que tal rol é apenas exemplificativo. Apenas para registro, são elas:

[...]

I – fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;

II – obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

[...]

IV – limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

V – criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

[32] Calixto Salomão Filho. *Direito Concorrencial. As Estruturas*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 261.

[33] A utilização nesse inciso do termo "propriedade intelectual" mais parece uma imprecisão terminológica, devendo tal expressão ser entendida como sinônimo de "direito autoral", uma vez que elencada ao lado da "propriedade industrial".

VI – impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

[...]

X – regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

XI – impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

XII – discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XIII – recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

[...]

XXIII – subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;

XXIV – impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.

Uma característica relevante a ser ressaltada quanto às normas concorrenciais brasileiras é o seu caráter instrumental,[34] o que significa dizer que podem as mesmas ser sacrificadas se restar comprovado que os efeitos maléficos da conduta anticoncorrencial são suplantados por benefícios, de que são exemplos os casos expressos nos §§ 1º e 2º do art. 54 antes transcrito. Todavia, a concorrência-instrumento adotada pelo sistema jurídico brasileiro difere da adotada nos Estados Unidos da América, pois, enquanto nesse sistema a regra da razão[35] serve para aferir a pró-competitividade de certos atos que

[34] Tal caráter instrumental é, na doutrina estrangeira, reconhecido por Gerber em análise feita a partir do caso norte-americano sobre os desafios trazidos pela globalização no que respeita ao direito antitruste: "[a]t a minimum, the internationalization process calls for clarification of the goals to be served by antitrust law. That process fundamentally changes the context in which the antitrust laws must operate. Combined with the existing controversy over antitrust goals, it undermines confidence that antitrust laws are reasonable means to well-considered ends.", David J. Gerber. Foreword: Antitrust and the Challenge of Internationalization. *Chicago-Kent Law Review*. v. 64, 1988, p. 694.

[35] A regra da razão (*rule of reason*) teve sua origem em julgados norte-americanos servindo de inspiração, juntamente com sua versão desenvolvida pela União Europeia, a diversos outros países.

A este respeito, ensina João Bosco Leopoldino da Fonseca, "O legislador brasileiro preferiu seguir uma outra linha de conduta, já consagrada pelo Tratado de Roma, que, no *art. 85*, depois de declarar proibidas, no *item 1*, as práticas ali descritas como contrárias à liberdade de concorrência, permite a adoção de algumas condutas: [...] Para uma economia como a brasileira, na atual fase de seu desenvolvimento, melhor se adéqua o critério adotado pela União Europeia, em que se admite a *razoabilidade* de algumas ações que possam configurar restrições à concorrência. Os critérios aferidores já examinados devem ser adotados com rigor razoável, principalmente os princípios relativos à *análise econômica do direito* e ao princípio da chamada *regra da razão*." *Lei de Proteção da Concorrência. Comentários à Lei Antitruste*, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 145-146.

aparentemente restringem a concorrência, em nosso país sua função é justificar a aprovação de atos anticompetitivos, sendo que, em ambos os sistemas, ela atua evitando a "aplicação do critério da ilegalidade *per se*".[36, 37]

Em vista do que foi dito acerca do regime jurídico da concorrência, certo é que a eficiência econômica não deve ser o único objetivo legítimo da legislação antitruste. A este respeito, afirma Forgioni que o grau dos benefícios gerados pela concorrência em diferentes setores é variável. Segundo a autora:

> [...] em um grande número de setores econômicos o aumento do grau de concorrência é não apenas saudável, como absolutamente necessário para o bem-estar social. Mas em outros é bem possível que, em face dos fins da política pública veiculada pelo art. 170 da Constituição do Brasil, combinado com seu art. 3º, o texto normativo adote a proteção de determinado setor da economia. Essa política – ao contrário do que pregam muitos – nada tem de inconstitucional. Enfim, é plenamente possível, em nosso sistema, a implementação de políticas que não se curvem aos determinismos econômicos.[38]

Não encerrando a concorrência um fim em si mesma, bem como não objetivando o seu regime unicamente a eficiência econômica, é essencial que a cada conduta se examinem seus reais efeitos, de modo a se identificar, ao final, se podem os mesmos ser considerados benéficos para o mercado.

Logo, resta claro o teor dos dispositivos da Lei nº 8.884/1994, cujo propósito é a preservação de um mercado operante, de forma eficiente, mas que tal objetivo poderá ceder lugar em determinadas situações, por exemplo, a uma política que vise o desenvolvimento econômico-social do País. Neste momento, evidencia-se a relação do direito antitruste com os princípios constitucionais que serão tratados na Parte II deste livro, princípios estes que estreita relação também mantém com a propriedade intelectual.[39] É interessante nessa análise frisar-se que, embora entrelaçados, não podem os institutos (que são todos princípios constitucionais) se confundirem, sob pena de não desempenharem as suas funções específicas, tema que será abordado com mais profundidade oportunamente.

---

[36] Nuno T. P. Carvalho. *As Concentrações de Empresas no Direito Antitruste*. São Paulo: Resenha Tributária, 1995, p. 81.

[37] "Essa regra encontra-se hoje substancialmente modificada. Se a regra da razão clássica tinha acrescentado o termo 'desarrazoada' à *Section* I do *Sherman Act*, sua evolução posterior é no sentido de acrescentar o termo 'intermo 'desarrazoada' à *Section* I do *Sherman Act*, sua evolução posterior é no sentido de acrescentar o termo 'injustificada'. Contrário ao direito concorrencial passa a ser somente aquele comportamento ou estrutura que seja justificada'. Contrário ao direito concorrencial passa a ser somente aquele comportamento ou estrutura que seja eficaz para proporcionar uma restrição substancial e injustificável da concorrência." Calixto Salomão Filho. *Direito Concorrencial. As Estruturas*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 174.

[38] Paula A. Forgoni. Análise Econômica do Direito (AED): Paranoia ou Mistificação? *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo: Malheiros, jul./set. 2005, v. 139, p. 255-256.

[39] "There is no longer any doubt: intellectual property production is certainly the field of economic activity marked by the most significant evolution in the last few years. Indeed, it is undeniable that this new sector of activity will progressively take the place of traditional enterprises based on agriculture and the industrial revolution as a factor of development." Christophe Geiger. The Constitutional Dimension of Intellectual Property. *Intellectual Property and Human Rights: Enhaced Edition of Copyright and Human Rights*. v. 18, Netherlands: Kluwer Law International, 2008, p. 101.

Por fim, note-se que, diferentemente dos demais países em desenvolvimento, o Brasil possui normas de proteção à concorrência nos moldes dos mais avançados países desenvolvidos, o que, de certa forma, já é uma proteção a que abusos de eventuais monopolistas no mercado dos bens intelectuais prejudiquem alguns dos interesses sociais.[40]

[40] Tal "modalidade" de proteção é mencionada no relatório da pesquisa realizada por encomenda do Governo britânico em 2001, referida no Capítulo II da Parte III, que dispõe: "Most developed countries have sophisticated systems of competition regulation to ensure that abuses of any monopoly rights cannot unduly affect the public interest". Commission on Intellectual Property, Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy – Report of the Commission. London, September, 2002, p. 4 (Overview)

CAPÍTULO II

Natureza jurídica do direito autoral

II.1 RELAÇÃO ENTRE OS TRÊS TEMAS: NATUREZA JURÍDICA, LIMITES E FUNÇÕES

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.[1] Explica-se melhor esta perspectiva: 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.

[1] Embora a utilidade da identificação 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. Geiger parece, a princípio, subestimar a importância do estudo da natureza jurídica do direito autoral, mas, por fim, acaba admitindo que alguma utilidade há na sua análise: "We have seen, however, that the question of the legitimacy of a right must be based on whether the right fulfils its assigned function. To determine this, one must examine why there is intellectual property and which interests it protects. So we should not ask about the legal nature of the right, but search for the justification of the right, even if both aspects may be linked with one another." Christophe Geiger, The Constitutional Dimension of Intellectual Property. *Intellectual Property and Human Rights: Enhaced Edition of Copyright and Human Rights*, v. 18, Netherlands: Kluwer Law International, 2008, p. 106.

Não seria impróprio afirmar que cada instituto jurídico tem sua "certidão de nascimento" que registra a sua origem, a(s) sua(s) função(ões) e as suas características, dentre as quais se incluem os seus limites endógenos. Os limites exógenos, por sua vez, serão determinados pelo próprio ordenamento jurídico no qual ele se insere, pela sua confrontação com outros institutos e princípios daquele direito. As funções, alerte-se, podem ser mutáveis; para tanto, basta que a sociedade legitime essa mudança. Como assevera Perlingieri:

> [...] com o transcorrer das experiências históricas, institutos, conceitos, instrumentos, técnicas jurídicas, embora permaneçam nominalmente idênticos, mudam de função, de forma que, por vezes, acabam por servir a objetivos diametralmente opostos àqueles originais.[2]

No que diz respeito à relevância do estudo desses conceitos no âmbito deste trabalho, deve ainda ser dito que ele permitirá que se identifiquem as semelhanças e diferenças entre o direito autoral e a propriedade industrial, bem como que se comparem os bens protegidos pelo direito autoral com os demais bens que circulam no mercado, de modo a verificar se há algo que justifique dar-se um tratamento distinto aos primeiros.

Estabelecidas estas premissas, evidenciada é a importância de serem analisados com maior profundidade esses três relevantes temas, sendo que o presente capítulo ocupar-se-á da natureza jurídica e o próximo tratará das funções e dos limites do direito autoral (subitem III.4).

II.2 ALGUMAS POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO AUTORAL

A controvérsia acerca da natureza jurídica do direito autoral é antiga e parece não cessar,[3] fazendo-se presente já na própria nomenclatura utilizada para denominar esse direito tão atípico: sob a égide do Código Civil de 1916, falava-se em "propriedade literária, científica e artística". Pontes de Miranda referia-se ao direito autoral como uma "propriedade intelectual" ao lado da propriedade industrial[4] e identificava duas ramificações dentro deste direito: o direito autoral de personalidade e o direito autoral patrimonial.[5]

Na esfera internacional, tem-se a "World Intellectual Property Organization", braço das Nações Unidas responsável pelo acompanhamento dos temas ligados ao direito

[2] Pietro Perlingieri. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 141.

[3] "Les débats sur la nature et les fondements de la propriété littéraire et artistique n'ont jamais cesse. Il est difficile d'en rendre compte de manière exhaustive, d'autant plus que les discours, dont les implications philosophiques et politiques sont évidentes, n'obéissent pas toujours à la même logique, ce qui complique leur confrontation." A. Lucas e H. J. Lucas, *Traité de la Propriété Litteraire et Artistique*. Paris: Litec, 1994, p. 21.

[4] Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*, v. 16, tomo XVI, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 7

[5] Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*. v. 16, tomo XVI, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 8.

autoral e à propriedade industrial. No âmbito legislativo, há preferência pela designação do instituto como uma propriedade,[6] opção esta que não reflete necessariamente o entendimento da doutrina, na qual são também frequentes qualificações como: direito especial e autônomo, direito fundamental do homem, monopólio temporário, relação jurídica de natureza pessoal-patrimonial ou, ainda, uma designação tripartite, que identifica três qualificações (direito autoral de personalidade, direito autoral de nominação e direito autoral de exploração) e outra que opta por dizer o que ele não é, negando-lhe a natureza de um direito de propriedade e de um direito personalíssimo.

A inserção do tema do direito autoral no âmbito das normas do comércio internacional, por meio do acordo TRIPs, adiciona mais um complicador às discussões doutrinárias acerca da definição da natureza desse direito,[7] sendo que alguns autores chegam a sustentar que tal medida esvazia o discurso que o identifica com uma propriedade ou com um direito humano.[8]

A propriedade intelectual nasceu, como se sabe, com todas as características de um privilégio concedido através de um monopólio de exploração,[9] seja no caso da propriedade industrial (cujos beneficiários foram os inventores), seja no do direito autoral (cujos beneficiários foram os editores); daí talvez porque até hoje insistam alguns autores em atribuir a tal propriedade a natureza de um monopólio legal, que começou, em relação ao direito autoral, a ser afastada tão logo surgiram as leis reconhecendo um direito próprio dos autores, tendo por base o conceito do direito romano da existência de um "direito natural".

As principais teorias que fundamentam a natureza do direito autoral no direito natural são duas: uma baseada no pensamento de Hegel e outra no de Locke.[10] De acordo com

---

[6] Tal preferência pode ser explicada pela influência dos ideais franceses que eclodiram com a Revolução Francesa, especialmente no que diz respeito à qualificação do direito autoral como "o direito de propriedade mais sagrado".

[7] "Some see IP rights principally as economic or commercial rights, and others as akin to political or human rights. The TRIPS agreement treats them in the former sense, while recognising the need to strike a balance between the rights of inventors and creators to protection, and the rights of users of technology (Article 7 of TRIPS)." Commission on Intellectual Property, Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy – Report of the Commission. London, set. 2002, p. 6.

[8] "The protection of intellectual property by trade rules does not seem to mesh with its ideological defence either as a 'property' or a human right". Daniel J. Gervais, Intellectual Property and Human Rights: Learning to Live Together. In: Intellectual Property and Human Rights: Enhanced Edition of Copyright and Human Rights, v. 18, Netherlands: Kluwer Law International, 2008, p. 7.

[9] "L'idée de propriété, on l'a vu, est déjà admise sous l'Ancien Régime mais la portée de cette propriété se trouve restreinte et la nature juridique du droit est obscurcie par le système des privilèges, qui subordonne la protection à l'idée de faveur et de recompense." A. Lucas e H. J. Lucas. *Traité de la Propriété Litteraire et Artistique*. Paris: Litec, 1994, p. 37.

[10] Há quem identifique um número maior de vertentes da teoria que tem por justificativa o direito natural: "There are several branches to the authors' natural right theory. The most basic approach holds that 'but for' the creator, there would be no work. Hence, to award a property right to the author deprives no one else of anything that they otherwise would have had. Henry Sidgwick espoused this view in "The Principles of Political Economy" [...] The second natural/moral right justification for allowing property rights in information is a personality-based argument. The rationale is that "the fruits of intellectual creativity are associated with their author in a peculiarly intimate way" that necessitates her having a right to her work. None other than Justice Oliver Wendell Holmes recognized this reason behind intellectual property rights, observing in *Bleistein v. Donaldson*, "[p]ersonality always contains some-

estas teorias, o direito autoral existe não para beneficiar a sociedade, mas porque é justo e apropriado reconhecer um direito de propriedade sobre criações do intelecto, já que tais criações emanam da personalidade de um determinado autor e são frutos do seu esforço e inspiração. As teorias de Hegel e Locke distanciam-se, entretanto, ao justificar o reconhecimento de tal direito (natural) de propriedade; o primeiro enfatiza que as criações devem ser protegidas porque expressam a personalidade de cada pessoa,[11] enquanto que na visão de Locke a justificativa toma por base o reconhecimento de propriedade sobre os bens produto do trabalho.

Diversas críticas são dirigidas às referidas teorias, desde as que simplesmente não reconhecem o direito natural até outras que apontam suas falhas:

> Both of the grand theories for intellectual property – labor and personality – have their own strengths and weaknesses. The labor justification cannot account for the idea whose inception does not seem to have involved labor; the personality theory is inapplicable to valuable innovations that do not contain elements of what society might recognize as personal expression. [...] At the same time, the two justifications seem to apply more readily to intellectual property than to the property they are usually called upon to legitimate. [...] In this way, the two theories may compensate for each other's weaknesses.[12]

Ainda na linha das teorias naturalistas, Diderot, de forma quase poética, dá o seguinte enfoque à questão:

> 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 mais belas horas, os melhores momentos de sua vida; se seus próprios pensamentos, os sentimentos de seus corações, sua porção mais preciosa, aquela que nunca morre, que o imortaliza, não lhe pertencer? Como comparar o homem, a própria substância do homem, sua lama, e o campo, a pastagem, a árvore ou a vinha que a natureza ofereceu no início igualmente a todos, de que o indivíduo só pôde

thing unique. [...] A third, more common justification offered in support of a natural right to intellectual property protection can be generally described as a labor/effort argument. This line of reasoning is in essence a derivation of John Locke's elaboration of a natural right to property in his *Second Treatise on Government*." Steve P. Calandrillo, "An economic analysis of property rights", *Fordham Intell Prop. Media & Ent. Law Journal*, v. 9, p. 313-314.

[11] "In order to fix property as the outward symbol of my personality, it is not enough that I represent it as mine and internally will it to be more; I must also take it over into mine possession. The embodiment of my will can then be recognized by others as mine. That the object, of which I take possession be unowned is a self-evident, negative condition. Rather it is mine than a bare negative, since it anticipates a relation to others. A person's putting his will into an object is the conception of property, and the next step is the realizing of it. The inner act of my will, which says that something is mine, must be made recognizable for others. When I make an object mine, I give it a predicate, which must be manifested in its outer form, and not remain merely in my inner will. Children often affirm this earlier act of will against the real possessing of a thing by others. But for adults such a will is not enough. The form of subjectivity must be removed by working itself out into something objective". Georg W. F. Hegel. *Philosophy of Right*. New York: Cosimo, 2008, p. 10.

[12] Justin Hughes. The Philosophy of Intellectual Property. *The Georgetown Law Journal*. v. 77, 1988-1989, p. 365-366.

apoderar-se pela cultura, o primeiro meio legítimo de posse? Quem teria mais direito de dispor de sua coisa pelo dom ou pela venda do que o autor?[13]

As teorias naturalistas são hoje desprovidas de força e credibilidade, devendo, pois, ser evitadas para servir como a única base do direito autoral. Todavia, como ficará claro no decorrer desta obra, têm valia para enriquecer e dar substância às novas teorias que foram surgindo e que serão a seguir expostas.

Inicia-se a breve notícia sobre a posição da doutrina brasileira acerca da natureza jurídica do direito autoral com Beviláqua,[14] que se posicionou no sentido de que ao qualificar o direito autoral não se deveria falar de privilégio, mas sim de um

> [...] direito merecedor de garantias adequadas, assegurando aos autores o producto de seu esforço, e reconhecendo que o trabalho intellectual contribue, mais que qualquer outro, para o incremento da cultura e estimula as mais nobres expansões da alma humana [...].

Esse entendimento contrasta na atualidade com o de Ascensão,[15] quando afirma que "[...] o direito de autor pode [...] ser nuclearmente caracterizado como um exclusivo temporário de exploração econômica da obra".

Antônio Chaves[16] entende que

> [o] direito de autor representa uma **relação jurídica de natureza pessoal-patrimonial**, sem cair em qualquer contradição lógica, porque traduz numa fórmula sintética aquilo que resulta da natureza especial da obra da inteligência e do regulamento determinado por esta natureza especial. Patenteia um vínculo de natureza pessoal, no sentido de formar a personalidade do autor um elemento constante do seu regulamento jurídico e porque seu objeto constitui, sob certos aspectos, uma representação ou uma exteriorização, uma emanação da personalidade do autor, de modo a manter o direito de autor, constantemente, sua **inerência ativa** ao criador da obra, representando, por outro lado, uma relação de direito patrimonial, porquanto a obra do engenho é, ao mesmo tempo, tratada pela lei como um bem econômico.

O direito de autor, conclui, "[...] é um poder de senhorio de um bem intelectual (*ius in re intellectuali*), poder esse que, em razão da sua natureza especial, abraça no seu conteúdo faculdades de ordem pessoal e faculdades de ordem patrimonial". A atribuição de uma qualificação de dupla natureza é também a posição adotada por Bruno Jorge Hammes,[17] para quem

---

[13] Denis Diderot. *Carta sobre o Comércio do Livro*. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2002, p. 67-68.

[14] Clóvis Beviláqua. *Direito das Coisas*. v. I, Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1941, p. 272.

[15] José de Oliveira Ascensão. *Direito Autoral*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 616.

[16] Antonio Chaves. *Direito de Autor, Princípios Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 6-7.

[17] Bruno Jorge Hammes. *O Direito da Propriedade Intelectual*. São Leopoldo: Unisinos, 1996, p. 40.

> [o] Direito de Autor não pode, pura e simplesmente, ser equiparado a um direito de propriedade como não é apenas um direito personalíssimo. [...] Internacionalmente é hoje aceito que o Direito de Autor faz parte de um novo ramo de Direito que se denomina de Direito da Propriedade Intelectual. É constituído esse direito por um conjunto de disciplinas que têm em comum serem resultado de uma atividade intelectual [...].

Pietro Perlingieri[18] identifica no direito de autor a tutela de direitos patrimoniais e outros atinentes à personalidade do autor (paternidade e integridade da obra), este último constituindo a parcela do direito moral.

Gama Cerqueira[19] qualifica a propriedade intelectual como um direito natural de propriedade e R. Limongi França,[20] apesar de se referir à qualificação do direito autoral como uma propriedade imaterial logo a seguir, na mesma obra, caracteriza-o como um direito da personalidade que apresenta dois aspectos: o moral e o patrimonial.

Carlos Alberto Bittar[21] qualifica o direito de autor como um direito especial e autônomo, reconhecendo-lhe a característica de um direito fundamental do homem "[...] pois existe independentemente do Estado e manifesta-se pela criação da obra."

Pontes de Miranda[22] divide o direito autoral em três partes:

> (i) **direito autoral de personalidade** consiste: (a) no **afirmar-se da própria pessoa**, de modo que o titular é como o próprio objeto do direito [...]. (b) na **incolumidade da esfera própria do titular** (livre decisão quanto a dar publicidade, ou a não dar). (c) na **inatingibilidade da obra pelas alterações ou correções não consentidas**. [e] (d) **na contrariedade a direito de toda contrafação ou dano à obra**. (ii) direito autoral de nominação fica entre o direito autoral de personalidade e o direito autoral de exploração [...] é direito patrimonial, porque tem valor para a transferência [...] [e] (iii) o direito autoral de exploração é o direito que tem o autor, direito real e transmissível, de explorar o que criou. (grifos nossos)

O autor assevera em outra oportunidade[23] que o direito autoral, no regime do Código Civil de 1916, é direito de propriedade, deixando claro, mais uma vez, que está se referindo à sua parcela patrimonial, uma vez que "[...] [o] direito autoral de personalidade é bem diferente do direito de autor e mais ainda do direito de propriedade dos exemplares da obra."

---

[18] Pietro Perlingieri. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 846-847.

[19] João da Gama Cerqueira. *Tratado da Propriedade Industrial*, 3. ed., (atualizada por Newton Silveira e Denis Borges Barbosa). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 47-98.

[20] R. Limongi França. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 439.

[21] Carlos Alberto Bittar. *Contornos Atuais do Direito do Autor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 29-31.

[22] Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XVI, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 38-65.

[23] Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XI, Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 62-63.

Silvio Rodrigues[24] fica entre a qualificação de uma propriedade e de um direito da personalidade, indagando:

> [...] será o direito do autor um direito subjetivo, ou seja, uma prerrogativa individual semelhante ao domínio? Objeta-se que a propriedade, dentro de seu caráter tradicional, teve sempre por objeto os bens corpóreos; ora, o produto do trabalho intelectual não constitui coisa corpórea, afastando-se, portanto, daquela concepção tradicional. Assim, a se proteger o direito autoral talvez se devesse fazê-lo dentro da teoria das pessoas, na parte respeitante aos direitos da personalidade.

Diante desse exemplificativo apanhado da doutrina, verifica-se que alguns autores preferem não expressar a sua posição quanto à natureza do direito autoral, mas apenas delinear o seu conteúdo, reconhecer a sua importância ou mesmo conferir-lhe a natureza de um direito especial. A seguir, serão analisadas com mais profundidade as dificuldades mais frequentes a serem enfrentadas para conhecer-se a natureza de tal direito.

II.3 DIREITO AUTORAL: MONOPÓLIO OU PROPRIEDADE?

A caracterização do direito autoral como um monopólio foi revivida recentemente, sendo que, por vezes, com o nome de "direito de exclusivo".[25] A primeira cautela quando da atribuição da natureza de monopólio à propriedade intelectual é quanto à interpretação de tal expressão linguística, dado que o termo "monopólio" comporta um significado genérico ou leigo que se refere à ideia da apropriação de algo por uma única pessoa,[26] bem como um significado técnico, empregado no domínio do direito econômico, no âmbito do qual o monopólio é entendido como uma situação em que "[...] apenas um agente determina as regras do jogo do mercado".[27]

Encarado sob o prisma genérico, o direito autoral, assim como os outros tipos de propriedades, poderia ser chamado de monopólio, eis que é um direito exclusivo, a ser explorado pelo seu titular. A esse respeito, Posner[28] alerta para os equívocos incorridos

---

[24] Silvio Rodrigues. *Direito Civil. Direito das Coisas*. v. V, 14. ed., 1985, p. 235.

[25] Ascensão cunhou na doutrina brasileira a expressão "direito de exclusivo" para explicar a natureza jurídica do direito autoral, frisando que não optou por monopólio por ser este um termo já "comprometido". José de Oliveira Ascensão. *Direito Autoral*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 612.

[26] "A propriedade é sempre exclusiva, isso significando que o conceito de propriedade porta, em si, a exclusividade [= monopólio] do domínio do bem pelo seu titular; por isso, convém repetir, são redundantes e desprovidas de significado as expressões 'monopólio da propriedade' ou 'monopólio de um bem'". Eros Roberto Grau. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 296-297.

[27] Paula A. Forgioni. *Os Fundamentos do Antitruste*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 275.

[28] "Talk of patent and copyright "monopolies" is conventional; we have used this terminology ourselves in this book. The usage is harmless as long as it is understood to be different from how the same word is used in antitrust analysis". Richard A. Posner. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University, 2003, p. 374.

pelos juízes ao supor que existe uma tensão inerente entre a propriedade intelectual e o direito antitruste na medida em que a primeira conferiria um monopólio. O autor esclarece a confusão entre monopólio e direito de propriedade enfatizando que ninguém chamaria de monopólio o direito de um titular de terras de proibir terceiros do uso de referido bem imóvel; igualmente deve ser entendido o direito do titular de uma patente ou de um direito autoral: têm eles o direito de proibir que terceiros usem a sua propriedade, o que não deve ter qualquer significado pejorativo sob a óptica antitruste.

Ainda que considerado um monopólio, difere o instituto estudado do monopólio típico do direito antitruste, já que a obra protegida pelo direito autoral e a patente não atribuem ao seu titular, obrigatoriamente, uma posição dominante, na medida em que, em geral, há um substituto econômico para o bem criativo. Por outro lado, lembre-se, o monopólio, por vezes, é até utilizado como instrumento para organizar o mercado, prestando serviço à concorrência, como é o caso do monopólio legal.

Por todos os motivos expostos, afastada deve ser a premissa de que o monopólio – no seu sentido leigo ou técnico (do direito econômico) – é, por natureza, antagônico à concorrência.

A ideia da atribuição da natureza de um monopólio (no sentido econômico da expressão) ao direito autoral parece não fazer sentido a partir do momento em que se considera (até porque é a simples constatação de um fato)[29] que a criação nasce com o autor[30] (ainda que seja posteriormente reconhecida pelo direito), enquanto que a posição monopolista (do direito concorrencial) é conquistada (de forma abusiva ou não, mediante as diversas formas de aquisição de bens) ou atribuída por lei que garante à determinada pessoa a exclusividade de exploração de um bem já existente no mercado.[31]

---

[29] "Un large courant de la doctrine, héritier en cela de la philosophie des Lumières et des proclamations des législateurs de 1791 et 1793 précédemment évoquées, voit dans le droit d'auteur, um droit naturel: non pas um droit que la puissance publique concède à son titulaire mais um droit qui résulte de la nature des choses, c'est-à-dire ici, de l'acte de création et du lien de l'auteur avec son œuvre, et que le législateur ne fait que reconnaître et rendre efficace." Frédéric Pollaud-Dulian, *Le Droit D'Auteur*. Paris: Economica, 2005, p. 30.

[30] Não são convincentes os argumentos de que ninguém cria nada, de que todo autor utiliza-se das criações de terceiros e de obras prévias e que, de si mesmo, pouco acrescenta à nova obra e, portanto, esta não deveria lhe pertencer. O reconhecimento deste fato – de que toda obra carrega em si elementos captados pela experiência do autor, inclusive em obras de terceiros – não pode servir para desqualificá-lo e, tampouco, diminuir a importância da criação. Isto porque, ainda que seja muito pequena a parcela de sua contribuição, ela é única, jamais poderia se chegar ao mesmo resultado se ali estivesse outra pessoa. Aliás, é como salienta Newton Silveira "[o] fundamento do direito sobre tais obras [intelectuais] se explica pela própria origem da obra, do indivíduo para o mundo exterior. A obra lhe pertence originariamente pelo próprio processo de criação; só a ele compete decidir revelá-la pondo-a no mundo, e esse fato não destrói a ligação original entre obra e autor". *A Propriedade Intelectual e a Nova Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9279, de 14/5/996)*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 15.

[31] Denis Barbosa explora com precisão esse aspecto: "[o]ra, por definição, os direitos exclusivos sobre novas criações não retiram do público qualquer liberdade que havia anteriormente a sua constituição, eis que os elementos tornados exclusivos – técnicas, ou obras expressivas – nunca haviam sido integrados ao domínio comum. Novos, ou originais, são sempre *res nova*, bens ainda não inseridos na economia. Ainda que "monopólios", seriam de uma subespécie socialmente aceitável." Denis Borges Barbosa. *A Criação de um Ambiente Competitivo no Campo da Propriedade Intelectual – O Caso Sul Americano*, ICTSD, p. 18.

Antes de conduzir o leitor para uma conclusão acerca da natureza jurídica do direito autoral, é imperativo que se relembre o enunciado do Texto Constitucional que a ele se refere: *"[...] CFRB, art. 5º, XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar"*.

A propósito, o mesmo constituinte dá redação diversa quando trata da propriedade industrial, afirmando (no inciso XXIX) que *"[...] a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização [...]"*. Tal enunciado legal pode induzir à atribuição da natureza de um monopólio a essa espécie da propriedade intelectual, conclusão que não pode ser estendida ao direito autoral de forma inadvertida.

Neste momento, fixada deve ser a definição da norma constitucional de que o direito autoral é um "direito exclusivo que pertence aos autores", para que se explore com um pouco mais de detalhamento essa relação. O dispositivo constitucional fala em "pertencimento", o que se justifica na medida em que se considere que é o autor a pessoa que dá nascimento à obra de seu espírito.

Mas tal pertencimento não deve ser entendido como um direito de propriedade,[32, 33, 34] o que resta evidente quando são observadas as características próprias do direito autoral que o distanciam da propriedade material. Um aspecto marcante é a diferença no tratamento do bem intelectual protegido pelo direito autoral no momento anterior à publicação da obra e no posterior a tal ato: são dois regimes distintos a incidir: um que estabelece um direito absoluto (durante o período em que a obra não foi publicada ou comunicada

[32] Nesse sentido, a lição de Ruggiero: "A obra de arte, literária, musical ou dramática, a invenção científica, a descoberta industrial, em suma: todo o produto do engenho humano não é protegido nem regulado com as mesmas normas que tutelam a propriedade sobre as coisas corpóreas e que para elas seriam inaplicáveis. Pertencem, sim, aos seus autores, mas tal pertença só por analogia se pode chamar propriedade e não identificar-se com ela. Melhor é pois falar de direitos sobre bens imateriais e, sem condenar ou excluir as usuais locuções de 'propriedade literária, industrial e artística', designar o direito de autor como direito patrimonial de natureza real, com características particulares que o diferenciam de todos os outros." Roberto de Ruggiero. *Instituições de Direito Civil. Direito de Família. Direitos Reais e Posse*. v. 2, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1972, p. 303.

[33] "L'emploi du terme de 'propriété' exprime l'opposabilité absolue et l'exclusivité du droit, mais il ne signifie pas que l'on puisse transposer ici le concept de droit réel conçu par le code civil pour les choses corporelles. Parmi ces droits *sui generis*, le droit d'auteur, pris comme um tout ne peut pas non plus être assimilé à un autre droit et le qualifier d'après l'une de ses composantes (droit moral ou droit patrimonial) est réducteur." Frédéric Pollaud-Dulian. *Le Droit D'Auteur*. Paris: Economica, 2005, p. 43.

[34] Piola Caselli (citado por Antônio Chaves) aborda com propriedade a "extensão" do ato de reconhecimento a um instituto da natureza de um direito de propriedade quando salienta não ser mera questão de nomenclatura, nas palavras do autor: "Denominar ou não 'propriedade' o direito de autor não significa somente atribuir-lhe uma designação que valha para distingui-lo de outros direitos, mas tem o sentido de conferir este instituto, antes de mais nada, à grande categoria dos *direitos patrimoniais* – de maneira particular, à subclasse de tal categoria que tem o nome de *direitos reais* – e, mais particularmente ainda, importa a sua assimilação ao principal instituto jurídico da classe dos direitos reais, o domínio ou propriedade: instituto que tem uma sua especial justificação moral, econômica e social, um próprio princípio informador que determina as suas finalidades e tendências e que, elaborado por século de doutrina e de prática judiciária, traz consigo um acervo enorme de regras, princípios, noções, definições e institutos jurídicos derivados." Piola Caselli *apud* Antônio Chaves. *Direito de Autor. Princípios Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 6.

ao público) e outro em que tal direito encontra-se delineado por uma série de limitações, endógenas e exógenas, como será referido adiante.

Não é por acaso que Antonio Chaves propugna tratar-se o direito autoral de um direito especial que exige uma regulamentação específica, "[...] incompatível com o caráter demasiadamente amplo e genérico dos direitos da personalidade, assim como com os estreitos limites da propriedade material ou patrimonial".[35]

É verdade que o termo "propriedade" não é inequívoco. Pontes de Miranda identificava quatro "sentidos" para ele:[36]

(i) Em sentido "amplíssimo", o domínio ou qualquer direito patrimonial (conceito este mais amplo do que o direito das coisas, abrangendo o crédito, explica o autor).

(ii) Em sentido amplo, é todo o direito que é irradiado em virtude de ter incidido regra de direito das coisas.

(iii) Em sentido quase coincidente, é todo o direito sobre as coisas corpóreas e as propriedades literária, científica, artística e industrial.

(iv) Em sentido "estritíssimo" é só domínio.

O autor esclarece, ainda, que a noção de bem objeto de propriedade é mais estreita do que a de bem objeto de proteção pelo direito, exemplificando com o bem da vida, de que são espécies a personalidade, o nome etc. Ainda que sejam bens, não são objeto de direito patrimonial, como é uma propriedade imobiliária.[37]

Assim, uma abordagem sobre o conceito de propriedade torna-se fundamental para que se possa abordar a questão de ser, ou não, o direito autoral um direito de propriedade.

Deixando de lado nesse estudo a trajetória de desenvolvimento ao longo da história do instituto da propriedade, cuja remota origem leva ao direito romano,[38] quando primitivas populações da Itália e da Grécia conheciam e praticavam a propriedade privada que era, à época, intimamente ligada à religião doméstica e à família,[39] passa-se para a análise

---

[35] Antônio Chaves. *Direito de Autor, Princípios Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 16.

[36] Planiol também identifica diversos sentidos possíveis para a expressão "propriedade", dentre os quais a característica absoluta ou exclusiva de um direito. Jean Boulanger e Georges Ripert. *Traité Élémentaire de Droit Civil de Planiol*. Tome Premier, 5. ed., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950, p. 917.

[37] Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial, Tomo XI, Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 9, 14 e 15.

[38] "Sem dúvida, o Direito Civil brasileiro originou-se do Direito Romano, especialmente no que tange à propriedade, [...]. Também se inspirou no Código de Napoleão, ao estabelecer regime semelhante para a propriedade, tendo em comum, os três sistemas, o fato de enumerarem as 'faculdades' ou 'atributos' da propriedade, sem, contudo, oferecerem a sua definição. Além do mais, confundem o direito de propriedade com o seu objeto, da mesma forma que o faziam os romanos antigos." Isabel Vaz, *Direito Econômico das Propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 310.

[39] "Poderíamos dizer que existia, antes das primeiras codificações, uma forma privada, mas não individual de propriedade, que considerava a casa um lugar sagrado por força de convicções religiosas protegidas pelo Direito. Aos poucos, os arredores da moradia, os outeiros onde se sepultavam os mortos adquiriram, assim como os campos e

do direito de propriedade do século XVIII, mais especificamente na Revolução Francesa, em que tal instituto é reconhecido, exaltado e positivado, de modo a servir de proteção contra os abusos do absolutismo do Estado.[40]

Tal movimento foi liderado pela burguesia, que se achava oprimida pelo Poder Público, que concedia privilégios de forma discricionária. Neste momento, em que são abolidos todos os tipos de privilégios e consagrada a propriedade como um direito individual é que passa o direito autoral a ser protegido como um direito de propriedade, que se tornara sagrado em face dos então vigentes sentimentos de valorização do indivíduo e da liberdade de expressão. Tal pensamento passou a servir de modelo para as demais codificações civis do mundo ocidental, dentre as quais a do Brasil,[41] onde a proteção à propriedade se faz presente desde a Constituição do Império de 1824.[42]

Planiol define a propriedade como "[...] une institution imposée par notre organisation sociale actuelle [...]",[43] evitando, assim, o debate sobre a natureza de tal instituto, o que é enfrentado por Perlingieri para quem o reconhecimento pela lei de tal direito não pode servir de base para a retomada da teoria jusnaturalista. Nas palavras do autor:

> Portanto, seria míope a interpretação que, do 'reconhecimento' da propriedade privada (art. 42, § 1º, Const.), quisesse extrair argumento para retornar a concepções jusnaturalistas, sustentando que este reconhecimento pressupõe uma situação de fato que já tem sua existência ontológica. A expressão 'reconhecida e garantida pela lei' é uma

---

os pomares, as características atribuídas inicialmente à casa." Isabel Vaz, *Direito Econômico das Propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 33.

[40] Diversas funções podem, assim, ser atribuídas ao instituto da propriedade no decorrer da história; além do já citado exemplo da Revolução Francesa, outros mais existem, como na Itália, a consolidação do Poder Político do Estado no regime do fascismo e na antiga União Soviética, a introdução de um novo modelo econômico com a Revolução Russa de 1917. "Ao assumir o poder, Lenine pôs em prática a ideia segundo a qual o Direito, inclusive a regulamentação da propriedade, é um instrumento para realizar a transformação da sociedade." René David et John N. Hazard. *Le Droit Soviétique*. v. VII, T. II, p. 6, *apud* Isabel Vaz. *Direito Econômico das Propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 101, nº 33. O mesmo vem ocorrendo com a propriedade intelectual, que diversas funções já cumpriu, sendo que hoje vem atraindo a atenção do Estado que pretende utilizá-la como instrumento para o estabelecimento de políticas públicas.

[41] O Código Civil de 1916 dispunha sobre o direito autoral em um parágrafo ao artigo que tratava da propriedade, reservando um capítulo especial à regulamentação do regime jurídico a ele referente. Art. 524. A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua. Parágrafo único. A propriedade literária, científica e artística será regulada conforme as disposições do Capítulo VI deste Título." Art. 649. "Ao autor de obra literária, científica ou artística pertence o direito exclusivo de reproduzi-la."

[42] Art. 179. "A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte: [...] XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indemnisado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta única excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação." Hilton Lobo Campanhole. *Constituições do Brasil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, p. 832–833.

[43] Jean Boulanger e Georges Ripert. *Traité Élémentaire de Droit Civil de Planiol*. Tome Premier, 5. ed., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950, p. 914.

> redundância: se a lei reconhece a propriedade ela a garante também, e se a garante, a reconhece.[44]

No Brasil, pode-se falar em um regime de propriedades. A propriedade, como é sabido, não constitui uma instituição única, mas um conjunto de instituições relacionadas a diversos tipos de bens, como: propriedade de valores mobiliários, propriedade do solo e, acrescenta Eros Grau, propriedades literária e artística, dentre tantas outras.[45]

O motivo para essa variedade de regulamentações está na diversidade dos bens sobre os quais recai a proteção do direito de propriedade acerca do que a doutrina apresenta classificações, sendo a mais conhecida a que distingue os bens materiais dos imateriais[46] (valores mobiliários, créditos etc.). Dentro do primeiro tipo, podem-se identificar bens móveis e imóveis, sendo exemplo típico desse o solo e tudo que a ele adere.[47] "O que não se pode deslocar, o que não se pode transportar, é imóvel [...]" dizia Pontes de Miranda, reconhecendo que o direito de autor é bem móvel,[48] regime que lhe é atribuído na lei hoje vigente.[49]

A propriedade intelectual guarda, ainda, uma peculiaridade específica se comparada aos demais bens móveis, que é a sua característica de ser um bem incorpóreo:[50]

> [...] trata-se de obra literária, artística ou científica que talvez nunca se reproduza (ainda que o bem incorpóreo, que nela se contém, porque nela se enforma, nunca se encorpore em exemplares concretos) [;] [e]xiste mesmo fora de qualquer intenção de exploração.[51]

---

[44] Pietro Perlingieri. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 925.

[45] Nesse sentido, v. Eros Roberto Grau. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 236-237. Mais adiante (p. 293) ao tratar do monopólio legal, dá o autor como exemplo a propriedade industrial, qualificando-a como um monopólio legal que visa impelir o agente econômico ao investimento.

[46] Adverte Alfredo de Assis Gonçalves Neto que, no que tange aos bens intelectuais, diferentemente do que ocorre com os bens que ocupam espaço físico na natureza e sobre os quais se edificou o conceito de propriedade, deve-se falar em titularidade do direito ou em legitimação para exercer o direito de exclusividade perante terceiros "pois, não sendo tais bens suscetíveis de apropriação física, que serviria de excludente da possibilidade de exercício dos poderes de domínio por várias pessoas ao mesmo tempo, permitem, na prática, que isso aconteça, isto é que ocorra sua utilização simultânea por mais de uma pessoa". Alfredo de Assis Gonçalves Neto. *Manual de Direito Comercial*. 2. ed., Curitiba: Juruá, 2000, p. 164-165.

[47] Propriedade imóvel é o solo e tudo o que a ele adere, bem como o espaço aéreo e o subsolo. Não se pode conceber a separação material da propriedade imóvel. O imóvel é perene do que advém seu valor como sede de todas as atividades humanas. A propriedade imóvel caracteriza-se quanto à extensão do direito de propriedade e quanto à intensidade deste mesmo direito. San Tiago Dantas. *Programa de Direito Civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Rio, 1981, p. 187.

[48] Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XV. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955, p. 5.

[49] Lei nº 9.610/1998, art. 3º – "*Os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis*".

[50] Note-se que mesmo dentro dessa categoria a propriedade intelectual se distingue: "The res is a product of cognitive processes and can exist privately, known only to its creator. This private origin is a reasonable means to distinguish the res of intellectual property from the res of other intangible properties such as stock or stock options. Although the 'inputs' for the res of intellectual property are social – the education and nurture of the creator – the assembling of the idea occurs within the mind of the creator which produces something beyond those inputs." Justin Hughes, The Philosophy of Intellectual Property. *In: The Georgetown Law Journal*. v. 77, 1988-1989, p. 294.

[51] Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XVII, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955, p. 405 e 411.

É oportuno mencionar que está o autor nesse ponto referindo-se à marcante diferença entre o suporte material em que a obra intelectual pode ser afixada (*corpus mechanicus*) e a criação intelectual em si (*corpus misticus*).

Como bem observa Costa Neto,

> [...] a relação não só de constituição do bem (criação intelectual) como de sua transferência a terceiros sofre diferenciações fundamentais do regime adotado para a propriedade convencional, a ponto, inclusive, de, ao invés do termo 'propriedade intelectual', utilizar a melhor doutrina, com mais frequência, a expressão 'direito de autor' ou 'direito autoral' (terminologia adotada pela legislação civil e penal brasileira) deixando – mais especificamente – a denominação 'propriedade' para os direitos e privilégios no campo das patentes de invenção, modelos de utilidade ou industriais e marcas de serviço, indústria ou comércio ('propriedade industrial') [...].[52]

Diversas são as normas que regulamentam a propriedade desses diferentes tipos de bens, algumas com sede na Constituição, outras em legislação infraconstitucional. Há quem prefira não englobar bens tão díspares sob o mesmo instituto, como Orlando Gomes, que propõe o conceito de "quase propriedade" para açambarcar as demais categorias de bens que não os corpóreos,[53] o que é uma interessante solução com vistas a evitar equívocos no que diz respeito à aplicação a todos os bens do regime jurídico do bem material.

A análise que se impõe é no sentido de que seja verificado se a qualificação do direito autoral como um direito real de propriedade, nos termos da legislação brasileira, é adequada,[54] questão levantada por Fachin.[55, 56]

A vigente Lei de Direito Autoral brasileira dispõe em seu art. 3º que *"Os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis [...]"*, o que, para alguns, significa estar a mesma indicando que o regime da propriedade deveria ser aplicado.

Ao serem percorridos os incisos do art. 1.228 do Código Civil brasileiro, que tratam dos atributos da propriedade, verifica-se serem alguns deles aplicáveis[57] ao direito autoral

---

[52] José Carlos Costa Netto. *Direito Autoral no Brasil*. São Paulo: FTD, 1998, p. 16.

[53] Orlando Gomes. *Direitos Reais*. 19. ed. (atualizada por Luiz Edson Fachin). Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 112.

[54] Para uma análise da caracterização do direito autoral como um direito de propriedade sob a óptica do direito francês, ver A. Lucas e H. J. Lucas. *Traité de la Propriété Litteraire et Artistique*. Paris: Litec, 1994, p. 28-34.

[55] "Indaga-se, outrossim, se o direito real pode ter por objeto as produções do espírito no domínio das letras, das artes, das ciências ou da indústria. Uma corrente de escritores admite que tais obras são objeto de uma forma especial de propriedade, a denominada propriedade **literária, artística e científica**, e também, **a propriedade industrial**, em relação às quais não repugna a aplicação de numerosas regras do regime a que se subordina a propriedade." Orlando Gomes. *Direitos Reais*. Atualizado por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 20.

[56] O assunto é tratado de com detalhes na doutrina estrangeira por Michael Lehman, professor da Universidade de Munique, em artigo intitulado *The Theory of Property Rights and the Protection of Intellectual and Industrial Property*. *In: IIC*, v. 16, nº 5, 1985.

[57] O direito autoral, tal como o direito real de propriedade, constitui o poder (que já há algum tempo não é absoluto em ambos os casos) de excluir os demais a respeito do objeto destes direitos (criação no primeiro caso e bens móveis e imóveis no segundo).

e outros não,[58] sendo o mais comentado o fato de que a propriedade comum pressupõe o caráter material do objeto, o que não se aplica ao direito autoral. A este respeito, há que se ressaltar que a existência de lei específica (Lei nº 9.610/1998) dispondo de forma diferente do Código Civil sobre alguns aspectos desta "propriedade" não configuraria impedimento a tal qualificação, visto que aquela prevaleceria sempre que em conflito com a disciplina geral disposta no diploma civil, como é o caso, por exemplo, das disposições referentes à aquisição da propriedade,[59] à limitação no tempo do uso da propriedade por seu titular[60] e ao caráter restritivo que deve ser dado aos negócios envolvendo essa propriedade.[61]

Conquanto não se afigure de todo incompatível a caracterização do direito autoral como uma propriedade *sui generis*, em face da existência de tantas peculiaridades no sistema jurídico que o regula,[62] torna-se desaconselhável atribuir-lhe a natureza de direito de propriedade, devendo ser notado que, mesmo quando teve tal direito sua regulamentação inserida no Código Civil de 1916 no capítulo a ela destinado ("Da Propriedade em Geral"), recebeu o direito autoral tratamento especial.

Seja por razões históricas, seja por suas diferentes particularidades, a lei protege a propriedade tangível de forma diferente do que a propriedade intangível, o que faz com que, intuitivamente, deva se imaginar que mais razão ainda assiste a um tratamento diferenciado ao bem intelectual fruto da criação pessoal de um ou mais indivíduos.

II.4 DIREITO AUTORAL COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

Dando continuidade à análise das principais teorias sobre a natureza do direito autoral e considerada a sua dupla face: uma que diz respeito ao direito patrimonial e outra ao direito moral, que se completam de modo a formar esse "direito especial", parte da doutrina considera que a parcela mais importante desse direito é a referente ao direito moral (ou pessoal), o que configura a base para a teoria que adota a natureza de um direito da

[58] O direito autoral é limitado no tempo, enquanto que o direito de propriedade é perpétuo; o direito de propriedade é essencialmente patrimonial, enquanto que o direito autoral tem duplo conteúdo. A respeito de outros aspectos da propriedade não aplicáveis ao direito autoral, ver Silmara Juny de Abreu Chinellato. *Direito de Autor e Direitos da Personalidade: Reflexões à Luz do Código Civil*. Tese para Concurso de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2008, p. 19-85.

[59] Não obstante seja o direito autoral bem móvel, nos termos do art. 3º da Lei de Direito Autoral (e, anteriormente, art. 48, inciso III, do Código Civil de 1916), sendo um bem imaterial (ainda que na maior parte das vezes fixado em algum suporte material), a ele não se aplicam, por exemplo, as regras do art. 1.267 do Código Civil, de que "*[...] a propriedade das coisas [móveis] não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição*".

[60] Art. 41 da Lei nº 9.610/1998 – "Os direitos patrimoniais do autor perduram por 70 (setenta) anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil".

[61] Art. 4º da Lei nº 9.610/98 – "*Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais*".

[62] Não há dúvida de que, diferentemente dos demais bens tangíveis, guarda o bem protegido pela propriedade intelectual uma íntima ligação com a pessoa que a criou, sendo que no caso do direito autoral a obra não preexiste à pessoa, mas nasce em função do intelecto da mesma. Tal diferença é facilmente perceptível quando se compara um lote de terra a uma obra musical – ambos são bens apropriáveis, sendo que a primeira preexiste à pessoa que irá apropriá-la, enquanto que a segunda nasce como uma criação do espírito daquele que irá dela se apropriar.

personalidade. O argumento dessa teoria é no sentido de que os direitos morais nascem junto com a obra, enquanto que os patrimoniais podem nunca existir. Ao autor caberá decidir se irá ou não exercê-los.

Ascensão diverge, já de início, da qualificação de "direito da personalidade". Para o autor: "[a]s faculdades ligadas à personalidade extinguem-se por morte, mas o direito de autor continua para além disso: é quanto basta para não poder ser considerado um direito da personalidade". Ele admite, no entanto, pelo fato de o fundamento do direito autoral basear-se fortemente em razões pessoais, que se fale em um direito pessoal.[63]

A discussão acerca da diferenciação entre direito pessoal e direito da personalidade merece ser mais explorada, não somente pela riqueza de argumentos que envolve, mas, especialmente, porque auxiliará a compreensão da natureza jurídica do direito autoral. Não há consenso na doutrina sobre a definição dos direitos da personalidade e tampouco sobre quais direitos poderiam receber tal qualificação.[64]

Orlando Gomes denomina de direitos da personalidade aqueles considerados essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana e que se destinam a resguardar a sua "eminente dignidade", advertindo para a dificuldade de sua conceituação em face da heterogeneidade de tal categoria e controvérsia acerca de sua fundamentação. Para ele, não podem os mesmos ser classificados entre os direitos pessoais ou reais, dado que constituem categoria própria: são absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários. Por fim, elenca o direito moral de autor como direito da personalidade na categoria de "direito à integridade moral", ao lado de outros que são o direito à honra, à liberdade, ao recato, à imagem e ao nome.[65]

Mais atual é a definição de Rosa Nery, para quem os direitos da personalidade são "direitos de humanidade", visto que "[...] os objetos dos chamados direitos de personalidade não estão na pessoa, mas na natureza do homem (humanidade)". Tais direitos, prossegue a autora, podem ser inatos, quando inerentes à natureza humana (*e.g.* vida, liberdade, honorabilidade e autoestima) e decorrentes (derivados ou adquiridos), quando se formam em momento posterior ao nascimento da personalidade do sujeito de direito (*e.g.* direito moral do autor).[66]

---

[63] José de Oliveira Ascensão. *Direito Autoral*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 602.

[64] "Perduram [os direitos da personalidade], não obstante, as hesitações da doutrina quanto ao seu conceito, natureza, conteúdo e extensão. Acirram-se os debates na determinação dos seus caracteres, contribuindo a polêmica para as incertezas que se estampam no perfil da nova categoria jurídica. Não é pacífica sequer sua identificação. Denominam-nos **direitos individuais** (Kohler), **direitos sobre a própria pessoa** (Windscheid), **direitos pessoais** (Wachter), **direitos de estado** (Muhlenbruch), **direitos originários, direitos inatos, direitos personalíssimos**. Ultimamente, porém, acentua-se a preferência pela expressão direitos de personalidade empregada por Gierke (Preferem-na os escritores italianos). Entre nós, Eduardo Espínola denomina-os 'direitos personalíssimos', enquanto Limongi França, em recente obra, chama-os 'direitos da personalidade' [...])". Orlando Gomes. *Introdução ao Direito Civil*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 170.

[65] Orlando, Gomes. *Introdução ao Direito Civil*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 168-174.

[66] Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 157-158.

A tutela da personalidade já é positivada entre nós desde a Constituição Federal de 1988. O novo Código Civil brasileiro, seguindo a iniciativa de outros países, passou também a tratar dos direitos da personalidade, reservando-lhe um capítulo intitulado "Dos Direitos da Personalidade"[67] e, apesar de não oferecer uma definição a esta categoria, menciona duas de suas características: intransmissibilidade e irrenunciabilidade. Não inovou, é verdade, o Código Civil, tendo, simplesmente, consignado em tal capítulo parte do que a doutrina e a jurisprudência brasileiras já haviam construído. Nos dispositivos do Código Civil de 2002, que tratam dos direitos da personalidade, não há qualquer menção explícita aos direitos autorais morais, sem que isso configure qualquer indicação de que tais direitos não deveriam ser assim qualificados, uma vez que a codificação não se preocupou em elencar ou descrever os direitos da personalidade, mas apenas estabelecer algumas regras de sua disciplina.[68] Essa opção talvez tenha se dado pelo fato de referido trabalho já ter sido realizado pela doutrina[69] e jurisprudência.

Há que se referir à tendência atual da doutrina de reconhecimento da natureza de direito da personalidade ao direito autoral moral que estaria englobado no gênero "direito à integridade intelectual", ao lado da liberdade de pensamento e de expressão.[70] Essa posição, entretanto, é criticada por Bittar, para quem o tratamento apartado das duas faces do direito autoral – moral e patrimonial –, sendo a primeira no campo do direito da personalidade e a segunda no da propriedade, só seria aceitável para fins didáticos, já que, sob a óptica do direito do autor, "[...] como um direito organicamente estruturado – esses elementos mesclam-se para formar o conteúdo de um outro direito, de natureza especial, identificada nitidamente."[71]

---

[67] Arts. 11 a 21.

[68] Alguns autores entendem que a característica de intransmissibilidade dos direitos da personalidade (prevista no art. 11 do Código Civil) seria impeditivo para que se considerasse como tal o direito autoral moral, o que não parece fazer sentido, pois o próprio enunciado do art. 11 faz a ressalva: "**Com exceção dos casos previstos em lei**, os direitos da personalidade são intransmissíveis [...]". Ora, no caso do direito moral autoral, a Lei nº 9.610 dispôs de forma diferente em seu art. 24, § 1º, estabelecendo que, por morte do autor, se transmitem aos seus sucessores os direitos a que se referem os incisos de tal parágrafo.

[69] Ao analisar separadamente as duas faces do direito autoral – direito patrimonial e direito moral –, é o entendimento majoritário da doutrina tratar-se o direito moral de um direito da personalidade, ainda que não apresente ele algumas das características do direito da personalidade. Nesse sentido, Gustavo Tepedino: "Em doutrina destacam-se as características dos chamados direitos da personalidade. São eles: inatos, no sentido de surgirem com a própria existência da pessoa humana; extrapatrimoniais, embora sua lesão possa surtir efeitos patrimoniais; absolutos, isto é, oponíveis *erga omnes*; indisponíveis, abrangendo sua impenhorabilidade e a mencionada irrenunciabilidade; imprescritíveis, pois a sua lesão não convalesce com o tempo; e a citada intransmissibilidade. **No entanto, reconhecem-se temperamentos a tais características, no sentido da concessão de uso de alguns de tais direitos, como a imagem e o direito de autor, e do livre desenvolvimento da personalidade, que implica transformações**" (grifos nossos). Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin de Moraes. *Código Civil Interpretado*: conforme a Constituição da República, v. 1, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 34.

[70] Cezar Peluso (coordenador). *Código Civil Comentado*. 2. ed., São Paulo: Manole, 2008, p. 25.

[71] Carlos Alberto Bittar. *Contornos atuais do Direito do Autor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 35.

II.5 DIREITO AUTORAL: DIREITO *SUI GENERIS* ELEVADO À CATEGORIA DE DIREITO HUMANO[72]

A conclusão a que se chega nesse ponto outra não pode ser de que o direito autoral não se adéqua, com perfeição, a nenhuma das categorias de direitos já conhecidas, pois apresenta características de mais de uma natureza e não possui, por inteiro, as de nenhuma.[73] A melhor solução parece ser, então, a aplicação do regime jurídico do direito da personalidade às faculdades que a ele se adéquem (que são a maior parte das faculdades do direito moral autoral) e do regime jurídico da propriedade às demais, observando-se que sempre prevalecerão as normas contidas na lei especial (Lei de Direito Autoral) sobre as disposições desses dois regimes jurídicos, que atuariam como "normas supletivas". Em outras palavras, a aplicação do regime jurídico da propriedade e do direito da personalidade deve se dar somente nos casos de lacunas da norma especial, até porque o regime jurídico do direito autoral moral encontra-se muito mais desenvolvido do que o dos direitos da personalidade, pois as suas faculdades são enumeradas na Lei de Direito Autoral, as quais serão referidas no Capítulo III.

Se essa parece ser uma solução "salomônica" e não conclusiva para a complexa discussão entabulada nesse tópico, esse fato não é grave, porque a importância do estudo da natureza jurídica no presente contexto cinge-se à necessidade de melhor compreender o instituto para que suas especificidades sejam consideradas quando da aplicação das normas de direito concorrencial.

---

[72] "By moving away from property, whether as a human right or as an economic tool, copyright can transcend this debate and find a new, balanced justification based on a human rights framework in which protection and access are seen as complementary objectives. The recognition that copyright in not 'ordinary' property led some scholars to argue that copyright was a 'hybrid property right' or a 'transmuted right'." Daniel J. Gervais. Intellectual Property and Human Rights: Learning to Live Together. *Intellectual Property and Human Rights: Enhaced Edition of Copyright and Human Rights*. v. 18, Netherlands: Kluwer Law International, 2008, p. 19.

Na opinião de Geiger, "[t]he reason why fundamental rights and human rights are an ideal basis from which to start is that they offer a synthesis of the bases of natural Law and utilitarianism and represent the values from which intellectual property developed." Christophe Geiger, "The Constitutional Dimension of Intellectual Property". *Intellectual Property and Human Rights: Enhaced Edition of Copyright and Human Rights*. v. 18, Netherlands: Kluwer Law International, 2008, p. 111. Atenção, entretanto, é necessária para que se entenda a posição deste autor: embora possa parecer nesse trecho transcrito que está ele a sugerir que a natureza do direito autoral seja a de um direito humano, mais adiante (p. 122) sua posição fica clara quando sugere que os direitos fundamentais ou humanos sirvam de limite para o delineamento e alcance do direito autoral.

[73] A discussão acerca da natureza jurídica do direito autoral transcende as fronteiras de nosso país, como informa a doutrina estrangeira: "There has, for a long time, been controversy in the literature over the exact legal nature of copyright in both common law and civil law jurisdictions (although it has been more of an issue in civil law countries). And the debate is still ongoing. For a detailed account, see A. Strowel, *Copyright et droit d'auteur, divergences et convergences*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 80-171. French modern authors generally think that it is useless to try and find a unique nature to author's rights. It is a combination of property and personality rights. Its nature is hybrid. See C. Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9th Edn, Paris, Dalloz, 1999, paras 16ff., p. 13-14; and A. Bertrand, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, 2nd Edn, Paris, Dalloz, 1999, nº 1.54, p. 76." Esther Derclaye. Abuses of Dominant Position and Intellectual Property Rights: A Suggestion to Reconcile the Community Courts Case Law. *World Competition*. nº 26, 2003, p. 697, nº 56.

Assim sendo, não há necessidade de se optar aqui por enquadrar o direito autoral como um direito de propriedade *sui generis* ou um direito pessoal especial,[74] mas, uma vez identificadas as características de tal direito – reconhecimento de uma esfera patrimonial e outra extrapatrimonial, unidade conceitual de tal direto e interface entre essas duas esferas[75] –, há que se ter em vista a necessidade de um tratamento especial ou, no mínimo, cauteloso quando da sua análise do ponto de vista de outros ramos do direito, como o concorrencial. Os bens intelectuais – que guardam íntima relação com a personalidade do autor – não podem ser equiparados a outros bens comuns com os quais o direito antitruste está acostumado a lidar.

Por este motivo, se dá aqui preferência à adoção da natureza de um "direito pessoal-patrimonial",[76] natureza esta que não escolhe tal ou qual regime jurídico, mas tão somente "batiza" este direito, indicando os regimes jurídicos que dele mais se aproximam.[77] Essa indicação prestará grande serviço tanto na hipótese de lacuna no regime jurídico próprio de tal direito (Lei nº 9.610/1998), como para orientar as tarefas de interpretação dos diversos princípios constitucionais (aparentemente conflitantes) e de aplicação das normas de proteção da livre concorrência a bens protegidos pelo direito autoral.

Alguns comentários merecem ser adicionados sobre a inclusão do direito autoral no rol dos direitos humanos, o que se deu com a Declaração dos Direitos do Homem datada de 1948 (art. 27, II),[78] qualificação esta que embora muita proximidade guarde com a de "direito fundamental", dela se diferencia em pelo menos um aspecto. Por direitos fundamentais entende-se aquele conjunto mínimo de garantias de que dispõe o indivíduo em

---

[74] "O Direito do Autor já não seria encaixado nas categorias históricas (família, coisas, obrigações, sucessões). Seria um ramo novo do Direito. A Lei nº 5.988/1973 é o resultado dessa consideração. Existe o risco de se entender mal o conteúdo de um instituto, de desnaturá-lo, quando se força a sua inserção em categorias a que não se ajusta. O Direito de Autor não pode, pura e simplesmente, ser equiparado a um direito de propriedade como não é apenas um direito personalíssimo. Isso levaria a entendê-lo mal." Bruno Jorge Hammes. *O Direito da Propriedade Intelectual. Subsídios para o Ensino*. São Leopoldo: Unisinos, 1996, p. 40.

[75] "Ces débats doctrinaux montrent bien que, quelle que soit la position choisie, au moins trois idées ne peuvent être éludées: le droit d'auteur a une unité conceptuelle, quelle que soit la diversité des prérogatives qu'il recouvre; les intérêts em jeu ne sont pas uniquement économiques mais aussi extrapatrimoniaux; si l'on reconnaît des prérogatives patrimoniales et d'autres extrapatrimoniales, cela n'exclut pas l'unité du concept d'ensemble et cela n'exclut pas que les deux ordres de prérogatives aient des incidences réciproques." Frédéric Pollaud-Dulian, *Le Droit D'Auteur*. Paris: Economica, 2005, p. 43.

[76] Tal entendimento é também o de respeitadas doutrinas francesa e italiana. Vide a esse respeito Silmara Chinellato. *Direito de Autor e Direitos da Personalidade:* Reflexões à Luz do Código Civil. Tese para concurso de professor titular de direito civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p. 88-97.

[77] Certo é que as prerrogativas patrimoniais e extrapatrimoniais são inter-relacionadas, como comenta o já citado autor francês: "Il convient, en effet, de souligner que la distinction des prérogatives patrimoniales et extrapatrimoniales ne signifie pas qu'elles fonctionnent dans l'ignorance l'une de l'autre, sans aucune incidence réciproque." Frédéric Pollaud-Dulian. *Le Droit D'Auteur*. Paris: Economica, 2005, p. 46.

[78] "First of all, it is clear that rights on inventions and creations are human rights. This derives from Article 27(2) of the UDHR [Universal Declaration of Human Rights] and Article 15(1)(c) of the ICESCR [International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights]. Although the UDHR is not (strictly) binding, the ICESCR is." Estelle Derclaye. Intellectual Property Rights and Human Rights: Coinciding and Cooperating. *Intellectual Property and Human Rights:* Enhaced Edition of Copyright and Human Rights. Netherlands: Kluwer Law International, 2008, p. 138.

um estado democrático social de direito e que, segundo Marçal Justen,[79] se dividem em quatro categorias: direitos fundamentais gerais (liberdade, igualdade, democracia republicana, federação); sociais (solidariedade e direitos sociais em sentido restrito), políticos e econômicos (propriedade privada, livre iniciativa e livre concorrência). Destinam-se tais direitos a promover ou proteger a dignidade da pessoa humana e são incorporados de modo formal à ordem jurídica de uma determinada nação, característica que o distingue dos direitos humanos que são direitos "[...] postulados em bases jusnaturalistas, contam índole filosófica e não possuem como característica básica a positivação numa ordem jurídica particular".[80]

A distinção conceitual entre os dois institutos não significa que os mesmos estejam em esferas estanques, incomunicáveis entre si, pois "[o]s direitos humanos internacionais encontram, muitas vezes, matriz nos direitos fundamentais consagrados pelos Estados e estes, de seu turno, não raro acolhem no seu catálogo de direitos fundamentais os direitos humanos proclamados em diplomas e em declarações internacionais".[81]

No contexto normativo vigente, é o direito autoral reconhecido como um direito fundamental no ordenamento jurídico nacional, mas também como um direito humano em mais de um diploma internacional. Esse reconhecimento tem sido alvo de polêmica e contestado com veemência por aqueles que identificam no direito autoral uma única função, que seria o atendimento ao interesse social, bem como por aqueles que enxergam nos demais direitos humanos, como no direito à vida ou à liberdade, uma sacralidade maior do que no direito autoral.

Nada obstante a polêmica suscitada pelo tema, recentemente, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem[82] firmou sua posição em três julgados paradigmáticos,[83] nos quais entendeu que as patentes, as marcas, o direito autoral[84] e outros interesses econômicos sobre bens intelectuais são protegidos pelo art. 1º da Convenção Europeia de Direitos

---

[79] Marçal Justen Filho. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 73.

[80] Gilmar Ferreira Mendes. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 234.

[81] Gilmar Ferreira Mendes. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 234.

[82] O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem foi criado ao abrigo da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem, com o objetivo de sediar as discussões sobre o exercício dos direitos nesta Convenção previstos pelos cidadãos para que possam exercê-los. Tal Convenção foi uma das suas primeiras realizações do Conselho da Europa (criado em 1949), que não é uma instituição da União Europeia. Trata-se de uma organização intergovernamental que se destina a proteger os direitos humanos, a promover a diversidade cultural da Europa e a lutar contra determinados problemas sociais, como os preconceitos e as intolerâncias raciais. O Conselho da Europa tem, atualmente, 45 estados-membros, incluindo os 15 países da União Europeia e a sua sede situa-se no *Palais de l'Europe*, em Estrasburgo (França). Informações retiradas do *site* do Parlamento Europeu, Gabinete em Portugal: Disponível em: <http://www.parleurop.pt/>.

[83] Os casos são: Dima *v.* Romania; Melnychuk *v.* Ukraine; Anheuser-Busch Inc. *v.* Portugal. Para uma análise mais aprofundada dos mesmos, ver Laurence R. Helfer. The New Innovation Frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights. *Intellectual Property and Human Rights: Enhaced Edition of Copyright and Human Rights*. v. 18, Netherlands: Kluwer Law International, 2008, p. 39 e ss.

[84] É interessante notar aqui que as decisões giram em torno do direito patrimonial de autor, sendo que dúvidas existem na doutrina se o direito moral de autor estaria igualmente protegido. Embora não tendo sido tratado em nenhum dos casos explicitamente, parece que com mais razão e argumentos estaria ele também protegido.

Humanos,[85] que trata do direito de propriedade,[86] estando, assim, abrangidos no rol dos direitos humanos, o que ratifica o disposto na Declaração de 1948. Tal posição rendeu algumas críticas à referida Corte, dentre as quais o fato de que o seu propósito é a defesa de liberdades individuais políticas e civis e que, portanto, a defesa de interesses de titularidade de empresas não deveria atrair a sua preocupação.

Entretanto, como adverte Peter Yu,

> [I]t may be too late to deny the protection of human rights-based interests in intellectual creations. In the UDHR [Universal Declaration of Human Rights], the ICESCR [International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights], and many other international or regional instruments, for example, the right to the protection of interests in intellectual creations is explicitly recognized as a human right.[87]

No Brasil, a questão foi abordada por Comparato, que, analisando a Constituição brasileira, pronunciou-se da seguinte forma:

> Mas a posição tópica dessas disposições constitucionais (Título II – dos Direitos e Garantias Fundamentais) não deixa de suscitar uma indagação elementar: estamos, em ambos os casos, diante de direitos fundamentais? 11. Quanto aos direitos autorais a resposta é obviamente afirmativa, não só porque a propriedade, *in genere*, é expressamente garantida como um direito fundamental na Constituição (art. 5º, inciso XXII), mas também porque, como ressaltado acima, o direito autoral constitui uma expressão da personalidade humana. 12. No tocante às patentes industriais, porém, a resposta é negativa.[88]

A caracterização de um "direito fundamental" ou de um "direito humano" não constitui um "tipo" de natureza jurídica, mas sim uma qualificação – de muita relevância – que geralmente é atribuída a um direito que já possui a sua natureza jurídica, a exemplo do direito de propriedade ou mesmo de alguns dentre os direitos da personalidade. Nesse sentido é que se afirma que a designação da "natureza jurídica" do direito autoral como um direito humano ou como um direito fundamental é "incompleta", pois, ao se tratar

---

[85] Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. "Art. 1º. Obrigação de respeitar os direitos do homem. As Altas Partes Contratantes reconhecem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título I da presente Convenção." Disponível em: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/ PortuguesePortugais.pdf>.

[86] A proteção dada por esse Tribunal abrange também direitos de pessoas jurídicas com base no princípio da *Rule of Law*. "The protection of the 'peaceful enjoyment of possessions' for 'every natural or legal person' is one of the more controversial and obscure provision in the European human rights system. [...] Article 1 reflects a consensus on the basic proposition that protection of private property is essential to preserving the rule of law [...] and justifies [...] [the] application to corporations, since arbitrary deprivations of property do not affect only natural persons." Laurence R. Helfer. The New Innovation Frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights. *Intellectual Property and Human Rights: Enhaced Edition of Copyright and Human Rights*. v. 18, Netherlands: Kluwer Law International, 2008, p. 32 e 61.

[87] Peter K. Yu. Challenges to the Development of a Human-Rights Framework. *In: Intellectual Property and Human Rights:* Enhaced Edition of Copyright and Human Rights. v. 18, Netherlands: Kluwer Law International, 2008, p. 79.

[88] Fabio Konder Comparato. *Rumo à Justiça*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010, p. 110-130.

da natureza jurídica do direito autoral, há que se indagar a qual regime jurídico está ele submetido primariamente para, então, a esse regime jurídico adicionar o tratamento dispensado aos direitos humanos e fundamentais.

Quanto à adequação da atribuição desse tratamento ao direito autoral, pensa-se que se a propriedade comum tem lugar no rol dos direitos humanos,[89] sob uma visão pragmática, mais razão assistiria ao direito autoral de pleitear sua inclusão nesse rol de direitos especiais.[90]

Ademais, compartilha-se do pensamento dos doutrinadores europeus[91] no sentido de que qualificar o direito autoral como um direito humano tem consequências muito apropriadas à nova visão que se quer dar a esse instituto, especialmente com relação ao seu papel de atendimento aos interesses sociais, pois, como um direito humano, indiscutível passa a ser a sua função de atendimento a interesses sociais, do mesmo modo que terá ele de ser compatibilizado, em cada caso concreto, com os demais direitos de tal categoria, o que lhe confere limites adicionais aos que já lhe são intrínsecos, como será referido no subitem III.4 do Capítulo III da Parte I.

II.6 DIREITO AUTORAL REDUZIDO A UMA INFORMAÇÃO

Algumas palavras devem ainda ser ditas acerca do movimento de qualificação dos bens protegidos pelo direito autoral como uma "informação". A pressão pela inserção no domínio do direito autoral de bens que não contemplam as características das criações do espírito,[92]

---

[89] Declaração dos Direitos Humanos, Art. XVII. 1. "*Todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.*" Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Protocolo nº 1 adicional à Convenção de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Art. 1. "*Qualquer pessoa singular ou coletiva tem direito ao respeito dos seus bens. Ninguém pode ser privado do que é sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional. As condições precedentes entendem-se sem prejuízo do direito que os Estados possuem de pôr em vigor as leis que julguem necessárias para a regulamentação do uso dos bens, de acordo com o interesse geral, ou para assegurar o pagamento de impostos ou outras contribuições ou de multas.*"

[90] "Natural Law, as described by Locke, thus offers an interesting perspective, one that can be reconciled with an exegesis of Article 27 UDHR and Article 15 of the Covenant, and more recent instruments discussed by Professor Torremans, Professor Yu and Professor Helfer in their respective chapters. **Human rights can, first and foremost, restore a degree of authorial dignity to copyright.**" (grifos nossos). Daniel J. Gervais. Intellectual Property and Human Rights: Learning to Live Together. *Intellectual Property and Human Rights:* Enhaced Edition of Copyright and Human Rights. v. 18, Netherlands: Kluwer Law International, 2008, p. 17.

[91] Nesse sentido, Christophe Geiger assim se pronuncia: "From this case law, it appears that fundamental rights, far from being a danger for the rights of intellectual property, seem quite to the contrary to be the very instruments to guarantee a certain flexibility in IP law." Christophe Geiger. The Constitutional Dimension of Intellectual Property. *Intellectual Property and Human Rights:* Enhaced Edition of Copyright and Human Rights. Netherlands: Kluwer Law International, 2008, p. 121.

[92] "L'autre risque, rançon du succés, c'est que le droit d'auteur serve d'accueil ou de modèle à la protection de toutes sortes d'objets et d'intérêts qui lui sont étrangers. En d'autres termes, l'efficacité du droit d'auteur fait naître la tentation de le faire déborder hors de son cadre naturel pour s'en servir comme instrument de protection de toutes sortes d'investissements immatériels et non plus pour couvrir des créations originales. Ce phénomène n'est pas nouveau et pas toujours illégitime. Certes, il y avait de bonnes raisons pour instituer au profit des interprètes, un droit voisin du droit d'auteur." Frédéric Pollaud-Dulian. *Le Droit D'Auteur*. Paris: Economica, 2005, p. 61.

como as bases de dados[93] ou os *softwares*,[94] foi muito grande, pois estes bens tornaram-se demasiadamente importantes para o comércio. Necessário tornou-se, então, incluí-los sob a égide de um arcabouço jurídico apto a proteger os altos investimentos realizados na produção desses bens, essenciais para a economia moderna. Se, por um lado, esse movimento teve êxito, não foi sem que o sistema de direitos autorais pagasse algum preço.

Como é sabido, a proteção desses bens pelo sistema legal do direito autoral fez com que a estrutura do mesmo fosse, de alguma forma, "abalada"[95] e o caso da base de dados é emblemático: não obstante dúvida não haja de que a construção de uma base de dados, como regra geral, implique a realização de investimentos, este fato não deveria ensejar a sua proteção pelo direito autoral. Observe-se, inclusive, que outros mecanismos de proteção ao investimento, eventualmente realizado na captação e compilação de informações, existem como as normas que coíbem a concorrência desleal ou mesmo o abuso de direito, como, aliás, salienta Ascensão:

> O acesso à informação pode implicar onerosidade. Compreende-se que quem organiza uma base de dados seja remunerado, para compensar os gastos e trabalho que isso implica. Mas satisfeitas as condições de acesso, a utilização da informação obtida é livre. Nenhum sentido teria a garantia do acesso à informação se esta, como informação, não pudesse ser utilizada. O que é excluído é apenas a concorrência desleal. É excluída a comercialização daqueles mesmos dados, como forma de *misappropiation* – como utilização parasitária daqueles mesmos dados como objecto de negócios. Mas não é excluída, é pelo contrário garantida, a sua utilização como informação, como base do próprio trabalho. Ainda que esse trabalho se traduza em resultados que sejam comercializados por sua vez. Estes princípios defrontam um limite geral, que é óbvio: o limite da má-fé. E

---

[93] A Convenção de Berna protege compilações de obras, mas é silente no que diz respeito à proteção de compilação de conteúdo que não seja ele próprio protegido pela Convenção. Em 1996, a Diretiva nº 96/9/CE da União Europeia reconheceu o direito dos "criadores" de bases de dados de proibir o uso da totalidade ou de parte de seu trabalho por terceiros não autorizados. É claro o intuito da União Europeia de, nesse caso, proteger o investimento feito e não qualquer criação dotada de originalidade. Apropriada é, portanto, a posição da Comissão do estudo *Integrating IPR and Developing Rights* no sentido de que tal diretiva foi longe demais: "[...] we have concluded that the EU Database Directive goes too far in providing protection for assemblages of material and will restrict unduly access to scientific databases required by developing countries". Commission on Intellectual Property, Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy – Report of the Commission. London, set. 2002, p. 108. Com relação à base de dados, foi ela prevista no art. 10.2 do TRIPs ("As compilações de dados ou de outro material, legíveis por máquina ou em outra forma, que em função da seleção ou da disposição de seu conteúdo constituam criações intelectuais, deverão ser protegidas como tal. Essa proteção, que não se estenderá aos dados ou ao material em si, se dará sem prejuízo de qualquer direito autoral subsistente nesses dados ou material").

[94] O *software* foi, pela primeira vez, protegido como direito autoral no direito americano (Computer Software Copyright Act de 1980), tendo sido, no Brasil, a ele estendido o tratamento do direito autoral pela Lei nº 9.609/1998. O Acordo TRIPs referiu explicitamente que ao *software* aplica-se a proteção do direito autoral (art. 10, 1– "Programas de computador, em código fonte ou objeto, serão protegidos como obras literárias pela Convenção de Berna").

[95] "L'insertion de ce corps étranger dans le droit d'auteur a introduit um élément d'incertitude sur la conception même et sur les critères de ce droit et a paru accréditer l'idée qu'il serait accueillant à tous les objets immatériels en quête de protection, bref que le droit d'auteur serait, en quelque sorte, la 'bonne à tout faire' pour proteger, non plus la création mais l'investissement immatériel." Frédéric Pollaud-Dulian, *Le Droit D'Auteur*. Paris: Economica, 2005, p. 61.

> evidente que se a obra, apresentada como própria, for apenas o pretexto para comercializar os dados alheios, há fraude, e essa concorrência disfarçada não pode ser tolerada.[96]

A informação, da mesma forma que outros bens protegidos pelo direito autoral, tem as características do que se chama na análise econômica de "bem público", que é aquele que pode ser "consumido" por várias pessoas sem se exaurir. Outra característica típica desses bens intelectuais é a dificuldade de identificação de todos os que deles se valem, o que por vezes inviabiliza a cobrança do seu uso.[97]

Com essa "alteração" dos tradicionais requisitos dos bens protegidos pelo direito autoral, alguns autores[98] passaram a sustentar que o direito autoral teria por objeto a proteção de informações, fazendo, assim, com que a exceção – estranha aos demais bens protegidos – virasse regra.

Mais longe, no entanto, chegam os autores quando afirmam que a criação nada mais é do que um conjunto de informações reunidas por um indivíduo que nada inova se se considerar que foram por ele obtidas livremente no seu ambiente cultural, motivo pelo qual não deveriam ser protegidas. Assim como livremente foram obtidas, após processadas por

---

[96] José de Oliveira Ascensão. Direito Intelectual, Exclusivo e Liberdade. *ABPI, 1/3/2008*, item 8. Disponível em: <http://ld2.ldsoft.com.br/portal_webseek/detalhe_assuntos.asp?gint_assunto=10&gint_materia=1073&gint<_pagina=13&gint_pagina_pesquisa=28>. Acesso em: ago. 2010.

[97] Mark A. Lemley. The Economics of Improvement in Intellectual Property Law. *Texas Law Review*. Vol. 75, 1996-1997, p. 994-995.

[98] Em obra fruto de percuciente pesquisa intitulada *Propriedade Intelectual – Introdução à propriedade Intelectual como Informação* (Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 4-172), Claudio R. Barbosa afirma que "[j]ustifica-se, portanto, abordar a estrutura da propriedade intelectual como informação, tanto de uma forma geral quanto em relação aos diversos institutos, privilegiando as características sistêmicas com vistas à coerência na integração de todos os aspectos da proteção às criações intelectuais. Esta simplificação é necessária porque a concessão indevida de proteções, assim como a não concessão de proteções, acarreta ineficiências e prejuízos." (p. 4 e 5) Explica mais adiante o autor que a "[...] imaterialidade do bem intelectual pode ser reduzida a uma informação transmitida pelo titular do bem a seu destinatário" (p. 56) e complementa o raciocínio afirmando "[...] que a informação não protegida é um benefício, tendo em vista que participará do domínio publico e não representará custo (*sic*) adicionais a terceiros [;] sob o ponto de vista econômico a informação não protegida é um freio à inovação[...]" (p. 61). Reconhece, ainda, que "[m]esmo que a propriedade intelectual tenha por objeto a informação como se pretende demonstrar, deve-se esclarecer desde já a inconveniência terminológica de se considerar 'propriedade intelectual' um 'direito de informação', tendo em vista que tal nomenclatura abriga linhas doutrinárias distintas." (p. 17). Perigosa parece a tese do autor ao estabelecer que "[...] quando a informação é consubstanciada em objeto e colocada em comércio, não pode mais o criador interromper o fluxo da mesma no mercado, seja pelo respeito ao consumidor, seja pelas relações comerciais [...]" (p. 64) e, por fim, confusa é a sua afirmação de que "[a] propriedade intelectual protege bens intelectuais que representam informação, mas a propriedade intelectual não protege diretamente a informação." (p. 65).

Concorda-se com o trecho em que o autor afirma que "[...] os documentos de patentes incorporam informações técnicas, os livros incorporam conhecimento artístico e científico, as marcas incorporam informações transmitidas pelo marketing [...]" (p. 172). Assim, ainda que importantes reflexões sejam trazidas por ele, sua obra deve ser lida com cautela e, caída em mãos inescrupulosas, pode se prestar a embasar posições que não estão a serviço do cumprimento dos interesses sociais a serem perseguidos pelo direito autoral. Antes de encerrar essa pequena "resenha", cabe manifestar aqui discordância com o pensamento do autor de que "[...] pode-se utilizar o termo 'criador' associado a quem efetivamente 'cria' a informação." (p. 15). Não se pode acordar com a afirmação de que a informação é criada; quem é "criada" é a obra e ela não é informação, embora possa contê-la; a obra é muito mais do que isso.

um novo indivíduo, livres deveriam ficar de modo a poderem novamente ser apreendidas por quem quer que seja.[99]

Com vistas à fundamentação constitucional de sua teoria, invocam os autores (os quais, aplicada tal teoria, não deveriam ser chamados de autores) o direito de acesso à informação, previsto no art. 5º, inciso XIV, da Constituição brasileira e, quiçá, no art. 19 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que estabelece que *"[t]odo o homem tem direito à liberdade de opinião e expressão;* ***este direito inclui a liberdade de****, sem interferências, ter opiniões* **e *de procurar, receber e transmitir informações e*** *ideias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras".* (grifos nossos)

Vale registrar que o direito à informação baseia-se em um tripé, referido por Canotilho como o direito: (i) **de se informar**, que consiste na liberdade de escolher e buscar a informação, ou seja, na liberdade de não ser impedido de obtê-la; (ii) **de ser informado**, que representa o direito de ser adequadamente mantido informado; e (iii) **de informar**, que representa a liberdade de comunicar e difundir ideias, sem impedimentos.[100]

É inaceitável o entendimento de que a norma constitucional que dispõe que *"[...] é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional [...]"* (inciso XIV do art. 5º da Constituição Federal brasileira) sirva para embasar tal "pretensão doutrinária", até porque fosse esse o seu significado, tornaria ele sem efeito outro princípio constitucional, que é o da garantia de proteção das obras intelectuais.

Ao dar-se "asas" a essa tese de atribuição da natureza de uma informação às criações intelectuais, estar-se-ia correndo o risco de, com fundamento no *caput* do art. 220 da Constituição de 1988, se entender que o "acesso" às obras artísticas não poderá sofrer qualquer tipo de restrição. Ora, a realização de referidas obras, que nada mais é do que uma expressão do espírito, é que não poderá sofrer qualquer tipo de restrição, o que, a propósito, está estabelecido no § 2º de referido artigo.[101] A tese é, assim, inapropriada.

Por outro lado, procede o entendimento de vários autores no sentido de que as informações contidas nas patentes conferidas e nas obras literárias de cunho científico (que são protegidas pelo direito autoral) são de grande utilidade social e deveriam ter igual

---

[99] A doutrina francesa, de forma acertada, diferencia a informação da obra: "L'information n'est qu'une donnée. Quels que soient la difficulté et le coût de son obtention, elle relève du domaine public dès qu'elle a quitté celui du secret ou de la confidentialité, car on ne retrouve, à la source, aucun acte de création ou d'innovation susceptible de fonder une appropriation. Dans le rapprochement opéré entre information et œuvre, probablement par une forme de contamination du mot 'informatique', gît une confusion, qui sape les fondements de la propriété intellectuelle. M. Françon l'exprime de façon très nette lorsqu'il écrit: *'Une information est un fait brut. Une œuvre n'est pas une information. C'est une création* [...]' Nous ne saurions mieux dire."(grifos nossos) Frédéric Pollaud-Dulian. *Le Droit D'Auteur*. Paris: Economica, 2005, p. 62.

[100] J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 225.

[101] CRFB, *"[...] Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. [...] § 2º – É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística."*

tratamento de uma informação, ou seja, não serem protegidas de modo a que possam ser livremente utilizadas por todos. Esse tema, de fato, requer profunda reflexão: como tornar livres as importantes informações contidas nessas criações sem desestimular o contínuo investimento na produção das mesmas? Mediante a concessão de prêmios ou de incentivos governamentais aos criadores? Pelo estabelecimento de licenças compulsórias ou pela revisão das "exceções" listadas na Lei de Direito Autoral, no caso das obras literárias de cunho científico? Diversas são as possibilidades; porém, deve-se chegar a uma conclusão sobre qual é o ponto de equilíbrio a ser perseguido.

Por fim, para esclarecer qualquer mal-entendido acerca desse tema, frise-se que a informação **não é criação** nos termos do que dispõe a lei de direito autoral,[102] tendo sido, entretanto, em determinadas situações conferido o tratamento típico das reais criações do espírito a alguns bens que mais se assemelham às informações, como é o caso da base de dados. Tal atitude é julgada aqui equivocada e prejudicial ao interesse social, além de causar danos à estrutura legal da proteção autoral como um todo.[103]

[102] "It must be pointed out that the principle of free circulation of information and ideas continues to apply even when the 'sweat of the brow' (and/or the investment) is much more engaged in searching/ analyzing/processing data, ideas and concepts, than in representing them. One need only consider the work of historians, that involve infinitely more painstaking activity, and possibly more original results, in terms of researching and analyzing documents and events, elaborating interpretations etc. when compared to the (re)presentation, in itself, of the results thereof. Nonetheless, the historian will hold copyright only over the representation of his findings and not over the conceptual results of her research." Gustavo Ghidini. *Intellectual Property and Competition Law*: The Innovation Nexus, USA: Edward Elgar, 2006, p. 53.

[103] Sendo necessária a proteção de tais bens, melhor teria andado o legislador se outra natureza de proteção tivesse atribuído aos mesmos.