

**O DIREITO DE AUTOR COMO UM DIREITO DE PROPRIEDADE:  
UM ESTUDO HISTÓRICO DA ORIGEM DO COPYRIGHT E DO DROIT  
D'AUTEUR\***

**THE COPYRIGHT AS A RIGHT OF PROPERTY: AN HISTORICAL  
STUDY ON THE ORIGINS OF COPYRIGHT AND DROIT D'AUTEUR**

**Marco Antônio Sousa Alves  
Leonardo Machado Pontes**

**RESUMO**

A origem do direito de autor é marcada pela existência de diversas teorias e uma intensa discussão acerca de sua natureza. O presente trabalho, com enfoque nos séculos XVIII e XIX, pretende demonstrar o embate entre a teoria utilitarista ou do monopólio temporário e a teoria do direito natural ou da propriedade, na sociedade francesa e inglesa. A teoria utilitarista trata o direito autoral como instrumento voltado para a regulação da produção e difusão das criações intelectuais, por meio de um monopólio legal ex post de exploração para recuperar os custos ex ante das expressões protegidas e garantir novos investimentos durante o período ex post. Por outro lado, a teoria do direito natural trata o direito de autor como autêntico direito de propriedade sobre a criação imaterial, e fundamenta esse direito não apenas de maneira utilitária, mas ainda como um direito natural, inerente ao autor, como legítimo proprietário do fruto de seu trabalho. O presente estudo limita-se a indicar o entrecruzamento que essas teorias sofreram ao longo do esforço de construção teórico-jurídica do direito de autor nos séculos XVIII e XIX.

**PALAVRAS-CHAVES:** DIREITO DE AUTOR; TEORIA DA PROPRIEDADE; TEORIA UTILITARISTA; COPYRIGHT; DROIT D'AUTEUR.

**ABSTRACT**

The origin of copyright is marked by the existence of diverse theories and an intense quarrel concerning its nature. The present work, when focusing centuries XVIII and XIX, intend to demonstrate the shock between the utilitarian theory or temporary monopoly theory and the theory of the natural law or property theory, in the French and English societies. The utilitarian theory treats copyright as an instrument directed to regulate the production and diffusion of the intellectual creations, by means of a legal monopoly of ex post exploration to regain the ex ante costs of the protecting expressions and to guarantee new investments during the ex post period. On the other hand, the theory of the natural law treats copyright as an authentic right of property in the incorporeal creation, and bases this right not only in an utilitarian way, but also as a natural right, inherent to the author, as the legitimate proprietor of the fruits of his work.

---

\* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

The present study is limited to indicate the relations that these theories had suffered throughout the effort of the theoretician-legal construction of copyright in XVIII and XIX centuries.

**KEYWORDS:** COPYRIGHT; PROPERTY THEORY; UTILITARIAN THEORY; DROIT D'AUTEUR.

## INTRODUÇÃO

O direito de autor é compreendido como uma modalidade de propriedade intelectual. A construção histórica do direito autoral moderno, a partir do século XVIII, envolve a discussão sobre a natureza desse direito e também sobre a possibilidade de se falar em uma autêntica propriedade no que diz respeito aos bens imateriais, frutos do intelecto humano.

O objetivo do presente trabalho é estudar a origem do direito autoral e indicar sua complexa constituição, haja vista a influência de teorias diversas sobre sua conformação. Em linhas gerais, podemos dizer que há um embate entre duas grandes teorias que pretendiam servir de fundamentação para o direito dos autores.

De um lado, temos a teoria utilitarista ou do monopólio temporário, que trata o direito autoral como instrumento voltado para a regulação da produção e difusão das criações intelectuais, por meio de um monopólio legal *ex post* de exploração para recuperar os custos *ex ante* das expressões protegidas e garantir novos investimentos durante o período *ex post*. Por outro lado, a teoria do direito natural trata o direito de autor como autêntico direito de propriedade sobre a criação imaterial, e fundamenta esse direito não apenas de maneira utilitária, mas ainda como um direito natural, inerente ao autor, como legítimo proprietário dos frutos de seu trabalho

Além de indicar o entrecruzamento que essas teorias sofreram, sobretudo nos séculos XVIII e XIX, quando se deu a constituição do direito autoral moderno, o presente trabalho pretende levar em consideração como esse processo se deu no Reino Unido e na França, levando em conta as especificidades de cada modelo de proteção autoral.

A doutrina mais corrente tende a reduzir a complexidade da questão através de uma simplificação histórica, associando a visão utilitarista ao *copyright* inglês e a visão do direito natural dos autores ao *droit d'auteur* francês. Na verdade, isso é um equívoco. Como ressalta MOYSE (1998, p. 514, tradução nossa): “a história do *droit d'auteur* e a do *copyright* vista através da noção de propriedade são muito similares”. Demonstraremos que a confrontação das duas teorias está presente nas duas tradições autoralistas, ainda nos dias atuais.

Para melhor abordar o tema proposto, propõe-se um percurso que divide o texto em duas partes: primeiro, o estudo dirige-se à conformação do *copyright* inglês; no segundo momento, o texto abordará a constituição do *droit d'auteur* francês. Nos dois casos, o foco do estudo recairá sobre os séculos XVIII e XIX e levará em conta os principais textos legais e algumas idéias e pensadores significativos do período.

## 1. A origem do *copyright* e o direito de propriedade

Começaremos nossa análise pelo contexto inglês, que foi onde se elaborou, de forma pioneira, uma legislação autoral moderna e onde o debate sobre a natureza desse direito se deu também pela primeira vez. A exposição a seguir será dividida em quatro momentos. O primeiro abordará a interpretação, aplicação e influência do *Statute of Anne* de 1709, procurando mostrar a presença, nesse momento, dos argumentos utilitaristas e do direito natural à propriedade. O segundo momento abordará o caso das patentes e problematizará o sentido comumente atribuído ao termo *privilégio*. Na seqüência, a análise recairá sobre a *labor theory* de John Locke e sua importância para a fundamentação do *copyright* em termos de um direito natural dos autores. Por fim, o quarto momento procurará indicar como essa influência de Locke se deu no direito norte-americano ao longo dos séculos XVIII e XIX.

### 1.1. A interpretação, aplicação e influência do Statute of Anne: entre a visão utilitária e o direito de propriedade

A origem do sistema inglês moderno de proteção autoral ou *copyright* remonta, em termos legais, ao Estatuto da Rainha Ana (*Statute of Anne*), datado de 1709. Esse estatuto, aprovado pelo Parlamento inglês e considerado o primeiro texto legislativo moderno a organizar o tema, acabou com a perpetuidade (limitando o tempo de proteção da obra), eliminou a censura ou controle prévio (permitindo a qualquer um ser editor e impressor) e fez do *copyright* um direito não mais dos editores, mas dos autores. Em suma, o moderno *copyright* nasceu de uma reformulação do direito das patentes, que desde 1557 regulamentava a imprensa através da concessão de uma prerrogativa real (um direito exclusivo e perpétuo) a um grupo de comerciantes do ramo editorial (*Company of Stationers of London*). É importante observar que até 1709 os autores não eram os detentores desse direito, que, tanto na teoria como na prática, era apenas dos editores, visto como um mecanismo para proteger o investimento feito e permitir à Coroa a censura prévia a toda informação difundida no reino.

Desde o Estatuto da Rainha Ana, duas teorias intentam a justificação do direito dos autores: uma teoria utilitarista e uma teoria do direito natural, esta última provinda, em parte, da teoria do fruto do trabalho (*labor theory of property*), de John Locke. Segundo a teoria utilitarista, o direito dos autores corresponde a uma prerrogativa que se dá aos criadores para que eles possam, por um período temporário, explorar comercialmente com exclusividade sua criação, o que se justifica como um instrumento de incentivo à criação intelectual e de remuneração dos autores. A teoria do direito natural, por outro lado, baseia-se no argumento de que o autor possui um direito de propriedade sobre sua obra que é inerente à própria criação, porque ao mesmo seria assegurada a propriedade sobre o fruto de seu labor.

Embora converjam na idéia de uma proteção autoral, as duas teorias conduzem a conseqüências conflitantes, postulando a primeira um direito de monopólio temporário aos autores, submetido ao cumprimento de certas formalidades para o seu exercício, enquanto a segunda teoria tendia a tornar o direito dos autores perpétuo, com uma dimensão moral ou pessoal, sem necessidade de qualquer formalidade para o exercício do direito. O problema conceitual do moderno *copyright* é assim resumido por PATTERSON (1968, p. 17, tradução nossa): “O dilema é a idéia que o autor tem um

direito natural sobre sua obra, combinado com a idéia de que, após a publicação, ele possui apenas um monopólio conferido pelo estatuto”.

A disputa judicial que se seguiu à criação do estatuto ilustra bem esse conflito teórico. Mas para compreender adequadamente o debate da época, é preciso ter em mente também os interesses comerciais em jogo, e como eles se misturaram às considerações propriamente teóricas, morais ou jurídicas. As mudanças trazidas pelo estatuto provocaram a inquietação dos editores londrinos, que gozavam de um direito exclusivo e perpétuo sobre seus títulos há mais de 150 anos, gerando a chamada “Batalha dos Livreiros” (*Battle of the Booksellers*). Como ressalta Loewenstein (2002), o que está em jogo nesse momento é uma transição entre um modelo feudalista ou pré-capitalista de produção, baseado nas Corporações de Ofício e nos privilégios reais, e um modelo capitalista de produção industrial.

Procurando manter seus monopólios concedidos pela Coroa, alguns editores londrinos alteraram o discurso do privilégio real, que não tinha mais peso na Inglaterra liberal e parlamentar, pelo do reconhecimento ao direito de *common law copyright* do autor, inspirando-se nos argumentos de Locke e na idéia de um direito natural dos autores. Chegou-se, em certos casos, a se conseguir o reconhecimento nos Tribunais do chamado *common-law copyright*, que reconhecia a perpetuidade do direito natural dos autores sobre suas obras, o que atingia também aqueles que o substituíam em um contrato de cessão, ou seja, os editores.

Como ressalta Patterson (1968), é curioso observar que, embora se valendo do argumento do direito natural do autor, foram os editores e não os autores quem foram litigar. Se, por um lado, o argumento do direito natural dos autores servia aos interesses comerciais daqueles que pretendiam manter seus direitos exclusivos de exploração, por outro, os argumentos utilitaristas serviam aos interesses dos novos editores das províncias, que defendiam o fim dos monopólios, o livre mercado editorial e o respeito ao curto prazo de gozo do *copyright*, como estipulado pelo Estatuto da Rainha Ana. Indo mais além e generalizando, por sua própria conta, essa estratégia jurídica dos editores londrinos, afirma ROSE (1993, p. 4-5, tradução nossa):

A “questão da propriedade literária” era essencialmente uma disputa comercial, uma batalha entre dois grupos de editores. No coração da questão estava a limitação do prazo de proteção, um assunto de pouca consequência para os autores, que normalmente vendiam suas obras e seus direitos aos editores. Teria o estatuto determinado a extensão completa de proteção, ou teria ele simplesmente adicionado um subjacente *common-law right* de propriedade? Os editores londrinos, que dominavam o mercado livreiro inglês desde os primeiros dias da *Stationers’ Company*, souberam manter sua posição ao estabelecer que, apesar do estatuto, o *copyright* era perpétuo. Seus direitos, argumentavam eles, derivavam não do estatuto, mas do *common-law right* de propriedade transferido a eles pelos autores. Eles foram desafiados pelos editores e impressores das províncias – em particular pelos editores escoceses, que buscavam um papel independente como reimpressores de títulos populares – que negavam a existência de qualquer proteção para além do termo fixado pelo estatuto.

Embora o Estatuto da Rainha Ana falasse em direito de propriedade, ele trazia também a viva consciência de que o direito concedido servia como um instrumento na busca do bem comum, como fica explícito no título mesmo do estatuto, que dizia ser “um ato

para a promoção do conhecimento”, através da concessão de um monopólio temporário (*an act for the encouragement of learning, by vesting the copies of printed books in the authors or purchasers of such copies, during the times therein mentioned*). Esse caráter utilitarista presente no estatuto foi reconhecido, em certo sentido, em 1774, no julgamento do caso *Donaldson v. Beckett*, que será analisado em mais detalhe abaixo, quando a *House of Lords* rompeu com o direito perpétuo e definiu o *common-law copyright* como o direito natural do autor à primeira publicação, aplicando então o prazo previsto pelo *Statute of Anne* para o gozo do *copyright*, que era de quatorze anos renováveis por mais quatorze (caso o autor estivesse vivo). A efetiva aplicação do prazo previsto pelo estatuto retirou a perpetuidade de proteção à obra, embora sem se opor frontalmente ao reconhecimento do direito de propriedade, como mostraremos a seguir.

A influência exercida pelo *Statute of Anne* no direito norte-americano também evidencia a importância da justificação utilitarista presente em sua base. O estatuto serviu de modelo para a legislação norte-americana de 1790 e também para os outros estatutos, anteriores a 1790, dos doze Estados, debaixo dos *Articles of Confederation*, que depois se transformou no art. 1º, *section 8*, da *US. Constitution*, a famosa cláusula do progresso das artes e das ciências, que entende o *copyright* como um instrumento criado para “promover o progresso da ciência e das artes úteis, garantindo, por tempo limitado, aos autores e inventores o direito exclusivo aos seus escritos ou descobertas”.

Nesse sentido, os doutrinadores norte-americanos frequentemente se servem das idéias de Thomas Jefferson, que abominava monopólios, para interpretar a cláusula 1ª do *copyright*, chegando assim à conclusão de que qualquer extensão exagerada de proteção ao *copyright* é inconstitucional, uma vez que estaria indo contra a principiologia do constituinte originário, de viés claramente utilitarista.

Contudo, em sentido contrário, vemos também no direito norte-americano inúmeras decisões e posicionamentos teóricos que acentuam o caráter de propriedade do *copyright*. Vários artigos, sucessivos ao caso *Edred v. Ashcroft* (no qual a Suprema Corte julgou constitucional a extensão em mais 20 anos da proteção do *copyright*) contrariam a leitura utilitarista da Constituição Americana, considerando equivocada essa perspectiva histórica, como ressalta Mossoff (2007). Esses artigos ressaltam a construção da filosofia do direito natural que influenciou os postulados da propriedade intelectual, o que será analisado com mais detalhe a seguir.

Voltando ao direito inglês do século XVIII, podemos perceber claramente a oscilação entre as teorias utilitaristas e da propriedade. Se, por um lado, se aboliu a perpetuidade do *copyright*, fazendo prevalecer uma visão utilitarista do direito dos autores, por outro lado, as Cortes britânicas valeram-se frequentemente da noção de propriedade como a base do *copyright*. Passou-se, segundo Arett (2006), a aplicar o modelo de propriedade para as decisões que envolvessem o *copyright*, alegando *trespass infringement*. Pode-se inferir também uma mudança de foco entre o referido estatuto e as *royal patents* e *grants*, anteriormente concedidas pela Coroa aos livreiros. Pela primeira vez, como ressalta Abrams (1983), o autor se tornava a fonte do direito de cópia como uma recompensa ao seu labor intelectual para a produção de bens úteis à humanidade.

Com efeito, o *Statute of Anne* protegeu o direito dos autores à primeira publicação de suas obras, como fica evidenciado no caso *Pope v. Curl* (1741), no qual o réu publicou um trabalho contendo cartas inéditas de Pope, sem sua autorização. O *lord* chanceler

julgou que mesmo as cartas estavam dentro da proteção concedida pelo Estatuto e que elas não seriam diferentes dos próprios livros. Além desse exemplo, o caso mais emblemático do *copyright* tomado como propriedade talvez tenha suas origens em *Millar v. Taylor* (1769). Neste caso, James Thomson vendeu os direitos de seu poema *The Seasons* para Andrew Millar, que passou a ter direito a proteção do primeiro termo do *copyright* (14 anos), com exclusividade. Quando este termo se expirou, Robert Taylor imprimiu um volume do poema *The Seasons* para competir com Andrew Millar, que o processou. Millar focou seus argumentos no direito natural do autor do poema, mudando a discussão da expiração do prazo de proteção de sua licença para o direito de propriedade do autor do poema. Seu argumento foi acolhido pela maioria dos julgadores, que entenderam que o autor do poema detinha um direito perpétuo consagrado pelo *common law*, que provinha do ato de criação. Os argumentos de Lord Mainsfield, um dos quatro juízes julgadores, sugerem, como veremos, noções bailares da *property theory of labor* de Locke, nos seguintes termos: “porque é *justo*, o autor deveria reter os lucros pecuniários de sua própria engenhosidade e trabalho. É *justo* que outro não possa usar seu nome sem seu consentimento. É *correto* que ele julgue quando publicar ou se ele algum dia irá publicar” (MAINSFIELD, apud ABRAMS, 1983, p. 1153, tradução nossa). Como se vê, uma das premissas básicas de Lord Mainsfield é que a propriedade do autor em seu poema provém do seu *trabalho*.

Essa decisão, contudo, será reformada mais tarde pela Casa dos *Lords*, o que indica justamente a existência de argumentos conflitantes e bases teóricas distintas na fundamentação do *copyright*. Vamos aos fatos. Após vencer a demanda, Miller vendeu o direito do poema *The Seasons* para um sindicato de impressores, entre eles Thomas Becket. Não obstante não terem os direitos do poema, os editores Donaldson publicaram uma versão desautorizada. Becket, então, processou os Donaldsons, obtendo uma injunção contra os mesmos, com base no precedente de *Millar v. Taylor*. Os Donaldsons recorreram da decisão para a Casa dos *Lords*. A partir desse momento, há uma divisão de posicionamentos. Os *Lords*, por maioria de 20 a 11, julgaram que não haveria um direito perpétuo de *copyright* no *common law*, reformando o entendimento, pois, da decisão de *Millar v. Taylor*. A opinião dissidente de Lord Lyttelton era no sentido de que, embora o *copyright* não fosse tangível, era propriedade. A maioria dos *Lords* entendeu que o *copyright* não se estendia além da proteção estatutária (14 + 14 anos), caso contrário, permaneceria como um monopólio na mão dos livreiros, o que era indesejável, porque violaria a liberdade de imprensa. Isso não muda o fato de que, durante os 28 anos de proteção estatutária, detinha o autor o direito de propriedade, além do direito perpétuo de primeira publicação, isto é, somente ele poderia decidir se publicaria ou não seu trabalho.

Essa pequena reprise de fatos nos revela que, juntamente com os argumentos utilitaristas, havia de fato uma teoria da propriedade na justificação do *copyright*, que estava incorporada em termos menos claros no *Statute of Anne* e com mais vigor na prática judiciária. Revela, também, que havia certo receio dos *Lords* quanto à liberdade de expressão, nos casos em que o direito de propriedade ultrapassasse as provisões temporais do estatuto.

## **1.2. O caso das patentes: como compreender o termo privilégio?**

Voltando-se agora para o caso das patentes e de sua fundamentação teórica, encontraremos também nesse domínio o mesmo tipo de oscilação entre as visões

utilitaristas e da propriedade intelectual em sentido mais próprio. O objeto da controvérsia histórica que gira em torno das patentes passa pelo uso do termo *privilégio*, utilizado em documentos e julgados para identificar a natureza do instituto. Os doutrinadores atuais, ao relerem esses documentos, tendem a afastar o direito natural da análise da patente, pois entendem que se trata de um privilégio, o que seria um benefício concedido e não um direito. Todavia, essa visão propriamente utilitarista é confrontada por uma outra interpretação que vê nesse suposto privilégio um autêntico direito de propriedade.

Segundo Mossoff (2007), o termo *privilégio*, nos séculos XVIII e XIX, possuía vários significados dentro da ótica filosófica da teoria dos direitos naturais e do contrato social. Nesse sentido, em 1701, quando Willian Penn redigiu o projeto da Constituição da Pensilvânia, o mesmo recebeu o nome de *Carta de Privilégios para a Pensilvânia*, o que hoje soa estranho, haja vista que se trata mais propriamente de uma Carta de Direitos. O mesmo tipo de uso é verificável nas Constituições estaduais do período revolucionário, que garantiam aos cidadãos os *privilégios* anteriormente garantidos a eles pelas cartas coloniais, como “o *privilégio* inerente a cada homem livre de defender sua própria causa” na Corte e o “*privilégio* de confrontar testemunhas em casos criminais”. Embora apareçam sob a designação de *privilégio*, não devemos pensar o direito de representação e de confrontação com testemunhas como meros benefícios concedidos pelos governos.

Blackstone também explicou em seus comentários que direitos naturais originários, como liberdade, eram assegurados pela sociedade civil enquanto *imunidades privadas*, mas a sociedade se engajava para prover direitos adicionais garantidos em lei, chamados de *privilégios civis*. Assim, direitos naturais correspondiam às imunidades e os privilégios aos direitos civis. A linguagem de Blackstone, nos séculos referidos, bem como a teoria do contrato social, era bem difundida e conhecida, inclusive, pelos fundadores da independência norte-americana. Provas da noção de privilégios e imunidades são apresentadas por Mossoff (2007) e podem ser encontradas nos registros da Convenção Federal de 1787, na medida em que James Medison argumentou que a Constituição deveria garantir aos cidadãos de outros Estados a *igualdade de privilégios*. As Cortes americanas, em passo análogo, começaram a empregar o termo *privilégio* como sinônimo de direito civil, que era reforçado por lei. John Marshall, em 1809, usou o termo “privilégio nos contratos” e Bushrod Washington, em 1823, “privilégios fadados a ser fundamentais”. Nesse sentido, em 1784, como cita MOSSOFF (2007, p.983, tradução nossa), o estatuto de *copyright* da *South Carolina* prescreveu que os inventores “deverão ter um privilégio exclusivo [...] sob os mesmos privilégios e restrições concedidas e impostas aos autores de livros...”. Como resume MOSSOFF (2007, p. 972, tradução nossa): “Acadêmicos, políticos e juristas dos séculos XVIII e XIX passaram a se referir aos direitos que surgiram como consequência do contrato social enquanto privilégios”.

Isso não quer dizer também que qualquer uso da palavra *privilégio* significasse direito civil, porque cada caso deve ser transposto para o seu contexto. Mas isso, definitivamente, já afasta por completo o argumento unilateral dos doutrinadores de que *privilegio*, no histórico das patentes, significasse, em todos os casos, uma forma de benefício e não um direito civil do inventor. Muda também o foco histórico com base apenas em Thomas Jefferson.

### 1.3. John Locke e sua importância para a conformação da teoria da propriedade intelectual como um direito natural

John Locke, um dos maiores filósofos ingleses da modernidade, irá reformular o passo de seus predecessores (sobretudo Grotius e Pufendorf) no que tange ao aspecto do consentimento dos indivíduos para o reconhecimento da propriedade, ao afirmar que é necessário apenas o ato de aquisição e de trabalho para fundamentar o conceito de propriedade. O problema fundamental de Locke é explicar como a propriedade nasce sem que haja o consentimento dos indivíduos, ao qual dá tratamento no capítulo cinco, do livro II, de sua obra *Dois Tratados sobre o Governo (Two Treatises of Government)*. O próprio LOCKE (1998, p. 406) afirma que: “...esforçar-me-ei para demonstrar de que maneira os homens devem vir a ter uma *propriedade* em diversas partes daquilo a que Deus deu em comum a humanidade, e isso sem nenhum pacto expresso”.

O início do raciocínio de Locke é o mesmo encontrado em Grotius e Pufendorf, de que tudo que existe na terra foi dado ao homem para confortar e suportar o seu ser. Os direitos no estado da natureza não são inicialmente *direitos de propriedade*, mas *direitos de uso* e, portanto, direitos *não exclusivos*. Segundo LOCKE (1998, p. 407): “ninguém tem originalmente o domínio particular sobre eles [os frutos da terra] à exclusão de todo o resto da humanidade, por assim estarem todos em seu estado natural”. No *common* ou estado da natureza, os indivíduos possuem, inicialmente, o direito ao uso comum. Diferentemente de Grotius e Pufendorf, Locke gasta poucas páginas para explicar esse direito comum, que segundo Mossoff (2003), seria melhor descrito como um direito à auto-preservação (*self-preservation*) ou um *claim-right*.

Para Locke, Deus concede à humanidade bens que são mantidos no *common* (estado da natureza), mas esses bens não podem ser plenamente apreciados no seu estado natural, de modo que “qualquer coisa que ele [o homem] não retire do estado com que a natureza a promoveu e deixou, mistura-a ele com seu trabalho e junta-lhe algo que é seu, transformando-a em sua propriedade” (LOCKE, 1998, p. 409). O *common* seria o estado natural onde todos os bens podem ser apropriados por todos, por meio do trabalho, e onde esses bens se encontram de maneira suficiente, haja vista que a capacidade humana para a apropriação é limitada. Assim, cada qual pode trabalhar uma parcela do *common*, sem que aquele que já tenha trabalhado no *common* sofra qualquer tipo de violação a sua propriedade.

Segundo Hughes (1989), as pessoas podem retirar do *common* o tanto que elas estejam dispostas a trabalhar, sem criar qualquer tipo de competição de mérito, pois uma das funções do *common* é a alocação de bens de forma não-competitiva. A apropriação do *common*, todavia, deve estar sujeita a condição de não desperdício. Isso significa a proibição de que, uma vez apropriados do *common*, os bens possam vir a perecer, de maneira a removê-los do estado natural, na medida em que outro poderia tê-los utilizado. Em termos simples, trata-se da condenação do desperdício, como uma violação da lei natural. A propriedade deve trazer consigo, portanto, algum valor à humanidade, o que indica um certo argumento utilitarista ou consequencialista na argumentação de Locke.

Para Locke, a propriedade somente é inquestionável ao próprio trabalhador quando há “bastante de igual qualidade deixada em comum para os demais” – isto é, se o *common*, o estado da natureza, continue a fornecer condições recíprocas para apropriação dos



outros homens. Em outras palavras, significa dizer que a apropriação é inquestionável ao próprio indivíduo que trabalhou sobre os objetos se o seu trabalho não ocasione a desvalorização significativa do *common*, e outros possam continuar a trabalhar sobre o mesmo.

A regra é melhor compreendida pela síntese de BECKER (1993, p. 611, tradução nossa): “se ninguém é prejudicado pela concessão de direitos de propriedade aos produtores, não pode haver nenhuma objeção racional a essa concessão”. Vale dizer que se o *common* resta inalterado substantivamente, permitindo com que as pessoas ainda possam se apropriar, pelo emprego do trabalho, de outros objetos que não a propriedade de outrem, nada deve obstar a concessão de propriedade. Em termos simples, se os indivíduos (1) e (2), ao retirarem de (C) – *common* –, não prejudicam futuros (3) e (4) de também retirarem de (C), (1) (2) (3) e (4) podem continuar a se apropriar continuamente de (C). Conforme BRENNAN (1993, p. 691, tradução nossa):

Por quê (A) deveria ser proprietário de (X)? A premissa lógica de Locke é a de que (A) deveria ter direito a se apropriar dos frutos de seu trabalho. (A) deveria ser dono de (X), porque sem (A), (X) não existiria. (A) tem um direito moral *prima facie* em sua pessoa, e nesse sentido, (X) é uma extensão do próprio (A) – *self*. Ao se permitir que (A) seja dono de (X) se preserva valiosas considerações como integridade, autonomia e sobrevivência.

Nos termos traçados por Gordon (1993), a estrutura da propriedade de Locke está condicionada ao princípio de que: a) uma vez trabalhado os objetos do *common*, o valor do trabalho de cada qual se agrega aos mesmos; b) se o *common*, com o valor do trabalho que transformou os objetos, é por outros apropriado, estes passam a se apropriar não só do *common*, mas também do trabalho daqueles; c) isso prejudica quem trabalhou sobre o *common*, pois viola o *no-harm principle* (princípio do não prejuízo); d) os indivíduos, portanto, devem se abster de tocar esses objetos e, assim, tais objetos se tornam propriedade.

Reconduzindo-se, em termos gerais, esses postulados para a propriedade intelectual, aquele que se utiliza do *common* (domínio público, onde as idéias se situam), trabalhando sobre o mesmo (transformação das idéias em expressão), adquire para si, por seu esforço pessoal, uma propriedade intangível, que não pode ser tocada por outrem, na medida em que prejudicaria seu próprio trabalho, agregado ao *common*. Conforme Becker (1993), não há qualquer razão, *a priori*, para que o sistema de propriedade privada não deva se estender também aos bens imateriais, além disso, todos os *standards* de justificação, como utilidade e *labor-desert*, claramente dão suporte *prima facie* para tratá-lo enquanto propriedade. Na leitura de Ostergard (1998), até mesmo os autores que são contrários ao reconhecimento da teoria de Locke para fundamentar a propriedade intelectual, partem da premissa de que é um primeiro passo racional para sua justificação.

Seria essa proteção válida? Os defensores da teoria da propriedade de origem lockeana responderão que sim, na medida em que a criação de (X) – expressão final –, baseada em (W), (Z) e (T) – idéias – não impede terceiros, sob hipótese alguma, de trabalharem igualmente sobre (W), (Z) e (T), desde que criem (Y) – uma outra expressão final – suficientemente distinta de (X). Essa apropriação, sustentam eles, não obsta sob forma alguma a criatividade intelectual, nem mesmo prejudica excessivamente o *common* –

domínio público – porque sempre haverá meios distintos como (Y) ou (X) de expressar (W), (Z) e (T).

Nesse sentido, os donos de (Y) e (X) devem ter direitos de propriedade sobre tais bens, porque ao controlar os frutos de sua disposição, os donos de (Y) e (X) passam a ter sua auto-preservação justificada, como um imperativo moral, não só para recuperar os custos *ex ante* de produção, como também ter garantido novos investimentos durante o período *ex post* de exploração.

Ao contrário, se o dono de (Y) não quisesse criar (Y), mas sim “criar” (X<sup>1</sup>), isto é, apropriar-se de (W) (Z) e (T), conjuntamente expressos em (X), sem empregar qualquer esforço intelectual, o que implicaria na falta de *labor e atividade criativa*, estaria violando o princípio do não prejuízo. Como define Gordon (1993), não é qualquer tipo de prejuízo que deve ser punido na teoria de Locke, mas apenas aquele que viole o estado da natureza, isto é, a auto preservação da pessoa e de seus pares. Tal ato não seria justificado e aquele que dessa forma agisse só estaria pensando egoisticamente em si, aproveitando-se do esforço do outro simplesmente para o seu bem estar, o que implica em iniquidade e injustiça.

A produção desse valor-agregado, do valor social, é que merece ser recompensada. Será punido, como consectário lógico, apenas o ato do estranho que se utiliza dos objetos trabalhados, interferindo no projeto que tinha se valido aquele que os trabalhou, mediante seu próprio esforço. Isso seria um atentado contra a própria dignidade da pessoa humana, na medida em que o indivíduo estaria sendo impedido de realizar seu próprio projeto espiritual voltado para o futuro. A contrafação, nesses termos, implicaria em dois prejuízos. Por um lado, “tomaria” do autor sua comida, na medida em que seu trabalho visa não somente a promoção das artes e das ciências (bem valioso à humanidade), mas sua própria subsistência, enquanto fruto de seu trabalho (bem útil à própria vida de um autor). E, por outro lado e em longo termo, as externalidades positivas da cópia livre acarretariam maiores prejuízos em termos de incentivo à produção de obras (menos atrativos à criação e produção de conhecimentos, ao lado de um maior atrativo principal à cópia).

Seguindo a argumentação feita por Locke, seria moralmente justificado que o autor tivesse capacidade de obter frutos por meio do seu labor, pelo controle de disposição. Uma pessoa que prestou algum trabalho ou serviço pode fazer isso de graça, mas não é obrigado a tanto. O artista é um trabalhador como qualquer outra pessoa, que ao final do mês que fazer justiça ao seu trabalho pelo recebimento dos frutos gerados – ele deseja viver de seu ofício, do seu *self* e deseja acima de tudo que sua descendência e cônjuge usufruam tanto quanto ele desse resultado. Ele deseja continuar vivendo enquanto autor e é isso que o direito de propriedade irá lhe conferir.

Há, assim, segundo Hughes (1989), duas perspectivas para se analisar a questão: a) uma preposição normativa e, b) um argumento instrumental. A preposição normativa estatui que o desprazer do trabalho deve ser recompensado com a apropriação sobre o trabalho, sob um imperativo moral que não considera os efeitos da aquisição de propriedade. O argumento instrumental tem por função, todavia, considerar esses efeitos, sob a máxima de que o desprazer do trabalho deve ser recompensado com a aquisição de propriedade para incentivar as pessoas a criar mais trabalhos.

Temos assim, juntamente com o argumento mais natural e *a priori*, um claro argumento utilitário. As cortes americanas têm se baseado nesse segundo argumento quando, em nome do bem público, reforçam a proteção da propriedade intelectual, uma vez que os autores merecem ser recompensados por seu trabalho (*Mazer v. Stein*), justamente porque produzem um valor social para a sociedade. A proteção de obras passa a ser legitimada na medida em que elas trazem valor-agregado social para as comunidades e, portanto, por elas projetarem-se nessa categoria de valor social, seus autores passam também a ser recompensados. Os argumentos instrumentais, portanto, dão enfoque aos antecedentes para justificar as conseqüências da atribuição de propriedade. Embora a teoria de Locke considere esses argumentos antecedentes, eles tendem sempre a se reportar à regra do *no harm-principle*, isto é, não é apenas instrumental, está atrelada a um peso ético.

É o trabalho, para Locke, que irá substituir a necessidade de reconhecimento social para a validade da propriedade, transformando o *claim-right* em um direito de propriedade. Assim, são necessários três passos: a) a existência de um *claim-right*; b) a transformação desse *claim-right* por meio do *labor* em *property right*; c) o respeito ao *no-harm principle*. Desse modo, Locke consegue retirar a necessidade do acordo entre os indivíduos para tornar algo uma autêntica propriedade, simplesmente porque é o direito fundamental natural que cria o direito derivado de propriedade.

A *labor theory* de Locke é tão significativa para o *copyright* como um todo que o próprio pensador foi um dos poucos filósofos já citados pela Suprema Corte, no caso *Ruckelshaus v. Monsanto*, de 1984, justamente para explicar como surge a propriedade da invenção e do trabalho, como lembra Mossoff (2002). Além disso, a Suprema Corte, no caso *Wheston v. Peters*, de 1883, afirmou que “o homem tem direito aos frutos de seu próprio trabalho” (apud ARETT, 2006, p. 190, tradução nossa) e “o que *copyright* reconhece no ato do Congresso, e pelo qual se intentou protegê-lo por suas provisões, era o direito de *propriedade* que um autor tem, pelo *common law*, no seu manuscrito” (apud WONG, 2009, p. 815, tradução nossa).

#### 1.4. O *copyright* como um direito natural de propriedade no direito norte-americano dos séculos XVIII e XIX: a influência de John Locke

Em 1783, Massachusetts, New Hampshire e Road Island adotaram estatutos de *copyright* que continham a provisão deste enquanto um direito de propriedade. A própria Declaração de Independência, como ressalta Stern (1966), possui similaridades substanciais com a obra de John Locke, nas seções 161, 223, 225 e 230 de seu *Second Treatise*. Igualmente, a *Virginia Bill of Rights*, de 1776, reconhecia expressamente o direito natural de todos os homens, como direitos inerentes, anteriores ao estado de sociedade. O próprio documento que antecede à Declaração de Independência em dois anos, a primeira declaração do Congresso Continental, afirmava que “pelas leis naturais da natureza” os colonos tinham direito à “vida, liberdade e propriedade”, a tríade consagrada por Locke.

O próprio Thomas Jefferson, a quem se atribui a negação do *copyright* e da patente como direitos naturais, foi profundamente influenciado por Locke. Em 1816, em uma carta para W. Gilmer, como indica Stern (1966), Jefferson afirmou que a função dos legisladores era reforçar os direitos naturais e os deveres do povo. Também Benjamin Franklin e John Adams citaram John Locke em seus escritos, no *Essay of Human*

*Understanding* e na *Dissertation on the Canon and Feudal Law*, respectivamente. Finalmente, o próprio James Madison, em seu ensaio *On types of Government*, escreveu que Locke estabeleceu um “sistema imortal”, algo típico da política revolucionária daquele período.

É, portanto, fácil perceber que a teoria de Locke influenciou profundamente o pensamento norte-americano dos séculos XVIII e XIX e acabou exercendo um importante papel na fundamentação teórica do *copyright*. Até mesmo os direitos de propriedade das marcas e dos segredos de indústria têm suas bases fincadas na mesma teoria, como ressalta Mossoff (2005) ao citar o caso *Peabody v. Norfolk*, de 1868.

Para finalizar essa análise da influência de John Locke no direito norte-americano dos séculos XVIII e XIX, convém citar o caso *Wheaton v. Peters*, julgado pela Suprema Corte em 1834. Nesse caso, encontramos mais uma vez a típica oscilação entre a visão utilitarista e a concepção do *copyright* como um autêntico direito natural à propriedade. O caso em pauta é uma espécie de versão americanizada de *Becket v. Donaldson*. Segundo a decisão da Suprema Corte, o autor ou inventor somente deteria proteção nas provisões do estatuto do *copyright*, mas não em um direito perpétuo do *common law*. Em outras palavras, seu direito de propriedade não é perpétuo, mas limitado pelo estatuto. O que disse a Suprema Corte, na realidade, era que o direito do autor ou inventor é um *privilégio* limitado pelo estatuto. Tomado nesses termos, estaríamos diante de uma típica fundamentação utilitarista do *copyright*.

A pergunta intrigante que faz Mossoff (2007) é a que tipo de privilégio se referiu a Suprema Corte: um direito civil ou um simples privilégio para fins utilitários e sociais? A própria Suprema Corte afirma: “Que todos os homens têm direito aos frutos de seu próprio trabalho deve ser admitido; mas eles só podem gozar deles, exceto pela provisão estatutária, sob as regras da propriedade, que regulam a sociedade e definem o direito das coisas em geral.” (MOSSOFF, 2007, p. 988, tradução nossa). Fica claro, portanto, que nos Estados Unidos, juntamente com os argumentos utilitaristas, o *copyright* era e é justificado também enquanto propriedade, dentro das linhas mais amplas da *labor theory* de Locke.

## **2. A origem do *droit d’auteur* e o direito de propriedade**

Voltando agora a atenção para o contexto do surgimento do *droit d’auteur* na França dos séculos XVIII e XIX, pretendemos mostrar como, também neste outro modelo autorialista, encontramos a mesma oscilação entre uma concepção mais utilitarista e consequencialista de justificação do direito dos autores, sempre ressaltando a importância do interesse social, e uma concepção calcada na idéia de um direito natural dos autores sobre sua obra, entendido como um direito autêntico de propriedade e também um direito moral ou pessoal, que vai além da simples dimensão patrimonial.

A exposição a seguir será dividida em três momentos. Primeiro, analisar-se-á as bases teóricas e filosóficas do *droit d’auteur*, estudando-se o debate entre Diderot e Condorcet, que marcou o cenário intelectual francês do século XVIII e serviu de inspiração para as lutas revolucionárias do final do século. Na seqüência, o foco recairá sobre as leis revolucionárias de 1791 e 1793. Por fim, o terceiro momento abordará o desenvolvimento do *droit d’auteur* e sua projeção internacional ao longo do século XIX.

## 2.1. As bases teóricas do *droit d'auteur*: o debate entre Diderot e Condorcet

Na França, até a Revolução, havia um grupo de editores parisienses que gozavam dos privilégios reais, permitindo o exercício do monopólio na área e a censura prévia, parecido com o que ocorria na Inglaterra, com a diferença de que o controle era mais diretamente estatal e menos corporativo, como ressalta Hesse (1991). Em 1777, antes mesmo da Revolução, a Coroa já havia cedido parcialmente ao espírito da época (individualista e privatista) e havia reconhecido pela primeira vez o autor como detentor de direito, concedendo, ao lado dos “privilégios dos editores” (*privilèges en librairie*), os chamados “privilégios do autor” (*privilèges d'auteur*). É interessante observar como, nesse caso, o termo *privilégio* assume sentidos diferentes, dependendo da pessoa do beneficiário. Como ressalta LUCAS; LUCAS (2006, p. 8, tradução nossa): “A exclusividade concedida ao editor tem uma finalidade puramente econômica e é temporária. Ao contrário, aquela que é reconhecida ao autor, mesmo se ela encontra sua fonte em uma graça real, é tida como uma ‘propriedade de direito’.”

Após a Revolução, a elaboração da primeira lei revolucionária sobre o tema foi marcada pelo forte *lobby* dos editores parisienses que, apesar de terem seus privilégios reais formalmente abolidos em 4 de agosto de 1789, ainda tentaram defender a perpetuidade do monopólio de impressão apelando para os argumentos que defendiam ser a criação do autor a mais natural e inviolável das propriedades, não podendo o Estado limitar esse direito.

A contribuição de Denis Diderot para a conformação desse discurso do direito absoluto do autor é significativa e merece ser apresentada brevemente. Entre 1763 e 1764, Diderot escreveu a *Carta sobre o comércio do livro* (*Lettre sur le commerce des livres*), aproximando a propriedade literária às demais propriedades imobiliárias. Aliás, é oportuno lembrar que esse texto foi uma obra de encomenda, pedida a Diderot pela comunidade dos editores parisienses, que se encontrava à época preocupada com a possível supressão dos privilégios editoriais que lhes garantiam um direito exclusivo e perpétuo sobre as obras. Apesar de ter uma relação conflituosa com seus editores, como aliás ocorria com quase todos os livres-pensadores (*libre penseurs*) da época, que viviam à custa da pena, Diderot ainda assim aceitou o pedido e fez um grande esforço conceitual no sentido de defender a propriedade perpétua dos autores e, por extensão, dos editores, sobre as criações espirituais. Segundo DIDEROT (2002, p. 52):

Uma obra não pertence a seu autor tanto quanto sua casa ou suas terras? Não pode ele alienar para sempre sua propriedade? Seria permitido, por qualquer razão ou pretexto que seja, espoliar aquele que livremente o substitui em seus direitos? Esse substituto não merece ter para esse direito toda proteção que o governo concede aos proprietários contra os outros tipos de usurpadores?

O trecho citado acima deixa clara a comparação entre a propriedade material e a imaterial e, também, a extensão do direito de autor aos “substitutos”, que são os editores que legitimamente compram as obras de seus criadores, sub-rogando-os em seus direitos. A propriedade intelectual ganha assim o *status* de um direito fundamental do cidadão e apenas um tirano ousaria espoliar os proprietários de seus bens. E estende-se este direito ao editor, que o adquire do autor, como salienta DIDEROT (2002, p. 68): “ora, o direito do proprietário é a verdadeira medida do direito do comprador”. Indo além, Diderot não se contenta em apenas comparar a propriedade intelectual às demais

formas de propriedade, mas ressalta o caráter mais natural dela, ainda mais inviolável e sagrada. Segundo DIDEROT (2002, p. 67-8):

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 seu coração, sua porção mais preciosa, aquela que nunca morre, que o imortaliza, não lhe pertencer? Como comparar o homem, a própria substância do homem, sua alma, 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 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?

No mesmo sentido, e reforçando a extensão do direito do autor sobre suas obras ao editor que paga por esse direito, afirma DIDEROT (2002, p. 68-9):

Repito, o autor é o mestre de sua obra, ou ninguém na sociedade é mestre de seu bem. O livreiro a possui do mesmo modo que a obra pertencia ao autor; ele tem o incontestável direito de utilizar-se dela como lhe convier em repetidas edições. Seria tão insensato impedir que o faça quanto condenar um agricultor a deixar suas terras incultas, ou um dono de casa deixar seus cômodos vazios.

Esse tipo de discurso tende a naturalizar o direito do autor sobre suas obras e conferir ao criador a mais absoluta e inviolável das propriedades, transmissível a quem este desejar, através de simples contrato, por tempo indeterminado. Esse pensamento estava claramente de acordo com certos interesses comerciais, pois ao se ampliar o escopo de um direito que é geralmente cedido aos empresários, dá-se a eles um grande controle sobre as obras, substituindo-se um monopólio (o decorrente da concessão de privilégios reais) por outro (decorrente do direito natural do autor). Aliás, essa mudança espelha exemplarmente o espírito do século XVIII: destrona-se o rei e eleva-se o indivíduo burguês. Saímos da censura prévia da Coroa e dos privilégios reais perpétuos para cairmos no individualismo possessivo burguês. Não mais amparado pelo rei, o negócio editorial permanece, agora baseado no direito natural do autor. Percebe-se assim a complexidade do direito autoral. É comum se misturar os direitos do autor-criador com os do editor-empresário, fazendo-se do direito autoral um instituto ambíguo, que se assenta tanto sobre um monopólio do editor (que lhe garante o retorno ao investimento), quanto sobre um direito natural do autor.

Apesar da força do discurso de Diderot, que se baseia na idéia de um autêntico direito de propriedade dos autores sobre suas obras, o contexto intelectual e político do século XVIII era também movido por outras visões concorrentes, que conseguiram abrandar o discurso individualista e privatista, que faz dos autores legítimos proprietários com direito perpétuo de explorar a obra com exclusividade. Em nome de um ideal social que preconizava a universalização do conhecimento, os radicais revolucionários, inspirados por Condorcet, defendiam o fim da apropriação privada e a livre circulação dos textos. Em 1776, Condorcet publicou os *Fragmentos sobre a liberdade da imprensa* (*Fragments sur la liberté de la presse*), ressaltando sempre a o interesse público e o ideal iluminista.

Criticando a censura prévia e indicando sua simpatia pelos argumentos de tipo utilitarista ou consequencialista, diz CONDORCET (1847, p. 304-5, tradução nossa): “O que exige a utilidade pública? Que os homens se iluminem. Ora, o que há de mais contrário às Luzes que a censura dos livros? O espírito perde sua força ao perder sua liberdade”. Além de contrário à censura prévia e ao monopólio real, o que era um pensamento comum aos intelectuais revolucionários do século XVIII, Condorcet argumenta também contra o monopólio comercial, criticando a idéia individualista de que o autor é o legítimo proprietário de suas obras, tendo em relação a elas um direito natural, e afastando qualquer assimilação da propriedade literária às demais formas de propriedade material. Segundo CONDORCET (1847, p. 308-9, tradução nossa):

Sente-se que não pode haver qualquer relação entre a propriedade de uma obra e a de um campo, que pode ser cultivado por apenas um homem, ou de um móvel que serve apenas a um homem, a qual, por conseguinte, a propriedade exclusiva é fundada sobre a natureza da coisa. Assim, a propriedade literária não é derivada da ordem natural, e defendida pela força social, mas é uma propriedade fundada pela sociedade mesma. Não é um verdadeiro direito (*véritable droit*), é um privilégio (*privilège*).

Afirmando ser todo privilégio uma restrição aos direitos dos outros cidadãos, sendo portanto nocivo à liberdade, CONDORCET (1847, p. 309, tradução nossa) evidencia sua preocupação social e utilitarista ao se perguntar: “O interesse público exige que os homens façam esse sacrifício? Tal é a questão que é preciso examinar, em outros termos, os privilégios são necessários, úteis ou nocivos ao progresso das Luzes?”. Condorcet responde esta pergunta afirmando ser a propriedade literária desnecessária, inútil e até injusta. Observando que o progresso das Luzes depende, em parte, da legislação da imprensa, Condorcet ressalta que a legislação que concede aos autores o direito de propriedade sobre suas obras não influencia positivamente a descoberta de verdades úteis (*vérités utiles*), mas atinge de maneira nefasta a maneira como estas verdades se difundem, sendo uma das principais causas da diferença na sociedade entre os homens esclarecidos ou cultos e a massa inculta, para quem a maior parte das verdades úteis permanece desconhecida. Imaginando um mundo em que as idéias pudessem circular livremente, Condorcet defende que o progresso das Luzes exigiria a liberdade de criação, reprodução e difusão do conhecimento e da arte, o que torna indevida qualquer apropriação individual dos bens culturais.

## ***2.2. As leis revolucionárias de 1791 e 1793 e o nascimento do droit d’auteur moderno***

As leis revolucionárias de 13 de janeiro de 1791 (consagrada ao direito de representação dos atores de obras dramáticas) e de 19 de julho de 1793 (consagrada ao direito de reprodução dos escritores de todo gênero, dos compositores de música e dos pintores e desenhistas) são consideradas as bases legais modernas do *droit d’auteur*. Inspiradas por esses discursos conflitantes, as leis conciliaram esses interesses através de uma negociação política instável e uma complexa junção teórica. Foi consagrada a idéia de Diderot sobre a santidade da criatividade individual e a inviolabilidade do direito do autor, pensados em termos de uma autêntica (e até a mais autêntica) propriedade. Mas teve também espaço a idéia de Condorcet de que, ao menos após certo tempo, a obra deveria pertencer ao domínio público, para o progresso das Luzes e o conhecimento universal. Além de Diderot e Condorcet, convém mencionar também a importância da influência exercida pelas idéias de Locke, dos fisiocratas e do precedente inglês do

Estatuto da Rainha Ana sobre o debate francês. Nascendo de uma problemática colagem de perspectivas e interesses dificilmente conciliáveis, fica mais fácil entender a eterna discussão sobre a natureza mesma do direito autoral: Um direito natural? Uma propriedade do autor? Um direito da personalidade? Um monopólio temporário? Ou ainda um mero instrumento para a promoção do conhecimento e das artes?

Também no contexto francês convém analisar os interesses comerciais que se escondem por trás desse debate de idéias. Como ocorreu no Reino Unido, os editores provincianos, ávidos pelo fim dos monopólios de exploração comercial, entraram em conflito com os editores parisienses, que tentavam a todo custo manter seus privilégios. Os primeiros defendiam as idéias de Condorcet e pleiteavam a ampliação do domínio público, enquanto os parisienses se valiam dos argumentos de Diderot e Locke, em nome de um direito natural de propriedade, sagrado e perpétuo.

Dado que nas leis revolucionárias aparece o termo *propriété*, no lugar dos antigos *privilegios*, muitos viram aí uma grande ruptura com o antigo sistema das prerrogativas e dos monopólios, em nome de uma nova concepção centrada no direito de propriedade dos autores de origem natural, ou seja, pré-estatal. Segundo LUCAS; LUCAS (2006, p. 11, tradução nossa): “Mesmo sendo verdade que a linguagem do legislador revolucionário foi aqui mais filosófica do que jurídica, a referência insistente à propriedade é muito significativa da vontade de romper com o sistema de privilégios concedidos pelo rei”. Associado com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que declara ser a propriedade “inviolável” e “sagrada”, a noção de uma autêntica propriedade intelectual passou a se afastar muito da idéia de um privilégio concedido pelo rei. Nesse sentido, diz, em 1791, Le Chapelier (apud LUCAS; LUCAS, 2006, p. 10, tradução nossa): “A mais sagrada, a mais legítima, a mais inatacável, e, se posso dizer assim, a mais pessoal das propriedades, é a obra fruto do pensamento de um escritor”.

O peso dessas afirmações e a importância do discurso baseado no direito natural de propriedade, contudo, foi superestimado pela maioria dos juristas. Convém ressaltar que o próprio Le Chapelier, de quem citamos a afirmação acima, entendia que o domínio público era o princípio geral, e o direito do autor a exceção. Em sua visão, o autor transmitiria ao público, com a publicação, toda a propriedade sobre a obra. Vemos que, também na constituição do *droit d'auteur*, estão presentes várias considerações de viés utilitarista, talvez por influência da recente Constituição Americana. Nesse sentido, é interessante observar que o artigo 6º da lei de 1793 subordinava a perseguição em Justiça dos contrafactores ao depósito na Biblioteca Nacional, o que é difícil de compreender se pensarmos que se trata apenas de um direito natural dos autores. O próprio prazo imposto para o exercício do direito patrimonial do autor, de 5 anos após sua morte, na lei de 1791, e de 10 anos após sua morte, na lei de 1793, indica já a recepção da idéia do domínio público e o enfraquecimento do discurso baseado simplesmente no direito de propriedade dos autores, que deveria levar ao reconhecimento da perpetuidade desse direito.

Finalizando a análise das leis revolucionárias que deram origem ao *droit d'auteur* moderno, citamos HESSE (1991, p. 123, tradução nossa):

### **2.3. O *droit d'auteur* na França do século XIX e a Convenção de Berna de 1886**



Essa configuração ambígua marcará todo o percurso histórico do *droit d'auteur*, estando presente também nas Cartas Internacionais, em particular na Convenção de Berna de 1886. Visando evitar maiores problemas com relação à controvertida natureza do direito de autor, a Convenção de Berna evita empregar os termos *monopólio* ou *direito exclusivo*, assim como o termo *propriedade intelectual*, limitando-se prudentemente a falar em “proteção das obras literárias e artísticas”.

Quanto às leis francesas, assim como ocorreu em 1791 e 1793, as leis ao longo do século XIX, inclusive a de 14 de julho de 1866, não hesitaram em utilizar o termo *propriedade* para se referir ao direito dos autores. Ainda que não seja um bom procedimento simplesmente interpretar isso ao pé da letra, é notório que o discurso de fundamentação baseado no direito natural dos autores sobre suas obras será mais visível e marcante no direito francês de então. A doutrina civilista nascente tenderá a identificar a propriedade intelectual à propriedade material, ressaltando sua exclusividade e oponibilidade *erga omnis*.

Dentro dessa prevalência da teoria do direito natural, convém mencionar o reconhecimento do direito moral do autor no direito francês do século XIX, que passou a ser formulado pelo pretório a partir de 1814. A expansão do direito de autor para além da dimensão patrimonial é um fenômeno que reforça o viés jusnaturalista e personalista desse direito. Outra mudança que acentua essa tendência é o fato de o depósito na Biblioteca Nacional ter deixado de ser exigível a partir de 1925.

Vale a pena mencionar também o fato de o prazo de proteção concedido aos autores ser sempre prorrogado, em diminuição constante do espaço dado ao domínio público. O prazo de proteção *post mortem* saltou de 10 para 20 anos em 1810, depois para 30 anos em 1854, e finalmente para 50 anos em 1866. O posicionamento de alguns intelectuais de renome contribuiu fortemente para essa expansão. Sobre essa participação, convém citar a Carta endereçada aos escritores franceses do século XIX (*Lettre adressée aux écrivains français du XIX siècle*), escrita por Balzac (1834), na qual se reivindica a perpetuidade do direito dos autores, claramente qualificado como um direito de propriedade, e se considera bárbara e iníqua qualquer limitação a esse direito natural.

Seguindo essa trilha, para além do século XIX, a lei autoral francesa de 11 de março de 1957 consagrou definitivamente a idéia de um direito natural dos autores, decorrente de sua personalidade. Trata-se de uma lei repleta de humanismo, que acentua fortemente a dimensão moral do direito de autor. Em seu primeiro artigo, ela assim define esse direito: “o autor de uma obra do espírito goza sobre essa obra, do simples fato de sua criação, de um direito de propriedade imaterial exclusivo e oponível a todos” (apud PFISTER, 2004, p. 118, tradução nossa).

Ainda assim, é possível encontrar posicionamentos divergentes, que nos mostram que o discurso utilitarista, baseado na teoria do monopólio, ainda se faz presente no direito e no pensamento francês do século XIX. Renouard, um importante jurista da época, conselheiro da Corte da Cassação e autor de um importante tratado na área, temia que o reconhecimento do direito de propriedade aos autores fizesse a balança pender de maneira excessivamente desfavorável ao interesse público, dando mostras da força, ainda presente, do discurso utilitarista e consequencialista. Muitos juristas ainda defendem a impossibilidade de se apropriar do pensamento ou das criações do intelecto, e outros entendem que só se pode falar em propriedade do autor antes da publicação.

Essa visão de propriedade, herdada de Bártolo, só concebe a propriedade de coisas materiais, ressaltando o caráter não-rival e ubíquo do imaterial (pois todos os homens podem gozar dele plenamente, livremente e simultaneamente). Como consequência, publicidade e propriedade são consideradas incompatíveis, pois desde que o autor deu publicidade ao seu pensamento, ele não pode mais excluir um terceiro.

Radicalizando o discurso contrário à assimilação do direito dos autores a um direito de propriedade, o pensador anarquista e socialista Proudhon (1862) também exercerá um papel de destaque nos debates franceses do século XIX. Entendendo que o autor, antes de ser pai de sua obra, é obra de seu tempo e cultura, herdeiro da civilização e das idéias que o precederam, Proudhon condena a invasão do capitalismo e do comércio na literatura e nas artes. Reprimindo-se, assim, a busca do dinheiro e a profissionalização dos criadores, em nome de uma visão de criação baseada na gratuidade e na colaboração. O direito dos autores é visto como um monopólio do saber, atentatório à liberdade de expressão (a distinção idéia/expressão é então rejeitada). Proudhon vale-se, ainda, de um argumento utilitário, ressaltando que o direito autoral perpétuo, ou mesmo sua extensão excessiva, é inútil, posto que obras são, em sua maioria, efêmeras.

## CONCLUSÃO

Já se vão três séculos desde que o direito de autor moderno foi consolidado legalmente no Ocidente e ainda vivemos sob a insistente sensação de que lhe falta uma base teórico-filosófica sólida e coerente. Mesmo aqueles que estão convictos da existência dessa fundamentação têm de se esforçar para demonstrar conceitualmente esta convicção, o que indica que não estamos tratando de um tema pacificado e bem resolvido. Ao longo das análises feitas acima, pretendemos mostrar como a origem e o desenvolvimento do *copyright* e do *droit d'auteur* nos séculos XVIII e XIX envolveram um constante debate teórico, no qual a assimilação do direito de autor a um direito de propriedade teve, sistematicamente, de se contrapor a outra concepção de justificação, que rejeita essa identificação e baseia o direito dos autores em um simples monopólio temporário concedido pelo Estado.

Talvez importe pouco, na prática, se o direito de autor é um direito de propriedade ou não. Mais importante é que ele seja bem definido e determine claramente seus efeitos, sua extensão e sua duração. O emprego do termo *propriedade*, para se referir ao direito dos autores, tem uma clara força simbólica, mas dificilmente, de um ponto de vista mais técnico, poderíamos, sem mais, afirmar a identidade de natureza entre a propriedade intelectual e a material. Embora seja defensável a teoria da propriedade aplicada ao direito de autor, ela não constitui uma simples constatação evidente que não exige qualquer esforço conceitual.

Entendemos também que a questão sobre a natureza do direito de autor (o confronto entre a teoria do monopólio e a da propriedade) perdeu grande parte de sua importância, na medida em que a própria concepção de um direito de propriedade alterou-se radicalmente a partir do século XX. A idéia de um direito absoluto de propriedade não cabe mais no novo quadro jurídico e, portanto, a identificação do direito de autor a um direito de propriedade não acarreta mais aquilo que acarretava no século XVIII, ou seja, a noção de um direito imprescritível e perpétuo, sobre o qual o Estado não possa interferir, ressalvado as características personalíssimas. Trata-se, ainda, como era e ainda o é, de um direito de propriedade ou utilitário, limitado pelas provisões temporais

e legais da lei, podendo-se tanto adotar o entendimento de Locke ou de Renouard para o período de proteção e suas inferências lógicas.

A idéia de que o direito de propriedade deve ser limitado, na medida do possível, em vista ao alcance do bem comum, como um limite congênito ao direito mesmo, é algo razoavelmente pacificado nos dias de hoje. A propriedade deixa, assim, de ser um direito subjetivo absoluto ou um direito natural perpétuo. Conforme Balganes (2009), o desafio do Direito de Autor, na atualidade, é balancear a infra-estrutura de incentivos e o uso das funções limitadas de acesso, que tem um custo social na sociedade como um todo.

Concluindo, gostaríamos de salientar que, apesar de termos procurado empreender neste trabalho um estudo eminentemente histórico, acreditamos que as discussões apresentadas, que foram travadas nos séculos XVIII e XIX, são ainda em grande medida atuais, e nos ajudam a compreender melhor os impasses vivenciados pelo direito autoral nos dias de hoje.

### **BIBLIOGRAFIA**

ABRAMS, Howard B. The historic foundation of American copyright law: exploding the myth of common copyright. *Wayne Law Review*, Detroit, v. 29, n. 3, p.1120-1192, 1983.

ARETT, Michael James. Adverse possession of copyright: a proposal to complete copyright's unification with property law. *The journal of corporation law*, Iowa, v.31, p.187-201, 2006.

BALGANESH, Shayamkrishna. Foreseeability and copyright incentives. *Harvard Law Review*. Massachusetts, v.122, n. 6, pp. 1569-1633, 2009.

BALZAC, Honoré de. *Lettre adressée aux écrivains français du XIXe siècle*. 1834. Disponível em . Acesso em 12 de setembro de 2009.

BECKER, Lawrence C. Deserving to own Intellectual Property. *Chicago-Kent Law Review*, Chicago, v.68, p. 611, 1993.

BRENNAN, Timothy. Copyright, property, and the right to deny. *Chicago-Kent Law Review*, Chicago, v. 68, p. 691, 1993.

CONDORCET, Jean-Antoine-Nicolas de Caritat, marquis de. Fragments sur la liberte de la presse. In: *Oeuvres de Condorcet*. Tome 11. Paris: Firmin Didot Frères, 1847. p.253-314.

DIDEROT, Denis. *Carta sobre o comércio do livro*. Tradução de Bruno Feitler. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2002.

GORDON, Wendy J. A property right in self-expression: equality and individualism in the nature law of Intellectual Property. *The Yale Law Journal*, New Haven. v. 102, p.1533-1609, 1993.

HESSE, Carla. *Publishing and Cultural Politics in Revolutionary Paris, 1789-1810*. Berkeley: University of California Press, 1991.

HUGHES, Justin. The Philosophy of Intellectual Property. *The Georgetown Law Journal*, Washington, v. 77, p.287-366, 1989.

LOEWENSTEIN, Joseph. *The author's due: printing and the prehistory of copyright*. Chicago / London: The University of Chicago Press, 2002.

LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. Tradução de Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUCAS, André; LUCAS, Henri-Jacques. *Traité de la propriété littéraire et artistique*. 3<sup>a</sup> ed. Paris: Litec, 2006.

MOSSOFF, Adam. Lock's Labor Lost. *U. Chi. L. Sch. Roundtable*, v. 9, p.155-164, 2002.

MOSSOFF, Adam. What is property? Putting the pieces back together. *Arizona Law Review*, Arizona, v. 45, p.372-439, 2003.

MOSSOFF, Adam. Is Copyright Property? *San Diego Law Review*, San Diego, v. 42, p.29-43, 2005.

MOSSOFF, Adam. Who care what Thomas Jefferson though about patents? Reevaluating the patent "privilege" in historical context. *Cornell Law Review*, New York, v. 92, p.953-1012, 2007.

MOYSE, Pierre-Emmanuel. La nature du droit d'auteur: droit de propriété ou monopole? *Revue de Droit de McGill / McGill Law Journal*, v.43, p. 507-564, 1998.

OSTERGARD, Robert L. Jr. Intellectual Property: a human right? *Human Rights Quarterly*, v. 21, p.156-178, 1998.

PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in historical perspective*. Nashville: Vanderbilt University Press, 1968.

PFISTER, Laurent. La propriété littéraire est-elle une propriété?: controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXe siècle. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, v.72, p. 103-126, 2004.

PROUDHON, Pierre-Joseph. *Les majorats littéraires: examen d'un projet de loi ayant pour but de créer, au profit des auteurs, inventeurs et artistes, un monopole perpétuel*. Bruxelles: Alphonse Ledégué, 1862. Disponível em . Acesso em 12 de setembro de 2009.

ROSE, Mark. *Authors and owners: the invention of copyright*. Harvard University Press, 1993.

STERN, Kenneth D. John Lock and the Declaration of Independence. *Cleveland Marshall Law Review*, Ohio, v. 15, p.186-195, 1966.

WONG, Mary W. S. Toward an alternative framework for copyright: from privative property to human rights. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, NY, v. 26, p.775-843, 2009.