



PROPRIEDADE E DIREITOS AUTORAIS

Miguel Said Vieira

The first principle of a contemporary copyright philosophy should be that copyright is a property right that ought to be respected as any other property right.

Orrin G. Hatch, presidente da Comissão Judiciária do Senado dos EUA, e proponente-chefe do Digital Millennium Copyright Act

Para muitos, a citação acima é praticamente senso comum. Nada mais justo, afirma-se, que considerar o autor como proprietário, dono de sua produção intelectual. Não é preciso ir muito longe, porém, para demonstrar que esta não é uma verdade absoluta, mas sim uma maneira de abordar a questão dos direitos autorais.

Pretendo, neste pequeno artigo, comparar os posicionamentos de dois autores que criticam algumas das noções comuns relativas ao direito autoral — como a comparação do mesmo ao direito de propriedade. O primeiro autor é Alexandre Herculano, intelectual português do século XIX; são analisados textos seus referentes a uma polêmica com Almeida Garrett, quando da introdução de uma lei de propriedade literária¹ em Portugal (1851-1872). O segundo é Siva Vaidhyathan, estudioso estadunidense; é analisado o seu primeiro livro, *Copyrights & Copywrongs* (2001), em que critica mudanças recentes nas leis de direitos autorais dos EUA e defende a definição de copyright presente na Constituição.²

¹ A expressão *propriedade literária* decorre de uma concepção de direito de autor na qual o vínculo do autor com a sua obra era juridicamente uma relação de *propriedade*.

² O presente artigo é baseado na monografia *Propriedade e direitos autorais*, apresentada como trabalho de conclusão do curso Comunicação Social / Editoração, na ECA / USP, em 2/2003. Aqui, destaco apenas os pontos principais dos textos; na monografia, disponível no endereço <http://groups.yahoo.com/group/edit-usp/files/TCCs/2002/>, analiso bem mais detidamente as argumentações de ambos os autores.



INTRODUÇÃO

Acompanhamos, durante o século XX, uma valorização escalar (política e econômica) das indústrias de entretenimento e informação. Esse fenômeno iniciou-se antes: desde o advento da reprodutibilidade técnica das obras de arte, a cultura popular tornou-se passível de comércio massivo — um comércio muito mais amplo do que era possível até então com a cultura chamada erudita.³

Ao mesmo tempo, a computação aumentou a importância e o valor da informação, como ferramenta para produção ou como produto em si. Com a expansão do acesso aos computadores, a reprodutibilidade técnica já aproveita-se do formato digital, e com isso torna ainda mais difícil a distinção entre *originais* e *cópias*;⁴ entre os atos de *utilizar* e *copiar*;⁵ e em alguns casos, entre *produtores* e *consumidores*.⁶ E, a despeito de algumas expectativas em relação à exploração comercial da Internet terem sido frustradas, a rede permitiu que essa reprodutibilidade ultrapassasse barreiras nacionais — e o mesmo aconteceu com as preocupações legais, políticas e comerciais relacionadas às reproduções, acelerando tendência que já existia nessa área. Paralelamente, e apesar de esforços contrários, a reprodutibilidade tem beneficiado tanto os usos previstos e autorizados pelos artistas, como os usos não autorizados.

Nesse contexto, o tema dos direitos autorais é atualíssimo. Sua relevância para a discussão de políticas públicas também é grande, na medida em que envolve, de um lado, o incentivo à produção cultural e científica e a remuneração dos autores; de outro, o acesso da sociedade a essa produção.

A discussão dessas questões concretiza-se no âmbito jurídico, mas é travada antes em âmbito político — pois é disputa de concepções e de interesses, e não questão meramente técnica: discutimos se e por que devemos instituir proteções legais, e não apenas como elas

³ Para uma análise detalhada da questão da reprodutibilidade técnica e suas conseqüências para a cultura contemporânea, consultar BENJAMIN, 1987 [1935/1936].

⁴ Quando copiamos um arquivo eletrônico, temos um segundo arquivo virtualmente idêntico ao primeiro; nesse caso, a distinção entre “original” e cópia não faz sentido.

⁵ Quando acessamos uma página na internet, por exemplo, o que vemos normalmente é a cópia de um arquivo que existe em um computador servidor, e que passa a existir também em nosso computador.

⁶ Digo “em alguns casos” pois, se virou praxe dizer que a Internet transforma todos os usuários em potenciais produtores, sabemos que a prática não é bem essa: apesar de suas vantagens em relação a outros meios (inclusive por ser um veículo mais democrático), o panorama de grandes conglomerados de mídia dominando a comunicação parece repetir-se também nessa mídia.

devem ser feitas. Infelizmente, esse viés não tem sido adotado na pesquisa brasileira com a frequência que mereceria. O mais comum é que assumam-se que o embasamento do sistema legal vigente é válido, e mantenha-se a discussão em minúcias de sua aplicação.

Numa sistematização bem urdida, Paul GELLER distingue três fases do desenvolvimento dos direitos autorais. A primeira ele denomina “pré-copyright”. As noções de direitos autorais modernas só surgiriam com a cultura escrita; e ainda assim, os usos comerciais não autorizados só se tornariam viáveis a partir de determinado nível de desenvolvimento técnico. Nesse momento, atores privados teriam se organizado para pedir a proteção do Estado às suas obras. A ação do Estado, porém, ainda é centralizada, baseada em regras *ad hoc*, e a fiscalização do cumprimento dessas regras fica na mão de guildas.

A fase seguinte seria a do “copyright clássico”; marcos desse período são o Estatuto de Ana e a legislação da Revolução Francesa sobre direitos autorais. As guildas e os privilégios reais começam a ser insuficientes para proteger as obras no trânsito entre diferentes mercados locais, que são cada vez maiores e interconectados. Em substituição às leis complexas que censuravam algumas obras, e permitiam monopólios a outras, foram aprovadas legislações simples, e que reconheceram direitos dos autores em relação às obras. Em substituição à fiscalização pelas guildas, foi atribuída aos autores a responsabilidade de fiscalizar (e o direito de acionar legalmente, em tribunais civis) os usos não autorizados.

A última fase identificada por Geller, e na qual nos encontraríamos, é a do “copyright global”. O século XVIII testemunhou a industrialização; do fim desse século ao seguinte, as tecnologias de comunicação avançaram espantosamente: imprensas mais modernas, fotografia, cinema, gravações sonoras, rádio e televisão. Essas circunstâncias facilitaram a produção, reprodução e distribuição dos produtos culturais, e possibilitaram o surgimento de uma indústria cultural. Funcionando em escala continental ou global, e produzindo em escalas correspondentes, essas indústrias requeriam investimento muito mais elevado; os riscos também eram maiores, pois o avanço tecnológico também facilitara a reprodução não autorizada. Dessa forma, os direitos autorais no século XX passaram a ser encarados como “um meio de garantir e proteger fluxos de lucro”,⁷ e foram expandidos de acordo com essa visão. Direitos já existentes foram aplicados a novas mídias, e com isso surgiram mais

⁷ “a means for securing and protecting income streams” [Geller, 2000, p. 230].



definições em relação às obras derivadas, bem como a dicotomia idéia / expressão.⁸ Além disso, foram concebidos novos tipos de direitos (como os direitos morais), que serviram principalmente para tranquilizar autores, garantindo-os que suas obras seriam protegidas de acordo com seus interesses, e em todos os mercados alcançados.

HERCULANO

Tomando por referência a sistematização de Geller descrita acima, poderíamos dizer que o momento em que Herculano escreve seus textos estaria num ponto de transição entre o “copyright clássico” e o “copyright global”. A situação em Portugal é singular: é só em 1851 que haveria ali o reconhecimento de direitos privados do autor em relação às suas obras; isso já ocorrera no Reino Unido em 1710; e na França a partir de 1777 [SAUNDERS, 1992, p. 84]. No entanto, antes mesmo desse reconhecimento já se pensa na necessidade da globalização das proteções: a lei de propriedade literária questionada por Herculano foi sancionada para que Portugal pudesse estabelecer um tratado de proteção mútua com a França (embora já tivesse sido aprovada 13 anos antes).

Argumentação negativa (críticas)

Os textos de Herculano estão mais centrados em críticas do que em proposições ou defesas. A argumentação negativa principal é a recusa ao *conceito* de propriedade literária. Ele admite a possibilidade de outros sistemas de direitos autorais, mas não aceita a propriedade literária. Essa recusa se realiza pelo viés jurídico, e em alguns casos há influência de um viés econômico. Em ambos, a argumentação é acompanhada por um certo purismo em relação ao conceito de propriedade.

Pelo viés estritamente jurídico, há duas linhas principais. Na primeira, mais técnica, ele parte da conceituação da propriedade comum, para argumentar que seria impossível que a

⁸ Nome que Siva Vaidhyathan dá ao conceito, aceito em diferentes legislações de direitos autorais, segundo o qual *idéias* em si não são protegíveis, mas suas *expressões* materializadas são. A esse respeito, consultar, por exemplo, WHALE, 1972, p. 37 (apresentando o conceito na legislação inglesa); GANDELMAN, 1997, p. 36 (dando-o como um dos princípios fundamentais da legislação brasileira); e Saunders, 1992, pp. 109 (apontando o conceito em escritos de Fichte e Kant sobre a propriedade literária) e 213-4 (indicando-o como uma regra comum na história dos direitos autorais, mas chamando a atenção para o fato de que na prática a distinção entre idéias e expressões pode ser difícil).



propriedade tivesse como objeto uma coisa não material. Embora até hoje haja alguma controvérsia quanto a essa questão (havendo defesas recentes da idéia de direitos autorais como propriedade [KAMINA, spring 2001]), a opinião de Herculano é a mais aceita entre os juristas.

Na segunda, ele nega a naturalidade do direito autoral (seja como propriedade, seja de outra forma). Os autores não teriam uma diferença essencial em relação a outros cidadãos, que lhes justificasse o reconhecimento de um direito específico e apriorístico, natural.⁹ Recompensas especiais deveriam ser baseadas no reconhecimento, por parte da sociedade, da importância dos autores para a cultura; deveriam, portanto, realizar-se nas formas de privilégio ou lei de exceção.¹⁰ E Herculano faz uma crítica de fundo ético aos que defendem a propriedade literária: eles não o fariam buscando o reconhecimento de um verdadeiro direito natural, pois isto seria insustentável, mas por mera conveniência e corporativismo.

Pelo viés com influência econômica, há também duas linhas. Na primeira, o argumento parte novamente do conceito jurídico de propriedade, mas com ênfase na questão do *valor*. (Para tal, utiliza um conceito de valor ligado à economia política liberal: o valor gerado é diretamente proporcional ao trabalho aplicado.) Os elementos componentes das obras intelectuais (palavras, frases) possuiriam *utilidade*, mas não gerariam *valor de troca* — pois fazem parte do repertório humano, e são utilizáveis por todos. Entendo que essa linha de argumentação é falha, na medida em que ignora o valor gerado pelo trabalho de seleção e combinação desses elementos.

A segunda linha não é tão ligada ao conceito de propriedade, mas à distinção entre trabalho material e imaterial. Herculano argumenta que a propriedade literária remunera o trabalho imaterial com recompensas do âmbito material.

Para compreender melhor essa afirmação, é importante dar a devida atenção aos conceitos de trabalho material e imaterial em Herculano; abro aqui um parêntese para apresentar a minha leitura do argumento.

⁹ Vejo alguma contradição entre sua defesa da igualdade entre autores e outros cidadãos, aqui, e sua caracterização do trabalho imaterial, abordada logo adiante.

¹⁰ Segundo o dicionário Houaiss, lei de exceção é “a que extrapola a ordem jurídica, esp. com respeito aos direitos individuais, para atender a situações políticas anômalas”.

Normalmente, conceberíamos o trabalho material como o trabalho estritamente físico: no caso do autor, a escrita, e talvez os esforços físicos necessários para pesquisas ou atividade do gênero; e o trabalho imaterial, conceberíamos como todo o trabalho intelectual.

A distinção de Herculano *não* é essa. Para ele, o trabalho material é o trabalho sensível, visível. Nessa concepção, não só a escrita (como atividade física), mas também o burilar do texto, a escolha das palavras — que à primeira vista enquadraríamos como trabalho imaterial — são trabalho material. O trabalho imaterial seria o trabalho sublime, não perceptível: a inspiração, o gênio — os esforços que “trazem à terra as centelhas da infinita ciência, da imensa sabedoria de Deus” [REBELLO, p. 78, grifos meus].

Voltemos, então, ao argumento. Para Herculano, apenas esse trabalho imaterial diferenciaria os autores dos outros profissionais; logo, a propriedade literária remuneraria materialmente os esforços imateriais. Ele acredita que o trabalho material deve ser remunerado pelo mercado, em dinheiro, mas que o trabalho imaterial deve ser recompensado pela sociedade, na forma da glória, das estimas, da opinião pública.

O arrazoado parece-me coerente; entretanto, está baseado num conceito de trabalho imaterial que é idealista e romântico. Esse conceito acaba por caracterizar o autor como um iluminado, um escolhido, que é mais objeto do que sujeito do tal esforço imaterial. Ressalto, fechando este parêntese, meu entendimento de que a visão de Herculano pode ser idealista, mas no entanto ele não faz confusão entre a obra física e a intelectual (a despeito do que afirmou, por exemplo, REBELLO — que compilou os textos da polêmica em obra fundamental, embora de visão diversa da deste artigo); isso está comprovado ainda em outros momentos de sua argumentação.

Ao lado da recusa à propriedade literária vista como *conceito*, há um outro tipo de argumentação negativa, que está em segundo plano, relativamente aos argumentos apresentados até agora. Menos técnico, esse outro tipo de argumentação aborda as conseqüências que a implantação do sistema de propriedade literária provocaria.

Ele menciona duas conseqüências. A primeira é a vantagem que teriam nesse sistema os autores com livros de grande vendagem, mas não necessariamente de qualidade — os autores de obras importantes, diz Herculano, continuariam na penúria. O argumento baseado nessa conseqüência foi e continua sendo criticado [Lajolo & Zilberman, 2001; Rebello, 1999]. Um dos motivos é que ele parte do princípio de que é possível distinguir com clareza e



precisão quais são as obras úteis e as inúteis, as boas e as más, num julgamento supostamente universal.

A segunda conseqüência é a seguinte: o sistema de propriedade literária (ou de propriedade intelectual, pois o raciocínio é estendido também aos inventos) levaria à diminuição ou interrupção do “progresso da civilização”. Isso pois, segundo ele, não seria possível fazer aperfeiçoamentos de obras intelectuais sem copiá-las, ainda que parcialmente; e não se poderia avançar intelectualmente sem que houvesse o recurso às obras anteriores, para melhorá-las, ou para produzir a partir delas.

Esse último argumento parece-me o mais forte entre os apresentados, talvez por escapar a querelas conceituais ou técnicas — embora provavelmente não fosse dos mais relevantes para Herculano, já que no primeiro texto da polêmica com Garrett ele é apenas mencionado (sem demonstração), e no segundo ele surge a reboque do comentário que Herculano faz a outro autor.

Argumentação positiva (proposições)

A argumentação positiva de Herculano é bastante propositiva. Ele faz três sugestões, mas que podem ser reduzidas a duas. A principal é a de um sistema de recompensas públicas, para recompensar e financiar os autores, evitando que deixassem de escrever. O sistema também deveria separar os escritores de livros inúteis e úteis, para auxiliar apenas estes. A idéia é baseada na argumentação negativa similar (a de que a propriedade literária só beneficiaria os autores de livros fúteis), e padece dos mesmos problemas: a dificuldade em determinar o que é joio e o que é trigo, e o alto potencial de censura e cooptação.

Herculano faz essa proposta, mas posteriormente (no terceiro e último de seus textos analisados) admite que é inexecutável — apenas para propô-la novamente, com a diferença de que o sistema deveria abranger diversos países, para tentar evitar “julgamentos apaixonados”.

O princípio é o mesmo, e acredito que as críticas continuem sendo aplicáveis. A terceira proposição, na qual ele insiste um pouco menos, é a de que obras literárias deveriam ser protegidas da mesma maneira que eram protegidos os inventos: por lei de exceção, privilégio. Sua proposta baseia-se na concepção de que o privilégio é a maneira mais



adequada para legislar sobre direitos autorais (já mencionada na argumentação negativa), e na necessidade de igualdade civil entre inventores e autores.

VAIDHYANATHAN

Tomando novamente por referência a sistematização de GELLER, poderíamos dizer que Vaidhyathan escreve seus textos quando o mundo já está claramente inserido no período do “copyright global” — se é que já não se possa antever uma nova fase.

Nos EUA, a transição entre o “copyright clássico” e o “copyright global” terá características particulares. Primeiro, porque os direitos morais, valorizados nesse momento, nunca foram reconhecidos estatutariamente nos EUA, pois ali vigora a concepção de direitos autorais denominada de copyright. Segundo, porque no século XX os EUA se transformarão em exportadores de bens intelectuais — até então, o país era essencialmente importador.

O contexto de Vaidhyathan é, portanto, contraditório: em termos mercadológicos, os EUA encarnam perfeitamente o período de “copyright global”; mas no âmbito legal, as raízes constitucionais estão mais ligadas ao “copyright clássico”.

A maior parte do livro analisado é composta por interpretações de diversos acontecimentos e aspectos da sociedade americana — desde a formação republicana dos EUA até os últimos anos do século XX. Essas interpretações são relacionadas ao tema dos direitos autorais e pontuadas com as críticas e defesas de posições do autor. Raramente ocorre a defesa de posições absolutas: na maioria dos casos, ele utiliza essas referências históricas como exemplos ou argumentos adicionais para fundamentar suas críticas e propostas.

Argumentação positiva (proposições e defesas)

O ponto central da argumentação de Vaidhyathan é a defesa de um modelo de direitos autorais. Esse modelo é baseado principalmente na Constituição dos EUA e no pensamento dos *founding fathers*,¹¹ e tem as seguintes características: funciona como uma “barganha utilitária” — um mecanismo do Estado para incentivar a produção intelectual, sem porém limitar excessivamente o acesso a essa produção por parte da sociedade; a proteção

¹¹ Os delegados presentes à convenção em que se concebeu a Constituição dos EUA, em 1787.



deve ser “leve” (para possibilitar maior variedade de produtos culturais); deve buscar equilíbrio entre os interesses públicos e privados — os interesses de artistas, publicadores e da população em geral.

Nesse modelo, os direitos autorais não são uma recompensa aos autores, o reconhecimento de um direito natural ou a retribuição a um investimento: eles são apenas uma maneira de incentivar a realização de obras intelectuais que, sem incentivo, talvez não fossem realizadas. Esse incentivo (um privilégio) toma a forma de um monopólio artificial e limitado.

A defesa é baseada em três elementos: o primeiro é a interpretação histórica de que o modelo constitucional de copyright foi decisivo para o desenvolvimento da cultura estadunidense. O segundo é a concepção de que a *esfera pública* é essencial para o funcionamento de uma democracia — pois ela depende da liberdade dos cidadãos para utilizar e debater obras intelectuais e informações no espaço público. O terceiro é o princípio, subjacente, de que é dever do Estado estimular as artes e a ciência.

Note-se que, embora ele proponha um modelo para um objeto de natureza *legal* (um sistema de direitos autorais), as suas características e justificativas são de natureza *política* ou *social*. Esse é um elemento que percorre quase toda a argumentação (positiva ou negativa): embora trate de fenômenos e exemplos jurídicos, ele os aborda por um viés político, social ou cultural.

Outro ponto importante de sua argumentação é a defesa daquilo que ele chama de dicotomia *idéia / expressão*. Segundo esse conceito, devem ter direito à proteção do copyright *expressões* específicas, mas não as *idéias*, fatos ou informações subjacentes a essas expressões. Admite que a dicotomia pode apresentar algumas dificuldades de aplicação — mas isso não impossibilitaria seu uso; ele cita o exemplo da abordagem do juiz Learned Hand como uma boa solução prática. Hand considerava que uma *idéia* particular não deve ser protegida, mas um padrão, um esquema de *idéias* torna-se uma expressão, e portanto merece proteção [VAIDHYANATHAN, p. 110]. Para Vaidhyathan, a dicotomia é a espinha dorsal do equilíbrio dos interesses nos direitos autorais; um dos fundamentos para esse princípio é a *idéia* de que se houvesse monopólio sobre o uso das *idéias*, o debate público deixaria de existir.

Há também uma linha de argumentação mais intimamente relacionada à arte e a cultura. Por esse viés, ele defende a importância cultural dos usos não autorizados e/ou

transgressivos, como a paródia e a *sampleagem*. (Em relação à *sampleagem*, ele argumenta que ela não deve ser encarada como mera reprodução: quando engenhosa, ela gera uma nova expressão, pois recriaria os elementos de outras obras ao alterar suas funções e contextos.) Para ele, esse tipo de uso deve ser encarado de maneira similar à crítica artística. Ele também defende o *copyleft*,¹² como um fenômeno que teria provocado questionamentos em relação à função do *copyright* e de suas limitações.

O que está em jogo nesse e em outros argumentos é a defesa do *fair use*, que para ele não é apenas um mal necessário, mas um fundamento do *copyright* balanceado. A crítica e os usos transgressivos seriam estímulos importantes para a produção intelectual.

E por fim, ele também tem posicionamentos em relação ao próprio debate dos direitos autorais. São dois; o primeiro é a crença de que é necessário valorizar aspectos mais práticos e políticos da discussão, em detrimento de aspectos mais teóricos. Vaidhyanathan entende que a discussão teórica é interessante, mas não tão premente quanto a discussão prática. Para superar uma dificuldade específica detectada pela discussão teórica (a definição romântica de autoria), ele sugere que conceituemos o *autor* de maneira mais ampla, como um *produtor*.

Ainda em relação à definição romântica de autoria, Vaidhyanathan faz um argumento que não é propriamente uma defesa, mas uma interpretação histórica: a legalização da “autoria corporativa” teria decretado o fim dessa definição romântica; desde então não seria mais possível mistificar o autor.

Faço duas ressalvas a essa passagem de sua argumentação. Não acredito que nesse momento estivesse em processo a criação da “autoria corporativa”, mas sim de uma “titularidade corporativa”. Além disso, ele reconhece que essa nova “autoria” tem um papel importante nas mudanças em direitos autorais (foi só a partir dela que empresas teriam passado de “pobres em *copyright*” para “ricas em *copyright*”), mas não incorpora esse elemento na sua argumentação geral: a “titularidade corporativa” não é mencionada em nenhum outro trecho do livro.

Argumentação negativa (críticas)

¹² A respeito desse conceito, ver <http://www.gnu.org/licenses/licenses.html#WhatIsCopyleft>

As críticas de Vaidhyanathan concentram-se nas mudanças em leis e na prática de direitos autorais nos EUA, principalmente durante a segunda metade do século XX. Essas mudanças seriam contrárias à definição do copyright na Constituição — e, portanto, contrárias ao modelo de direitos autorais que ele propõe. De maneira geral, ele critica mudanças relacionadas a três aspectos: a visão dos direitos autorais como propriedade, e não monopólio; à visão dos direitos autorais como direitos naturais, e não privilégios; a expansão irrefletida dos direitos autorais.

O primeiro aspecto é bastante mencionado no texto. O autor critica o uso da propriedade como metáfora para os direitos autorais; afirma ainda que, aos poucos, essa metáfora teria saído do discurso comum e passado às leis.

O segundo aspecto reflete-se em uma recusa aos sistemas europeus de direitos autorais; principalmente à idéia de direitos morais. Vaidhyanathan parece-me coerente quando ele critica especificamente o direito de integridade: seria uma possibilidade de restrição aos usos de obras, e que dependeria apenas da vontade do autor. Mas ele generaliza sua crítica a todos os direitos morais. Ele não leva em conta outros motivos para esses direitos, como a valorização do artista em relação aos publicadores; e também não explica o que haveria de errado com determinados deles, como o direito à paternidade.

Com relação ao último aspecto, a expansão do copyright, ele se baseia no pensamento dos *founding fathers* para fazer uma argumentação de fundo filosófico e econômico. Toma como premissa a seguinte concepção: idéias não são sujeitas a escassez natural; o monopólio oferecido pelo copyright é uma maneira artificial de provocar essa escassez. O que se estaria buscando, com a ampliação da proteção, seria aumentar essa escassez, e conseqüentemente aumentar o valor dos produtos monopolizados.

Ele continua essa crítica com argumentos históricos: a expansão não seria fruto da discussão pública, mas dos interesses privados. Os EUA teriam passado de importador a exportador de bens intelectuais; dessa forma, o aumento da proteção interessaria a determinados setores econômicos do país. Empresas (exemplos são a indústria cinematográfica e a Microsoft) teriam se aproveitado dessa transição — cresceram aproveitando as proteções leves a obras de terceiros, e quando grandes passaram a receber alta proteção para suas próprias obras; compra-se na baixa, vende-se na alta. Os direitos autorais seriam utilizados como ferramenta de protecionismo; isso estaria cristalizado em tratados e

leis recentes, como os tratados da Organização Mundial da Propriedade Intelectual e o Digital Millennium Copyright Act (lei dos EUA, de 1988) — que possibilitariam proteção com duração virtualmente infinita.

Vaidhyanathan apresenta ainda outros argumentos contrários às mudanças relativas aos direitos autorais, mas não tão relacionados com a definição constitucional de copyright. Um deles é a crítica à erosão da dicotomia idéia / expressão. Essa erosão estaria ocorrendo menos nas leis, e mais na prática (contratos, senso comum etc.): ele cita como exemplos a transposição do copyright para o cinema; a adoção do critério de “total concept and feel” para proteção; e a proteção às informações contidas em bancos de dados. Esta última, ele considera como um novo tipo de mercantilismo.

Outro argumento desse tipo é a crítica à utilização da tecnologia e dos contratos para suplantarem a necessidade de proteção legal. Ele afirma que isso vem se tornando uma realidade nos últimos tempos, em parte graças a leis como o DMCA — que possibilitam que contratos, criptografia e sistemas eletrônicos de proteção restrinjam ou eliminem as limitações do copyright (como o *fair use*, a *first sale doctrine* etc.). Subjaz a este argumento uma crítica política: a valorização do privado (o contrato, a ferramenta tecnológica) em detrimento do público (a lei).

Há ainda outro argumento relacionado à tecnologia: seu potencial de democratização teria sido invertido; estaria sendo usada para restringir, e não aumentar o acesso à produção intelectual. Essa democratização viria, por exemplo, da indistinção entre produtores e consumidores de bens culturais; e fenômenos como os programas de compartilhamento de arquivos seriam resposta da sociedade à inversão desse potencial.

Tenho ressalvas com relação a essa passagem do raciocínio de Vaidhyanathan. Ao contrário do que ele dá a entender em certos momentos, acredito que a indistinção entre produtores e consumidores não é ampla nem automática, e que a tecnologia não é um instrumento de democratização *per se*. Também não me arriscaria a identificar nos programas ponto-a-ponto uma resposta da *sociedade*, embora isso ocorra em casos individuais.

Um último tipo de argumentos é relacionado à mundialização dos direitos autorais. Vaidhyanathan argumenta que organizações não eleitas e multilaterais como a OMPI teriam muito peso nas decisões relativas a direitos autorais; suplantariam instâncias nacionais de discussão. O DMCA seria um exemplo disso: para cumprir tratados internacionais, ele



contraria a filosofia constitucional de copyright. Com relação a esse argumento, questiono apenas se esses tratados não servem apenas como pretexto para que os EUA ampliem a proteção ao copyright; por essa visão, o poder da OMPI talvez não seja tão decisivo. Essa ressalva não contraria o raciocínio geral de Vaidhyathan, pois ele já havia identificado o interesse estadunidense por essa ampliação, com fins de protecionismo.

CONCLUSÃO: COMPARAÇÃO

Ambos os autores fazem críticas parciais aos direitos autorais — Vaidhyathan critica mudanças e expansão do copyright estadunidense; Herculano critica especificamente o modelo de *propriedade* literária.

De maneira geral, o viés predominante na argumentação de Herculano é o jurídico; em Vaidhyathan, o histórico e o político-social. Além disso, Herculano centra-se em questões mais “técnicas”, específicas ao Direito ou à Economia; Vaidhyathan chega a abordar questões estéticas e antropológicas. Mas há alguns pontos significativos de convergência na argumentação: a defesa dos direitos autorais vistos como privilégio, e não como direitos naturais; a crítica à proteção baseada na conveniência e em interesses comerciais, e não no interesse público; a crítica à fundamentação econômica para os direitos autorais (o investimento justificando proteção); a crítica à visão dos direitos autorais como propriedade.

Essa última convergência atinge o seu ápice na argumentação de que o conceito de propriedade intelectual, levado a cabo, empobreceria a produção intelectual. Mas no restante, a crítica à idéia de propriedade em direitos autorais tem razões diferentes em ambos:

1. Herculano parece motivado por um purismo quanto ao conceito liberal de propriedade — já Vaidhyathan critica essa própria conceituação, remetendo indiretamente à necessidade de uma *função social* da propriedade (necessidade que ele já enxerga no caso dos direitos autorais).
2. Herculano não faz referência aos chamados direitos morais do autor; Vaidhyathan faz a eles críticas duras.



Ambos os textos fazem defesas do “plágio criativo” — a reutilização de obras alheias para criar novas obras, buscando melhorias ou questionamentos. Mas Vaidhyanathan vai além, e defende a importância de certos usos transgressivos.

Em Vaidhyanathan, a dicotomia idéia / expressão é um pilar para o equilíbrio dos direitos autorais; Herculano só recorre a ela indiretamente, na tentativa de demonstrar que a propriedade sobre bens imateriais é ilógica.

As propostas de ambos são diferentes. As de Vaidhyanathan são baseadas em um modelo de direitos autorais já existente, o copyright estadunidense (tal como definido na Constituição). As de Herculano são sistemas de recompensas públicas.

Os pontos que considero falhos nas argumentações também são diferentes. Em Herculano, entendo que há idealismo em sua concepção do trabalho imaterial, e romantismo em sua concepção do autor; além disso, sua proposta de recompensas públicas é dificilmente praticável, por também ser idealista e romântica. Em Vaidhyanathan, creio que a crítica aos direitos morais é muito generalizada, e ele subestima o papel da “titularidade corporativa” em suas argumentações.

Por outro lado, os pontos que me parecem especialmente sólidos em suas argumentações são similares — e de atualidade surpreendente. Por exemplo, a crítica à proteção baseada em conveniência ou interesses comerciais; a crítica à idéia de direitos autorais como propriedade, e a justificativa de que empobreceria a produção cultural. Os textos analisados servem como indicadores da presença desses dois aspectos na história dos direitos autorais — tanto em seus primórdios, como em suas mudanças mais recentes. Além disso, parece-me extremamente convincente a defesa que os dois autores fazem do interesse público em detrimento do privado, nas discussões sobre direitos autorais. Acredito que, de alguma forma, eles conseguem alertar-nos contra o risco de que tais concepções façam com que os direitos autorais sirvam cada vez mais aos interesses das empresas, e cada vez menos aos cidadãos e Estados.



BIBLIOGRAFIA

- BENJAMIN, Walter. “A obra de arte na era de sua reprodutibilidade técnica (primeira versão)”. Em Benjamin, Walter. *Magia e técnica, arte e política — Ensaios sobre literatura e história da cultura*. 3ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1987 [1935/1936], vol. 1, pp. 165-96.
- GANDELMAN, Henrique. *De Gutenberg à Internet: direitos autorais na era digital*. Rio de Janeiro: Record; 1997.
- GELLER, Paul Edward. “Copyright history and the future: What's culture got to do with it?”. In: *Journal of the Copyright Society of the USA*, 47 (2000): 209-64.
- HERCULANO, Alexandre. *Opúsculos: tomo 2, questões públicas*. 2a. ed. Lisboa: Viúva Bertrand; 1880.
- KAMINA, Pascal. “Author's right as property: Old and new theories”. In: *Journal of the Copyright Society of the USA*, 48 (2001): 383-448.
- LAJOLO, Marisa & ZILBERMAN, Regina. *O preço da leitura: leis e números por detrás das letras*. São Paulo: Ática; 2001. 200 pp. (Temas; 76).
- REBELLO, Luiz Francisco (ed.). *Garrett, Herculano e a propriedade literária*. Dom Quixote & Sociedade Portuguesa de Autores; 1999. 149 pp. (Témis; 13).
- SAUNDERS, David. *Authorship and copyright*. London, New York: Routledge; 1992.
- VAIDHYANATHAN, Siva. *Copyrights and copywrongs: the rise of intellectual property and how it threatens creativity*. New York: New York University; 2001.
- WHALE, Royce F. *Copyright — Evolution, theory and practice*. Totowa: Rowman and Littlefield, 1972.