

Domínio público e Direito de Autor

Do requisito da originalidade como contribuição reflexivo-transformadora¹

Karin Grau-Kuntz *

Resumo: Neste estudo o exame da originalidade, elemento essencial para a determinação de incidência de proteção autoral, é deslocado da perspectiva individual tradicional para ser procedido a partir da consideração da obra intelectual como um fenômeno simbólico e, assim, intrinsecamente vinculado à noção de “domínio público”. Lançando mão de teorias sociológicas e estéticas o estudo culmina com a proposição de balizas para a verificação do elemento da originalidade nas criações intelectuais.

Palavras Chaves: direito de autor, domínio público, originalidade, teorias estéticas.

***Abstract:** This study attempts to view the examination of originality - a crucial element in determining the scope of authors' rights - in a different light. We depart from the traditional individualist perspective to consider intellectual work as a symbolic phenomenon, intrinsically bound, as such, to the notion of "public domain". Borrowing from sociological and aesthetic theories, we conclude by proposing a set of guidelines, which we hope to better assist the verification of originality in intellectual works*

***Keywords:** copyright, public domain, originality, aesthetic theories.*

Sumário: I. Introdução; II. “Domínio público” e método de análise; III. A natureza do direito patrimonial e a liberdade natural das criações intelectuais; IV. Informação, conhecimento e cultura; V. Ainda, conhecimento e cultura; VI. O processo criativo como forma de reflexão, a criatividade e a individualidade; VII. Contribuição, contributo mínimo ou, ainda melhor, contribuição reflexivo-transformadora; VIII. Sobre a teoria da unicidade estatística; IX. Balizas propostas para a verificação

¹ Esta é uma versão revista e modificada de trabalho publicado no livro *A Propriedade Intelectual e a Internet*, Juruá (2011), organizado pelo Prof. Marcos Wachowicz.

* IBPI, Doutora e mestre em Direito pela Ludwig-Maximilian-Universität (LMU) de Munique.

do elemento originalidade nas obras intelectuais; X. Aplicação prática das balizas; XI. Sobre a proteção de investimento ou, ainda, sobre hipertrofia do direito patrimonial de autor.

I. Introdução

O direito de autor “*transformou-se, em curto espaço de tempo, de forma violenta*”, conforme ressalta Hilty,² acrescentando, em uma alusão às flores, que, até há pouco tempo, era considerado a “*orquídea*” da propriedade intelectual,³ e hoje, ao contrário, tem sido pauta comum de infundáveis discussões. Mas, apesar disso, há inúmeras dificuldades de compreensão do instituto jurídico, o que cria uma situação de paradoxo.⁴

Pensando e escrevendo sobre esse paradoxo, tema de discussão atual, tanto no Brasil quanto na Alemanha, ambos “países-palco” de minhas atividades acadêmicas,⁵ devo admitir ter experimentado certa dificuldade em explicar determinados conceitos que antes julgava ter claros em minha mente. E a experiência vem ensinando que a dificuldade na explicação de conceitos é indício de dificuldade na compreensão dos fatos. Por esta razão, o tema Direito de Autor passou a ser objeto constante de minhas leituras e discussões nos últimos tempos.

Durante uma dessas discussões, chamou-me especial atenção o comentário do antropólogo Marcos Alves de Souza, a quem dedico o estudo em tela, ao observar que, sob a perspectiva antropológica, a criação intelectual é um constructo coletivo; não há aí *creatio ex nihilo*, isto é, ninguém cria do nada.

² HILTY, Reto M. Sündenbock Urheberrecht?, in OHLY/KLIPPEL (Org.). *Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit*, Tübingen: Mohr Siebeck (2007), pág. 107.

³ A cultura de orquídeas foi, durante muito tempo, uma atividade bastante exclusiva. Daí a razão da analogia de HILTY.

⁴ Exemplar aqui a discussão em relação ao ACTA – o *Anti-Counterfeiting Trade Agreement*. Enquanto um inquérito realizado pelo Parlamento Europeu indica que 70% dos jovens europeus repudiam a aplicação de normas autorais severas na Internet, os amigos de meus filhos, jovens europeus e adeptos da posição mencionada, insistem, com base em um vídeo dos *Anonymous* postado no Youtube, que com o ACTA o ato de reproduzir para o namorado uma receita de bolo aprendida durante uma aula de culinária seria proibido. Aqui bem expresso o paradoxo. Apesar de em nada simpatizar com o ACTA, receita de bolo geralmente não será objeto de direito de autor, e cópia privada não é e nunca foi proibida, mesmo porque tal proibição não só invadiria o âmbito privado do usuário, seara juridicamente protegida, como ainda o controle deste tipo de reprodução seria impraticável. Com relação ao inquérito do Parlamento Europeu vide <http://www.publico.pt/Tecnologia/70-dos-jovens-europeus-contraleis-de-direitos-de-autor-mais-severas-na-internet--1537510>.

⁵ Vide os trabalhos coletivos publicados na plataforma digital do Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual – IBPI <http://www.ibpi.org.br> relacionados com as reformas das leis autorais em ambos os países.

A escolha da perspectiva sob a qual observamos o objeto de um estudo é determinante para o resultado. Em outras palavras, aquilo que determinamos depende da perspectiva que escolhemos. Não raro, uma vez compreendido um objeto sob determinada perspectiva, o observador mantém-se fixado no seu resultado e, por conseguinte, esquiva-se de considerar como esse mesmo objeto poderia ser compreendido à luz de uma perspectiva distinta.⁶

O estudo presente vem pautado pela mudança de perspectiva: ao invés de partir do Direito de Autor para o chamado domínio público, como vinha fazendo até então, mesmo que de forma inconsciente, nas ocasiões em que me propunha a pensar sobre a disciplina jurídica, parto do domínio público para, então, através da lente da regra da liberdade, situar e analisar uma exceção, o Direito de Autor.⁷

II. “Domínio público” e método de análise

Este tópico pede que, de plano, seja ressaltada a inadequação da expressão “domínio público”. Conforme será demonstrado no decorrer deste ensaio, o “domínio público”, em relação às obras intelectuais, não representa “domínio” algum, mas antes, e seguindo a lição de ASCENSÃO, nada mais é do que uma liberdade coletiva.⁸ Nesse sentido, o ideal seria adotar outra expressão para descrever esta liberdade coletiva. Temo, contudo, tendo em vista a complexidade do tema que aqui proponho tratar, que o desvio na adoção de outra expressão gere uma confusão desnecessária. Assim, a

⁶ Para ilustrar esta afirmação, sugiro aqui ao leitor levar uma xícara às suas mãos e, ao invés de observá-la de cima para baixo, como de costume, fazê-lo de baixo para cima. Com a mudança de perspectiva, a xícara ganhará uma nova e diferente dimensão.

⁷ O caminho que aqui persigo, apesar de revolucionário sob uma perspectiva pessoal, nada tem de original. Lembro aqui de um – entre vários outros – artigo do Professor José de Oliveira Ascensão, construído em cima da máxima de que a regra é a liberdade, enquanto a exclusividade a exceção. Especificamente: “Mas se a liberdade é o princípio geral, a criação de exclusivos é exceção a essa liberdade.” ASCENSÃO, José de Oliveira, *A pretensa Propriedade Intelectual*, in Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 20, págs. 243, Julho de 2007. Ainda, em outro trabalho: “Pelo contrário: o direito exclusivo é uma exceção à liberdade natural. E como exceção, está rigorosamente dependente da sua justificação. Não pode ultrapassar em nada os fins que a justificam, porque caso contrário o benefício privado se faria à custa da liberdade social. O `alto nível de proteção´ do direito intelectual, incessantemente proclamado nos foros internacionais e repetido pelos interessados internos, não é uma evidência e nem uma via de sentido único. A proteção tem a sua medida rigorosamente demarcada pelos fins que a justificam. Inversamente, o domínio público não é nem exceção nem resto. É a situação normal, mais, o objetivo para que se tende, para que o espaço de diálogo social e de liberdade de acesso a cultura não sofram entraves desnecessários. Por isso, esta liberdade natural não pode ser restringida sem razão ponderosa que o justifique.” ASCENSÃO, José de Oliveira, *A questão do domínio público. Estudos de Direito de Autor e Interesse Público – Anais do II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público*, Fundação Boiteaux (2008), em http://www.direitoautoral.ufsc.br/arquivos/anais_na_integra.pdf.

⁸ Vide nota supra e ainda ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2ª ed. Renovar (1997), pág. 79.

despeito de sua imprecisão e inadequação, optei por manter a expressão, utilizando-a destacada entre aspas.

A expressão “domínio público” é comumente empregada em contraposição à expressão “direito de autor”. Esgotado o prazo de proteção, a obra protegida, diz-se, entra no “domínio público”. Assim compreendido, o “domínio público” estaria para o direito de autor em uma relação de oposição, o que, por sua vez, pressupõe antagonismo de conteúdo. Aquilo que caracteriza a obra intelectual seria, então, diametralmente oposto ao que caracteriza o “domínio público”.⁹

Este raciocínio perderá todo o sentido no momento em que for considerada a premissa de que não há *creatio ex nihilo* (criação do nada). Esta visão exige que passemos a compreender a obra intelectual como um produto cultural, i.e., não mais em relação de oposição com o “domínio público”, mas em interação com ele.¹⁰ E é a partir dessa perspectiva que me lançarei, a seguir, na esfera do Direito de Autor.

III. A natureza do direito patrimonial¹¹ e a liberdade natural das criações intelectuais

1. Início o item tratando das *prerrogativas patrimoniais* do autor. Assim o faço na trilha da técnica legislativa brasileira, que adota, em relação ao Direito de Autor, posição *dualista*.

Explico a posição dualista e, em relação de oposição a ela a posição monista, em linhas gerais, pela adoção de uma das seguintes perspectivas: a proteção jurídica repousa no *ato criativo de alguém não desvinculado de seus efeitos exteriores* (posição monista), ou considera o *ato criativo e os efeitos exteriores do ato criativo como fenômenos distintos* (posição dualista).

⁹ De forma esquemática: criação intelectual protegida = “domínio privado” (liberdade individual); criação intelectual não protegida = “domínio público” (liberdade coletiva); a expressão criação intelectual protegida é empregada em contraposição à criação intelectual não protegida, da mesma forma que a liberdade individual é empregada em contraposição à liberdade coletiva.

¹⁰ Nas palavras de José de Oliveira Ascensão: “O domínio público não se justifica por ser o cemitério das obras que perderam interesse. Muito pelo contrário. O domínio público é a situação normal da obra intelectual. É o espaço de diálogo social livre. Traduz que a obra, que só em comunidade foi produzida, tem o seu destino natural na disponibilização ao uso por essa comunidade. Entendido assim, não é o domínio público que terá de se justificar: é, pelo contrário, o exclusivo, como exceção a essa comunicação livre em comunidade, que tem de demonstrar a sua fundamentação” (*grifo meu*), ASCENSÃO, ob.cit. (*A questão do domínio público*).

¹¹ Não faz muito tempo, ouvi um aluno afirmar não saber qual a importância de determinação da natureza jurídica dos direitos. Cabe esclarecer: determinar a natureza jurídica de um direito é determinar, por meio da aplicação de um instrumental jurídico-metodológico pré determinado, o seu conteúdo. De maneira simplificada, trata-se de definir sobre o que se fala. O sucesso da aplicação prática do direito, por óbvio, depende de determinação de seu conteúdo. No que toca a última afirmação, vide ASCENSÃO, ob. cit. (*A pretensa Propriedade Intelectual*): “O conhecimento científico dos direitos intelectuais, que é um pressuposto de adequada aplicação prática destes, passa necessariamente pela determinação da natureza jurídica que revestem”.

Ato criativo reporta a uma *ação criativa de alguém*. Daí, como demonstrarei a seguir, diz-se que as prerrogativas morais do autor se justificariam como um prolongamento da pessoa (ou da personalidade) do sujeito do ato criativo. Por sua vez, os *efeitos* do comportamento criativo de alguém em relação ao mundo exterior não estão contidos no ato criativo em si considerado, mas sim em sua interação com o mundo exterior.

Como consequência da posição teórica adotada, nos países monistas entende-se ver as prerrogativas morais (pessoais) e patrimoniais do autor reunidas sob um denominador comum e, por consequência, a cessão de direitos não será permitida. Ao contrário, nos países onde as prerrogativas patrimoniais e morais (pessoais) do autor são consideradas como fenômenos jurídicos independentes (dualistas), a cessão dos direitos patrimoniais de autor é permitida.

O valor desta distinção ultrapassa a relevância acadêmica – o que justifica a estrutura que aqui adoto, ao analisar as prerrogativas patrimoniais e morais destacadamente – repercutindo também na prática. Neste sentido, enquanto a estrutura da teoria monista dificultará a consideração do Direito de Autor sob uma perspectiva concorrencial, enfoque que ganha relevância na sociedade de informação,¹² a consideração do *ato criativo não desvinculado de seus efeitos exteriores* limita naturalmente – pelo menos teoricamente – o poder da indústria especializada na exploração dos direitos de autores. Na contramão, considerando as prerrogativas patrimoniais e morais (pessoais) como fenômenos independentes entre si, a posição dualista facilitará a consideração do Direito de Autor sob uma perspectiva concorrencial, enquanto por outra banda, permitindo a cessão, fomentará o poder da indústria de direitos de autor.

Procedida a distinção é importante alertar para a tendência, especialmente manifestada no decorrer das discussões que envolveram (e ainda envolvem) o processo de reforma da Lei de Direito de Autor no Brasil, de se argumentar vinculando a proteção patrimonial ao ato criativo, quando se quer evitar a aplicação de regras concorrenciais ao Direito de Autor ou, especificamente, no que tange as prerrogativas patrimoniais e, ao mesmo tempo, no momento em que se trata de defender a liberdade do autor em ceder amplamente suas prerrogativas patrimoniais – aqui não está em tela a defesa dos interesses do autor, mas antes dos da indústria especializada na exploração destes direitos – de mudança de perspectiva. A crítica não tem suas razões em divergências teóricas, estas são inevitáveis

¹² Vide sobre o tema GRAU-KUNTZ, Karin, *A interface da propriedade intelectual com o direito antitruste*, in <http://www.ibpibrasil.org/40693/64901.html>.

e altamente positivas – no âmbito teórico não há “certo” ou “errado”, mas apenas proposições¹³ – mas na falta de coerência na estrutura da argumentação.

2. Seguindo na tarefa de determinação da natureza jurídica do direito patrimonial de autor é necessário, antes de mais, tecer algumas considerações sobre definições e seus tipos.

QUANTE¹⁴, esquematizando a lição de MOORE¹⁵, chama a atenção à dificuldade de definição de termos, posto a tarefa implicar em resultados ambíguos. Neste sentido indica três tipos de definições:

- a) a definição nominal, no sentido de definição aleatória;
- b) a definição usual, determinada pelo uso corriqueiro do objeto linguístico a definir;
- c) a definição real, no sentido de análise e redução do objeto denominado pelo conceito que se pretende definir.

A definição nominal implica em uma convenção no âmbito de um determinado grupo. Assim, um autor pode determinar definir um direito exclusivo como propriedade, destacando empregar o termo vinculado a um conteúdo distinto daquele ao qual reporta a expressão usualmente. O artifício de convencionar um significado determinado a um termo é comum em trabalhos científicos, quando há dificuldades conceituais, como, por exemplo, ambiguidade.

A definição usual, por sua vez, reporta a termos que definem outro termo. Exemplo clássico aqui são as definições oferecidas por dicionários. O conteúdo deste tipo de definição reflete a forma como os membros de um grupo social determinado empregam usualmente o termo a ser definido.

A definição real, em oposição a definição usual, não se deixa caracterizar apenas pelas expressões linguísticas que explicam o termo a ser definido, mas vai ainda além, sendo marcada pela consideração do *objeto linguístico* designado pelo termo.

¹³ Nessa linha distingue-se o discurso de advogado, cujo fim é persuadir, do discurso teórico, que visa a proposição de uma solução ou teoria, sem a pretensão de elegê-la como a única possível ou a única correta.

¹⁴ QUANTE, Michael. *Einführung in die Allgemeine Ethik*, 4ª edição, WBG (2011), pág. 25 ss.

¹⁵ MOORE, George Edward. *Principia Ethica*. Reclam (1996), pág. 35 ss.

A natureza do objeto sobre o qual recai o direito exclusivo em análise é, como bem sabido, ubíqua, o que implica não ser ele passível de apropriação exclusiva.¹⁶ Por sua vez, a palavra “propriedade”, em sua acepção usual, geral, mesmo no que toca o âmbito técnico,¹⁷ reporta a termos que evocam não só o usar, gozar e fruir a (ou da) coisa apropriada, mas ainda a ideia de exclusividade, de exercício de poder físico (domínio) ou de poder de controle sobre ela (exclusão).

Se temos em conta que o objeto linguístico que se quer definir como propriedade – no caso a obra intelectual – não é passível de ser objeto de exclusividade, então a determinação do direito patrimonial de autor como propriedade só será possível no âmbito de *definição usual*, i.e. naquele onde o objeto de análise está centrado nos termos que usualmente são empregados na definição do objeto linguístico.

Se, porém, a intenção é fornecer a *definição real do objeto linguístico*, não se contentando com aquela meramente usual, então é imprescindível considerar o objeto em questão naquilo que ele é.

Como então definir obra intelectual como propriedade?

A dificuldade que aqui aponto, e que em uma perspectiva interdisciplinar vinculo a lição de MOORE, que originariamente está voltada a propor soluções a questões da Ética, é, apesar de inconsciente, corrente na literatura especializada em Direito Intelectual. Neste sentido, por exemplo, é comum a definição “propriedade *sui generis*”, o que corresponde a nada dizer, já que uma propriedade *sui generis* invoca um gênero de propriedade que não é propriedade, daí ser “*sui generis*”.¹⁸ Ainda, há autores, como BARBOSA,¹⁹ que, diante da dificuldade, lançam mão de *definição nominal*, i.e. convencionam que no escopo de seus trabalhos o termo *propriedade* estará sendo empregado de maneira pré-determinada.

¹⁶ Vide sobre o tema GRAU-KUNTZ, Karin, *O que é propriedade intelectual*, in <http://www.ibpibrasil.org/44072.html>.

¹⁷ Neste sentido ASCENSÃO, ob. cit. (*A pretensa propriedade intelectual*): “mesmo no plano jurídico, propriedade é ambíguo. É-o, desde logo, no ramo do direito das coisas. Mesmo aí, fala-se de propriedade, quer para designar o conjunto dos direitos reais, quer para designar um concreto direito real – o direito real máximo.”

¹⁸ Ainda nas palavras de ASCENSÃO, ob.cit. (*A pretensa propriedade intelectual*), “... mas dizer simplesmente que é *sui generis* é parar a meio caminho. É indispensável determinar em que categoria se situa o direito de autor, dentro das classes de direitos subjetivos que a ordem jurídica conhece”.

¹⁹ BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual*, Tomo I, Lúmen Juris (2010), pág. 79: “Em toda esta obra, utiliza-se a palavra ‘propriedade’ em sentido específico. Não se entenda, nunca, que se atribui, em qualquer texto deste livro, a noção genérica de propriedade do Código Civil a qualquer das variedades dos direitos sobre bens incorpóreos resultantes da produção intelectual”.

Quando proponho determinar a natureza do direito exclusivo, almejo oferecer ao leitor uma *definição real* do direito em questão, isto é, a definição a ser proposta deve ir além dos limites naturais de definições usuais, não perdendo de vista o objeto linguístico que se quer definir.

3. Partindo da natureza ubíqua dos bens intelectuais, as faculdades patrimoniais do direito de autor apenas garantem ao seu titular *prerrogativas negativas de controle de acesso à criação protegida*.²⁰ Além do âmbito dessas prerrogativas – meras prerrogativas de exclusão – a utilização da obra intelectual por terceiros sempre será livre, como já o era antes da intervenção do legislador no estado natural das coisas.²¹

Em miúdos, a liberdade de utilização se dá em razão da já mencionada natureza ubíqua (onipresente) da obra intelectual, que, ao contrário do que pode acontecer em relação aos bens materiais, torna impossível sua apropriação exclusiva.

Ainda, a utilização é livre porque qualquer contato do público com a obra intelectual pressupõe, necessariamente, a sua *incorporação intelectual* por parte daquele que dela toma conhecimento. Através da leitura de uma obra literária, por exemplo, o leitor necessariamente refletirá sobre seu conteúdo, interiorizando, assim, o que leu.²² Neste processo, resta evidente não ser possível encontrar no direito de autor qualquer situação jurídica passível de ser classificada como “apropriação”, “propriedade” ou “domínio”.²³

²⁰ Até então, eu vinha afirmando que o direito patrimonial de autor garantia prerrogativas de controle da exploração econômica da obra protegida. Neste ensaio, desenvolvo mais detalhadamente o conceito, estreitando-o, ao destacar que as prerrogativas patrimoniais de autor garantem um controle de acesso a obra. E que esse controle, por sua vez, é o que vai possibilitar a exploração econômica da obra.

²¹ Vide ASCENSÃO, ob. cit. (*A pretensa propriedade intelectual*): “O que seria a vertente ou conteúdo positivo destes direitos é afinal apenas manifestação da liberdade natural de utilização de idéias; mais genericamente, da utilização de coisas incorpóreas. Por isso, o direito intelectual não dá ao titular nada que ele não tivesse já: apenas, não estende até ele a proibição que atinge todos os outros.”

²² Vide aqui o pensamento de Johann Gottlieb FICHTE, *Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdruck*, 1791, publicado pela primeira vez em 1793, reprodução do original, sem fonte.

²³ Vide aqui ASCENSÃO, José de Oliveira, ainda na ob. cit. (*A pretensa propriedade intelectual*). Transcrevo o trecho não só para sustentar o raciocínio aqui desenvolvido, mas ainda para destacar outro aspecto que afeta o trato com a matéria. Pensando nele distingui em nota acima o discurso teórico do discurso de persuasão. De forma objetiva e direta afirma o Professor: “Como dissemos, a qualificação como propriedade é a dominante a nível mundial. Mas a nível mundial, o direito intelectual é objeto duma distorção que não deve ser silenciada. A maioria dos autores que se especializam nestas matérias mantêm vínculos profissionais com as entidades materialmente interessadas. São por exemplo advogados de grandes empresas de copyright, membros de associações representativas de titulares de direitos, juristas com ligação a agentes da propriedade industrial... Como tal, tendem a exacerbar o significado dos direitos intelectuais – e nada melhor para esse efeito que apresentá-los como propriedade. Os melhores conseguem manter a indispensável isenção científica, mas outros

ASCENSÃO vem há muito chamando atenção a este detalhe. Nesse sentido afirmou:

“Dissemos noutra lugar que os bens intelectuais não são bens que possam constituir objeto de propriedade. Eles podem naturalmente ser desfrutados por todos sem perda nem alteração de natureza. É a lei que os rarifica artificialmente para criar um exclusivo. Fá-lo proibindo certas formas de aproveitamento a todos menos à pessoa que quer beneficiar. Com isto cria em proveito desta um direito essencialmente negativo, porque não dá ao titular nada que este naturalmente não tivesse. Simplesmente, esse fato põe-no em condições de se beneficiar da exclusão de todos os outros.”²⁴

Em outras palavras, o autor, no momento em que torna pública a sua criação intelectual, ou seja, no momento em que destaca a criação intelectual de sua esfera íntima, oferecendo-a ao conhecimento de terceiros, transforma-a no elemento de um processo cultural dinâmico, que não mais pode ser controlado.

Nesse sentido – apesar de em outro contexto –, escreveu HABERSTUMPF:

“Uma vez exteriorizada, a continuidade da existência da obra não depende mais, então, da existência da expressão original ou de outro exemplar da obra. Apenas a memória humana é capaz de impor limites à continuidade da existência de uma obra”.²⁵

perdem-na, agindo mais como propagandistas que como cientistas. Isso envenena também as relações pessoais neste domínio; muitos dos que fazem do direito intelectual o seu ganha-pão, tendem a encarar quem pensa diferentemente como um inimigo. Em consequência, passa-se rapidamente de uma crítica de idéias a um ataque às pessoas, denegrindo-as. Assim, se turva um ramo como o direito intelectual, que em si se reveste de tanta dignidade.”

²⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira, A questão do domínio público. *Estudos de Direito de Autor e Interesse Público – Anais do II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público*, Fundação Boiteaux (2008), em http://www.direitoautor.ufsc.br/arquivos/anais_na_integra.pdf.

²⁵ HABERSTUMPF, Helmut. *Handbuch des Urheberrechts*, Neuwied/Kriftel/ Berlin: Luchterhand (1996), pág. 33.

As prerrogativas de controle da utilização da obra intelectual só serão efetivas se exercidas antes de o público começar a interagir com ela. Aquelas garantidas pelo direito de autor são, portanto, *prerrogativas negativas de controle de acesso à obra*.

O autor poderá controlar o acesso à obra *determinando as condições* de acesso e/ou *monitorando as transformações* da obra. Assim, uma obra literária pode ser acessada por meio da leitura do livro e, caso venha a se desdobrar em obra cinematográfica, por exemplo, o acesso se dará não só por meio do livro, mas também pelo filme. Por fim, também a *proibição de imitação com dissimulação de autoria* (plágio), no que toca o aspecto patrimonial do direito de autor, configura-se como uma prerrogativa de controle de acesso à obra.

Em síntese, as prerrogativas de determinação de condições de acesso, de controle das transformações da obra e de proibição de imitação caracterizam o direito patrimonial de autor.

O direito patrimonial do autor (prerrogativas de controle de acesso à obra, insisto) funciona como uma “muralla” ao redor da obra. O autor poderá estabelecer condições para a entrada do público na área delimitada pelo muro. Aqueles que satisfazem as prerrogativas de controle de acesso, ao contato com a obra, incorporam-na ao seu intelecto. E, ao deixarem o terreno cercado, levam-na consigo, expandindo-a agora para além dos muros do controle exclusivo do autor. A partir desse momento, a obra é introduzida no fluxo incontrolável da dinâmica cultural.

Para ilustrar e respaldar o presente estudo fiz uso de fontes literárias diversas, dentre elas as pesquisas de GOMBRICH²⁶ e RUSTEMEYER.²⁷ Ambas serviram não apenas como elementos estáticos na elaboração desta exposição, mas também ensinaram-me a *pensar* sob as perspectivas sociológica e psicológica. A *forma* como esses dois autores desenvolveram suas teorias e como apresentaram e organizaram os elementos fáticos e científicos de seus estudos foi incorporada ao meu intelecto (portanto, posso afirmar que *aprendi* com eles). Com base nesses conceitos, desenvolvi o pensamento que a seguir exponho ao leitor, o qual, por sua vez, após a leitura deste texto, irá incorporar a minha forma de pensamento. Forma esta que, na verdade, nem minha é, visto que contém, evidentemente, elementos da visão de GROMBRICH e RUSTENMEYER, que, por sua vez, adquiriram-na a partir de obras anteriores às suas, levando-a adiante, num processo *ad infinitum*.²⁸

²⁶ Vide *infra* as referências bibliográficas.

²⁷ Vide *infra* as referências bibliográficas.

²⁸ Vide traços dessa linha de pensamento no direito alemão em WÜRTENBERGER, Gert /GRAU-KUNTZ, Karin, *Notas sobre os sistemas de direito de autor brasileiro e alemão, tendo em consideração a perspectiva de reforma das legislações vigentes e a procura de equilíbrio de interesses*, publicado na página eletrônica do IBPI

A obra intelectual só não é parte do “domínio público” enquanto permanece restrita ao âmbito íntimo do autor.²⁹ Portanto, não é o término da proteção autoral que a introduz no “domínio público”, mas sua exteriorização.

IV. Informação, conhecimento e cultura

A informação é a matéria-prima do conhecimento.³⁰ Para os fins deste estudo, ela é caracterizada como um conjunto organizado de símbolos inteligíveis a um determinado receptor, capaz de aderir ao patrimônio intelectual daquele. Quando a informação é internalizada pelo receptor, é possível afirmar que ela se transformou em *conhecimento*.

A informação está para o conhecimento assim como a palavra está para a língua falada – a comunicação exige que as palavras sejam empregadas dentro de um contexto estruturado (gramatical). O conceito de conhecimento, *cum grano salis*, e na linha de análise adotada pela teoria socioconstrucionista de BERGER e LUCKMANN,³¹ será aqui empregado com uma conotação muito próxima à do conceito de cultura.

A teoria sociológica construcionista parte do eixo dos *comportamentos* (e eu partirei incluindo também aqui o eixo dos *significados*), ou seja, de ações (e de significados) pautadas em informações contextualizadas na forma de interação social, ou na interação do homem com a natureza etc., continuamente repetidas.³² A repetição do comportamento, ou a persistência em um significado, leva à formação de um *modelo*. E o modelo significa economia de forças, no sentido de que evita o esforço psíquico vinculado ao ato de decisão (ou significação), o que, por sua vez, permite ao indivíduo se concentrar na descoberta de algo novo (processo criativo). Nas palavras dos citados:

- Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual, disponível em <<http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/8452577a6410733ffff8138ffff0.pdf>>.

²⁹ Por isso não é plausível afirmar que a criação intelectual “pertence” ao autor porque “pertence” ao autor o pensamento que lhe deu origem.

³⁰ Note-se que, a depender da perspectiva de análise adotada, a expressão “informação” pode estar sendo usada em referência a conteúdos distintos.

³¹ O socioconstrucionismo é uma teoria sociológica do conhecimento, que se notabilizou com a publicação do estudo de BERGER, Peter L./ LUCKMANN, Thomas. *Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit*, 22ª edição, Frankfurt a. M.: Fischer Verlag, (2009).

³² Vide aqui, além do trabalho de BERGER/LUCKMANN, ob. cit, a aplicação da teoria socioconstrucionista na exposição de RUSTEMEYER, Dirk. *Diagramme. Dissonante Resonanzen: Kunstsemiotik als Kulturtheorie*. Göttingen: Velbrück (2009).

“Todas as ações humanas estão sujeitas à lei do hábito. Qualquer ação repetida com frequência se firma como modelo, [*modelo*] que pode ser reproduzido com economia de forças e, nesse processo, passa a ser compreendido pelo sujeito da ação como *o* modelo. Nesse sentido, o transformar a ação em um hábito significa que a ação em questão também poderá ser repetida no futuro e, especialmente, com a mesma economia de força. (...) Com isto, já que ele [*o hábito na ação*] oferece um escopo de segurança para que a atividade humana possa se desenvolver – geralmente exigindo um grau mínimo de decisão – ele também permite que se libere energia no que toca determinadas situações, para as quais o tomar decisões seja indispensável. Em outras palavras: a partir do escopo da ação transformada em um hábito cria-se espaço para criatividade e inovação.”³³

A transformação de um comportamento (ou de um significado) em um modelo é, então, socialmente vantajosa, o que explica sua *institucionalização* pelo grupo social.³⁴ Uma vez institucionalizado, o comportamento (ou o significado) é transmitido à geração seguinte, ganhando a roupagem de valor coletivo (ou cultural).³⁵ No decorrer deste processo, o que era comportamento (ou significado) se transforma em uma *determinante externa de comportamento* (ou de significado) para as gerações futuras, isto é, o comportamento é *internalizado*, manifestando um paradoxo: pelo processo de determinação de modelos, os homens criam uma determinada realidade social que, por fim, é vivenciada por eles como algo que não seria produto de sua própria criação.³⁶ O caráter de determinante externa de comportamentos ou de significados (comportamentos ou significados internalizados) reflete-se na aplicação de sanções sociais àqueles que agem em desacordo com eles. Aqui nos defrontamos com o fenômeno de formação de *normas* sociais que, de acordo com a lição de RÜTHERS³⁷ são descritas como constância de comportamentos observados ou, ainda, modelos de

³³ BERGER/LUKMANN, ob. cit., pág. 56 s.

³⁴ BERGER/LUKMANN, ob. cit., pág. 57. Os autores explicam o modo de institucionalização dos modelos. Caso seja do interesse do leitor se aprofundar na teoria, recomendo a leitura do trabalho dos referidos sociólogos. Importante é destacar que, para os fins da análise aqui proposta e seguindo o exemplo de RUSTEMEYER, ob. cit., optei por adotar a teoria em suas linhas gerais, sem me preocupar em explicar todos os aspectos e processos ali contidos.

³⁵ Contudo, como advertem BERGER e LUKMANN, ob.cit., pág. 59, “o que hoje experimentamos como instituições nos é apresentado na coletividade, o que abrange uma quantidade considerável de pessoas. Porém, do ponto de vista teórico, tem importância o fato de que o processo de institucionalização das tipificações recíprocas também poderia acontecer quando apenas duas pessoas repetissem conjuntamente a mesma coisa.”

³⁶ BERGER e LUKMANN, ob. cit., págs 63 ss.

³⁷ RÜTHERS, Bernd, *Rechtstheorie*, 2ª edição, München: C.H. Beck (2005), pág. 73.

comportamento observados pelos indivíduos de um grupo ou sociedade, que estabelecem o que fazer, ou ainda como agir frente a determinadas situações.

As normas sociais não traduzem apenas um padrão de comportamento aceitável, mas são antes *fato*. Aplicando-se aqui a teoria de BERGER e LUKMANN, as normas sociais significam mais do que mero *dever ser*, porque são internalizadas, isto é, produzem efeitos sobre a consciência social coletiva e dirigem (“normatizam”) comportamentos individuais.³⁸

Por outro lado, a despeito do risco de sanção, a repetição de um comportamento (ou do significado) não adequado (não conformado) à instituição levará à criação de um novo modelo de comportamento (ou de significado). E este, por sua vez, se transformará em um modelo que gerará um novo padrão de comportamento (ou novo significado).³⁹

Contrapondo essa dinâmica cultural à sabedoria de Confúcio, de quem cito de memória um oportuno aforismo – “*Por natureza, os homens são próximos; a educação é que os afasta*” –, podemos afirmar que o indivíduo é produto de uma variação sociocultural.⁴⁰ É através e por causa da cultura que o homem se torna capaz de distinguir o falso do verdadeiro, o bom do ruim, o estético do não estético etc. E todas essas categorias de diferenciação dependerão dos comportamentos e significados institucionalizados pelo grupo social.

V. Ainda, conhecimento e cultura

Peço, antes de mais, a atenção do leitor no que toca a figura abaixo:

³⁸ Ainda RÜTHERS, ob.cit., pág. 73, que, sem mencionar a teoria socioconstrucionista, compreende as normas sociais na mesma linha argumentativa.

³⁹ O uso do biquíni serve de exemplo. Foi a revolução cultural dos anos 60 que desvinculou o seu uso de sanções morais.

⁴⁰ Reporto-me aqui a toda a linha de pensamento exposta por RUSTEMEYER, ob. cit. na pág.7.



Figura 1 – Robert Whitehead, *Mother and Child watching each other*⁴¹

O processo de socialização implica o “mergulhar” na estrutura cultural, onde se aprende a conhecê-la. Nesse processo, identifico dois tipos de conhecimento, quais sejam: o implícito e o explícito.⁴²

O conhecimento explícito depende de uma lógica discursiva. E se caracteriza por ser consciente ou, ainda, por ser passível de codificação.

Já o conhecimento implícito é inconsciente, no sentido de independer de lógica discursiva e, conseqüentemente, não poder ser codificado, mas apenas expressado de forma indireta.

Buscando traços⁴³ desses conceitos na teoria desenvolvida pelo filósofo italiano Benedetto CROCE,⁴⁴ é possível concluir que o conhecimento explícito requer a compreensão *lógico-discursiva* das coisas, ao passo que o implícito é de natureza *intuitiva* e está vinculado à ideia de *fantasia*.⁴⁵

⁴¹ Fotografia extraída do banco de imagens do site < <http://commons.wikimedia.org/> >

⁴² Vide ERNST, Gerhard. *Einführung in die Erkenntnistheorie*, 2^a ed., Darmstadt: WBG (2010), págs. 101 ss. Não pretendo entrar aqui na discussão que questiona se o saber justificar aquilo que supomos saber é pressuposto para que se possa afirmar saber alguma coisa (“Sócrates sabe que nada sabe”, mas como Sócrates pode saber que nada sabe, se ele nada sabe? Ele só pode afirmar que nada sabe se sabe que nada sabe. Se consideramos a ideia de conhecimento implícito e explícito, Sócrates poderá saber – implicitamente – que nada sabe, mesmo sem saber – explicitamente – que nada sabe). Sem ignorar que a explicação entre parênteses vai muito além daquilo que a frase “Sócrates sabe que nada sabe” pretende provocar no âmbito do estudo filosófico da metafísica, nos limites desta exposição parto do princípio que não soa irracional afirmar saber algo sem que se possa justificar o que se sabe. Exemplo: eu sei chutar uma bola com *effet*, mesmo sem nada saber de aerodinâmica.

⁴³ Palavra “traços” empregada intencionalmente na frase, uma vez que não comungo da teoria desenvolvida por CROCE, filósofo e historiador da Arte. Apontar as razões da posição que adoto em relação à teoria em questão

Antes de aplicar esses conceitos de conhecimento às criações intelectuais originais – CROCE, ao desenvolver seu raciocínio, tinha-as já em mente –, ilustro a distinção proposta a partir de uma situação geral.

É de se presumir que o leitor saiba que dentro de uma piscina é possível carregar nos braços uma pessoa pesada sem dificuldade. E é igualmente presumível que alguém não afeito às leis da Física saiba codificar tal conhecimento – aqui um caso de conhecimento implícito. Um professor de Física, porém, saberá verbalizar aquilo que o leigo sabe e não consegue transmitir. O conhecimento do professor de Física é, portanto, o conhecimento explícito.⁴⁶

Ainda a título de ilustração, e agora me aproximando das criações intelectuais originais, ao observar a fotografia de Robert Whitehead reproduzida acima (Figura 1), o leitor reconhece (intui) ali muito mais do que a figura de um bebê e de uma mulher adulta, sem que para tanto precise lançar mão de qualquer conceito (conhecimento explícito ou lógico-discursivo). Em outras palavras, a fotografia pode ser explicada em seus diversos componentes, mas o resultado que temos diante dos nossos olhos, quando a observamos, não está contido apenas na explicação lógico-discursiva das partes que a compõem, mas no conhecimento intuitivo de sua expressão.

Neste ponto, aplicando a lição de Hans-Georg GADAMER,⁴⁷ cabe inquirir se a tarefa de compreender a fotografia apresentada na Figura 1 realmente se limita a interpretá-la de modo iconográfico. A interpretação iconográfica passa, por exemplo, pela descrição da imagem, das feições alegres nos rostos das pessoas fotografadas, o que faz, por sua vez, pressupor sentimentos de alegria, satisfação etc. Mas a *ligação afetiva*, que por exemplo permite ver na mulher fotografada a mãe do

me obrigaria a discorrer sobre o pensamento de CROCE e, subsequentemente a proceder a uma análise crítica, o que extrapolaria em demasia os limites deste estudo.

⁴⁴ CROCE, Benedetto, *Aesthetic as Science of Expression and General Linguistic*, na tradução de Douglas Ainslie, disponível para download na página eletrônica do Project Gutenberg, <<http://onlinebooks.library.upenn.edu/webbin/gutbook/lookup?num=9306>>. Para uma introdução sucinta, porém bastante qualitativa na teoria desenvolvida por Benedetto Croce, vide HAUSKELLER, Michael, *Was ist Kunst. Positionen der Ästhetik von Platon bis Danto*, 9ª edição, München: C.H. Beck (2008), págs. 63-68.

⁴⁵ CROCE, ob. cit., “*Human knowledge has two forms: it is either intuitive knowledge or logical knowledge; knowledge obtained through the imagination or knowledge obtained through the intellect ...*”.

⁴⁶ Num exercício de “laboratório”, propus a questão aos meus filhos, e as tentativas de explicação do fenômeno físico que nos permite carregar alguém pesado dentro de uma piscina foram acompanhadas por expressões como “eu penso ...”, “eu imagino ...” etc. Em momento algum, eles argumentaram com expressões como “eu sei”, “é porque ...”. Meus filhos intuem que a água, em um exercício de oposição à força da gravidade, “empurra” a pessoa carregada, o que faz com que ela fique mais leve. Mas eles não são capazes de expressar o que aqui exponho de maneira simplificada, e muito menos aquilo que o professor de Física saberia expressar por meio de uma linguagem mais elaborada.

⁴⁷ GADAMER, Hans-Georg, *Hermenêutica da obra de arte*, São Paulo: Martins Fontes (2010), pág. 135.

bebê, não é algo que possa ser compreendido por meio de conhecimento explícito, porque não resulta da “leitura” lógica dos elementos visuais estampados na imagem, mas antes só pode ser compreendida pela intuição (conhecimento implícito). Em outras palavras, podemos somente “imaginar” o vínculo afetivo, e é exatamente esse recurso à fantasia⁴⁸ que torna a fotografia de Whitehead tão interessante ao nosso olhar.⁴⁹

Insistindo, para que reste bem esclarecida a distinção entre os conceitos propostos, criações intelectuais originais comunicam alguma coisa por meio de uma linguagem específica (símbolos, sons etc., a depender do tipo de criação artística).

Quanto a linguagem específica, cada arte trabalha com um determinado tipo de material e, por outro lado, cada arte trabalha com o seu material de forma distinta. Nas palavras de BERTRAM:

“A literatura trabalha com a língua natural como um material e forma, através dela, [*criam-se*] textos de tamanho e apresentação variados, que servem para a leitura silenciosa ou para a representação oral ou corpórea. Ao contrário, no que toca as obras de arte plástica, este tipo de representações não são possíveis. Essas [*obras de arte plástica*] também não utilizam, geralmente, nenhum material já anteriormente estruturado. O ponto de partida delas encontra-se em coisas [*Dinge*] altamente distintas: pedras e madeira mais ou menos sem forma, metal em estado líquido ou, ainda, em todos os outros possíveis objetos com forma ou sem forma, presentes no

⁴⁸ Ao argumentar dessa maneira, vou muito além das definições de tipos de conhecimento propostas por CROCE na ob. cit. O filósofo italiano não só não se referiu aos termos “conhecimento explícito” e “conhecimento implícito” – o que aqui faço, apesar de estar consciente quanto ao risco de o leitor entender tais expressões na forma especial como são empregadas nos raciocínios que têm por tema a transferência de tecnologia –, como ainda desenvolveu sua teoria da estética por um caminho cujo acerto não compartilho.

⁴⁹ A princípio, havia terminado esta frase com as palavras “do ponto de vista estético”. Optei, posteriormente, por deixá-las fora do texto principal, citando-a em forma de nota de rodapé, uma vez que seu emprego – tenho plena consciência disto – incitará a resistência terminológica em relação ao vocábulo “estético” no contexto jurídico. Porém, estou convencida de que é inevitável lançar mão do qualitativo “estético” para determinar quais criações intelectuais são merecedoras de proteção jurídica. Apesar de o emprego *comum* do qualitativo “estético” dar margem a pensarmos em valorações altamente subjetivas em relação ao belo, ou ao agradável aos sentidos, quando compreendido sob uma perspectiva sociológica, o “estético” perde, de plano, grande parte de seu subjetivismo, já que o sentimento individual do belo, ou do agradável aos sentidos, depende necessariamente de padrões culturais predeterminados. Ademais, e principalmente – como o farei mais adiante no corpo do texto principal –, quando empregado sob uma determinada perspectiva técnica de análise, o vocábulo ganha contornos mais claros e objetivos. Assim, deixo já neste momento fincado não empregar o vocábulo “estético” em sua acepção cotidiana e aberta (definição usual), mas antes em adequação a uma linha teórica que explicarei no desenvolver deste estudo.

mundo cotidiano ou no não cotidiano. Esses objetos têm sempre em comum o fato de não demonstrarem nenhuma familiaridade com o material básico da literatura.”⁵⁰

Por sua vez, o aspecto intuitivo desponta, por exemplo, no impulso de fantasia do autor. E isto o leva a optar inconscientemente por um determinado motivo ou composição, como na foto de Whitehead em análise, onde presumo ter o fotógrafo intuído (e não planejado conscientemente) capturar a imagem exatamente no momento em que mãe e filho interagiam emocionalmente e de forma tão plena. Sob outra perspectiva, é o conhecimento explícito que permite ao observador conhecer, do ponto de vista lógico-discursivo, a mensagem da fotografia em análise, assim como é o conhecimento implícito que lhe permite intuir a mensagem ali presente.

O conhecimento explícito pressupõe o conhecimento implícito.⁵¹ E o conhecimento implícito, por sua vez, está intimamente vinculado a fatos e experiências anteriormente vivenciadas ou, de forma mais ampla, ao contexto sociológico-cultural do sujeito do conhecimento. Em outras palavras, o conhecimento intuitivo necessário para a compreensão da fotografia de Whitehead, conhecimento este que traduz um pressuposto do conhecimento explícito, *não é adquirido por meio de contribuições individuais, mas antes através da interação social.*⁵²

Fora do contexto cultural (e agora volto a mencionar o “domínio público”), resta evidente, não poderá haver a produção de criações intelectuais, seja por falta do conhecimento necessário para a sua confecção, seja porque apenas nesse contexto elas poderão ser compreendidas (reconhecidas) como tais. A esse respeito, estender-me-ei adiante, com mais vagar.

⁵⁰ BERTRAM, Georg W. *Kunst. Eine philosophische Einführung*. Stuttgart: Reclam (2005), pág. 59.

⁵¹ Eu posso saber o que é um pássaro mesmo sem saber externar por meio de conceitos (ou de técnica lógico-discursiva) sua fisiologia, mas eu não poderia conhecer a fisiologia do pássaro se não soubesse intuitivamente (se não fosse capaz de imaginar) o que é o pássaro; lançando mão de um exemplo estético, eu posso saber o que é um pássaro, apesar de não saber como desenhá-lo, mas nunca poderei desenhar um pássaro se não puder imaginar o que é um pássaro.

⁵² A importância do conhecimento implícito no processo de socialização desponta evidente, por exemplo, em nosso sistema educacional. As crianças não são formalmente educadas em casa, onde permaneceriam isoladas do grupo social e assimilariam conhecimento apenas por meio de livros. Ao contrário, a educação formal implica que elas sejam integradas a uma estrutura social, chamada escola, em grupos de classes e com professores na cátedra (interação social).

VI. O processo criativo como forma de reflexão, a criatividade e a individualidade

O conceito de cultura, por ser uma categoria ampla, abarca subconceitos como a língua, a arte, a ciência, a religião, a filosofia, o direito etc. Porém, se por um lado esses subconceitos não podem ser compreendidos fora do conceito de cultura, por outro eles incorporam um instrumento de reflexão e transformação do conceito que os abarca.⁵³

A reflexão questiona a tradição – i.e., os modelos institucionalizados –, ou ainda a própria cultura. E esse questionamento incorpora a semente da inovação e da originalidade (uma *contribuição*, conforme explicarei a seguir). Na reflexão da cultura através da língua, arte, ciência, religião, filosofia, direito etc., a repetição de comportamentos e significados, na linha do modelo de BERGER e LUKMANN, perde sua aura estática, posto que cada repetição refletida – ainda que uma *repetição* do modelo institucionalizado ou internalizado – acontecerá em um novo contexto (um contexto “refletido”). Sob esta ótica, a arte, a ciência, a religião, a filosofia, a língua etc. se configuram, portanto, como *instrumentos de reformulação e transformação cultural*.⁵⁴

Neste sentido GOMBRICH:

“As obras de arte não são espelhos, mas têm em comum com os espelhos a inapreensível magia da transformação, tão difícil de expressar em palavras.”⁵⁵

Reflexão é ato pessoal. Toda a reflexão é vinculada a um conteúdo individual, porque produto da atividade intelectual de alguém.⁵⁶ No entanto, nem toda reflexão sobre a repetição de

⁵³ RUSTEMEYER, ob. cit., pág. 18.

⁵⁴ CASSIERER, *apud* RUSTEMEYER, ob. cit., pág. 60.

⁵⁵ GOMBRICH, Ernst H, *Kunst und Illusion: Zur Psychologie der bildlichen Darstellung*, Phaidon: Berlin (abril 2002), pág. 2

⁵⁶ Note-se que sequer menciono o termo *personalidade*. A verdade é que não me identifico com uma ideia de ato individual absolutamente criativo. Sem dúvida as ações humanas são criativas, mas não são criativas em termos absolutos. No que toca essa rejeição, muito poderia ser dito, porém, uma vez que a essência da recusa pode ser bem ilustrada por uma frase de GOMBRICH, ob. cit., opto apenas por fazer uso dela. Antes de transcrevê-la alerto o leitor para que não se apegue ao contexto de análise da História da Arte, perspectiva sob a qual a frase foi concebida, mas que procure se ater à dimensão das consequências gerais da afirmação do historiador. GROMBRICH afirmou: “(se) a arte fosse apenas, ou principalmente, a expressão de uma percepção pessoal, então não haveria História da Arte. Nós não teríamos nenhuma razão para supor (o que fazemos diariamente) que as representações de árvores produzidas em tempo e espaço semelhantes poderiam indicar semelhanças de uma mesma família (...).”

comportamentos ou significados institucionalizados ou internalizados comporta em si um potencial reformulador ou transformador da cultura (inovação, originalidade).

Repetindo o que afirmei, agora sob a perspectiva do direito autoral, não é a individualidade do autor que justifica a garantia de prerrogativas exclusivas de controle de acesso à obra intelectual. Na verdade, a obra intelectual é tão individual quanto uma série de outras manifestações intelectuais, para as quais nem se cogita (ou pelo menos nem se deveria cogitar) incidir proteção autoral. A individualidade só será considerada no que toca a legitimação de prerrogativas pessoais (morais) e, mesmo assim, não no sentido em que o termo é comumente empregado.⁵⁷ A legitimação da proteção patrimonial, por sua vez, encontra-se na verificação de grau mínimo de originalidade, condição que BARBOSA denomina “contributo mínimo”. Neste sentido:

“A questão é simples: Basta que a criação, para ser objeto de uma proteção exclusiva pelos sistemas da propriedade intelectual, seja nova? A noção de novo, neste caso, é simplesmente aquilo que a sociedade ainda não tinha acesso. O pressuposto desta obra é que, em cada modalidade dessas exclusivas, uma exigência de fundo constitucional se impõe, para exigir, como um elemento objetivo da criação, um aporte à sociedade de algo mais do que o simplesmente novo. Numa destilação ainda mais incisiva do problema, a pergunta é: O direito exclusivo que se atribui ao criador – ou àquele que deriva seu título do criador, por cessão ou operação de lei – é proporcional ao acesso obtido pela sociedade? Há uma correlação razoável entre os benefícios que o criador obtém do sistema jurídico pela criação que fez, em face daquilo que todos os demais têm de benefício? Como se percebe, toda a questão pressupõe que a proteção exclusiva (a patente, a marca, o direito autoral etc.) seja devida ao criador como uma retribuição por um benefício causado à sociedade. Se uma patente fosse dada como um dever absoluto e incondicionado do Estado, correlativa a um poder absoluto do criador de se ver protegido independentemente da sociedade na qual o direito vige, a proporcionalidade seria uma categoria impertinente.”⁵⁸

⁵⁷ Vide infra.

⁵⁸ BARBOSA, Denis Borges in BARBOSA, Denis Borges / SOUTO MAIOR, Rodrigo / RAMOS, Carolina Tinoco, *O Contributo Mínimo na Propriedade Intelectual*, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. VI.

VII. Contribuição, contributo mínimo ou, ainda melhor, contribuição reflexivo-transformadora⁵⁹

1. Na Figura 2 abaixo, reproduzo duas pinturas com um mesmo motivo. A pintura à esquerda, na antiguidade atribuída a Cimabue e nos tempos modernos a Duccio, era considerada, no século XIII, segundo a lição de Vasari, uma verdadeira obra-prima.⁶⁰ A imagem à direita, por sua vez, reproduz um trabalho de Leonardo da Vinci, elaborado duzentos anos mais tarde.



Duccio di Buoninsegna (?) – 1285

Madonna Rucellai



Leonardo da Vinci – 1475

A virgem do Cravo

Figura 2 – A Virgem e o Menino Jesus, por Duccio e da Vinci, respectivamente

⁵⁹ O Prof. José de Oliveira Ascensão há muito vincula a noção de originalidade à de contribuição. Nesta esteira Denis Borges Barbosa desenvolveu a ideia de contributo mínimo. Por sua vez, a construção da contribuição reflexivo-transformadora reporta em sua origem a ambos os autores.

⁶⁰ Vide GOMBRICH, ob.cit., pág.10.

Basta um lançar de olhos às feições das pessoas representadas nas duas telas para percebermos diferenças significativas. A pintura de Duccio, quando comparada com a de Da Vinci, tende a parecer ingênua, se não infantil, aos olhos modernos.

Nós “sabemos” e reconhecemos as diferenças entre as feições pintadas, mas a verbalização deste (re)conhecimento não nos parece possível nesse momento. Em outras palavras, e retomando aqui as categorias de conhecimento supramencionadas, este reconhecimento de diferenças não passíveis (no momento) de verbalização é o que chamamos de *conhecimento implícito*.

Agora, codificando (exteriorizando por meio de conceitos) o conhecimento implícito, as pinturas das faces da Virgem e do Menino Jesus, criadas respectivamente pelas mãos de Duccio e Da Vinci, se mostram distintas porque Da Vinci tinha profundos conhecimentos de anatomia.

Sobre o vínculo entre aquilo que vemos e aquilo que sabemos (e vice-versa), Jonathan RICHARSSON assinalou:

É fato que ninguém poderá ver o que as coisas são, a menos que saiba como elas devem ser. Que isto é correto desponta claro ao observarmos o desenho de um corpo elaborado por alguém que ignore tanto a estrutura e construção dos ossos como a anatomia, e quando o comparamos com outro elaborado por alguém que entenda perfeitamente de tudo isso (...). Ambas as pessoas vêem a mesma figura, porém, com olhares distintos.⁶¹

GROMBICH,⁶² em alusão ao transcrito, concluiu que o difícil, no caso do exemplo de RICHARDSON, não é desenhar bem, mas ver (ou reconhecer, no sentido de conhecer algo que já se viu um dia) de forma correta o modelo que se desenha.⁶³

⁶¹ RICHARDSON, Jonathan, *apud* GROMBICH, ob. cit., pág. 10.

⁶² GOMBRICH, ob. cit., pág.10.

⁶³ O fascínio do ato de “reconhecer”, seguindo a lição de GADAMER, ob.cit., pág. 18, não está na “maravilha da memória”, mas na “maravilha do conhecimento que se esconde aí. Pois, se reconheço alguém ou algo, então vejo o que é reconhecido liberado tanto da contigência atual quanto da de outrora. Reside no reconhecimento o fato de se considerar o que é visto em função do que permanece do essencial, daquilo que já não é turvado pelas circunstâncias contingentes do ter-visto-um-dia e do ter-visto-uma-vez-mais”.

A pintura da *Madonna de Rucellai* é comumente empregada como paradigma para demonstrar a variação no (re)conhecimento das coisas. O professor James Barry,⁶⁴ conta GROMBICH, sentindo-se perplexo ao tomar conhecimento que a *Mandona Rucellai* havia sido aclamada como obra-prima no século XIII, explicou e justificou esse sentimento em uma conferência realizada na Royal Academy, em 1809, da seguinte maneira:

“Os defeitos nesta obra de Cimabue [*atualmente considerada como sendo de autoria de Duccio*] são tão grandes que poderiam até mesmo induzir muitos a pensarem ser impossível que a pintura tenha sido feita a partir de uma observação da natureza. Mas as reproduções [*da natureza*] na arte antiga são como as das crianças. Mesmo aquilo que temos diante de nossos olhos não poderá ser reconhecido se não o tivermos conhecido anteriormente, de forma que possamos procurar por ele. As inúmeras diferenças que podemos notar entre as obras de épocas anteriores não iluminadas [*arcaicas*] e as de momentos históricos iluminados [*moderno*] mostram até que ponto a contração ou a dilatação da nossa esfera de visão depende de considerações distintas daquelas que o nosso órgão ótico é capaz de fornecer. Assim, é possível dizer que as pessoas de tempos passados não viam mais [*do que aquilo que o autor do texto via*], porque não sabiam mais, e exatamente por isso eram, então, capazes de admirar a obra [*a pintura da Madonna Rucellai*].”

Leonardo Da Vinci, conta RUSTEMEYER,⁶⁵ repetia com orgulho ter adquirido seus conhecimentos de anatomia no estudo realizado em mais de dez cadáveres. O sentimento de orgulho de Da Vinci, por sua vez, tinha suas razões na máxima estética das artes plásticas no período do Renascimento, que propunha que a experiência dos sentidos deveria servir como mestre para as criações intelectuais originais.

A representação exata de um objeto exige que se conheça interiormente e de maneira evidente aquilo que o objeto representando é. À falta desse conhecimento, o resultado da representação será um fracasso. Nas palavras de HAUSKELLER,⁶⁶ um pintor que só pinta com os olhos só poderá contar com a perspectiva de seus olhos em relação ao objeto que representa, e só poderá pintar o objeto que representa pela frente, por exemplo, e não pelas costas. Conhecendo o objeto sob suas distintas

⁶⁴ BARRY, James *apud* GROMBICH, ob.cit.

⁶⁵ Ob. cit., pág. 64.

⁶⁶ Ob. cit. pág. 29.

perspectivas, o pintor é capaz de retratá-lo como ele é, sem a necessidade de vê-lo sob todas as suas perspectivas.

Esse raciocínio explica o valor dos conhecimentos de anatomia para a representação plástica de corpos humanos. Onde faltam conhecimentos de anatomia, dizia DA VINCI de forma irônica, a figura representada

“ ... mais parece um saco cheio de nozes do que uma forma humana ... ou mais parece um maço de rabanetes do que um corpo nu musculoso.”⁶⁷

O valor estético-cultural da arte renascentista se evidenciava na “ciência” que se aplicava à sua realização. E o valor estético-cultural, por sua vez, é fator decisivo de reconhecimento da categoria da criação intelectual original. Em outras palavras, a *variação cultural* no reconhecimento das expressões criativas terá repercussões importantes no âmbito da aplicação do direito de autor, conforme descrito mais detalhadamente a seguir.

2. Seguindo a sistemática de estudo de RUSTEMEYER,⁶⁸ apresento (Figura 3) reproduções de pinturas realizadas por três diferentes artistas, também em torno de um mesmo motivo: o retrato de um papa.

⁶⁷ Apud HAUSKELLER, ob. cit., pág. 29.

⁶⁸ RUSTEMEYER, ob. cit., págs. 73 ss.

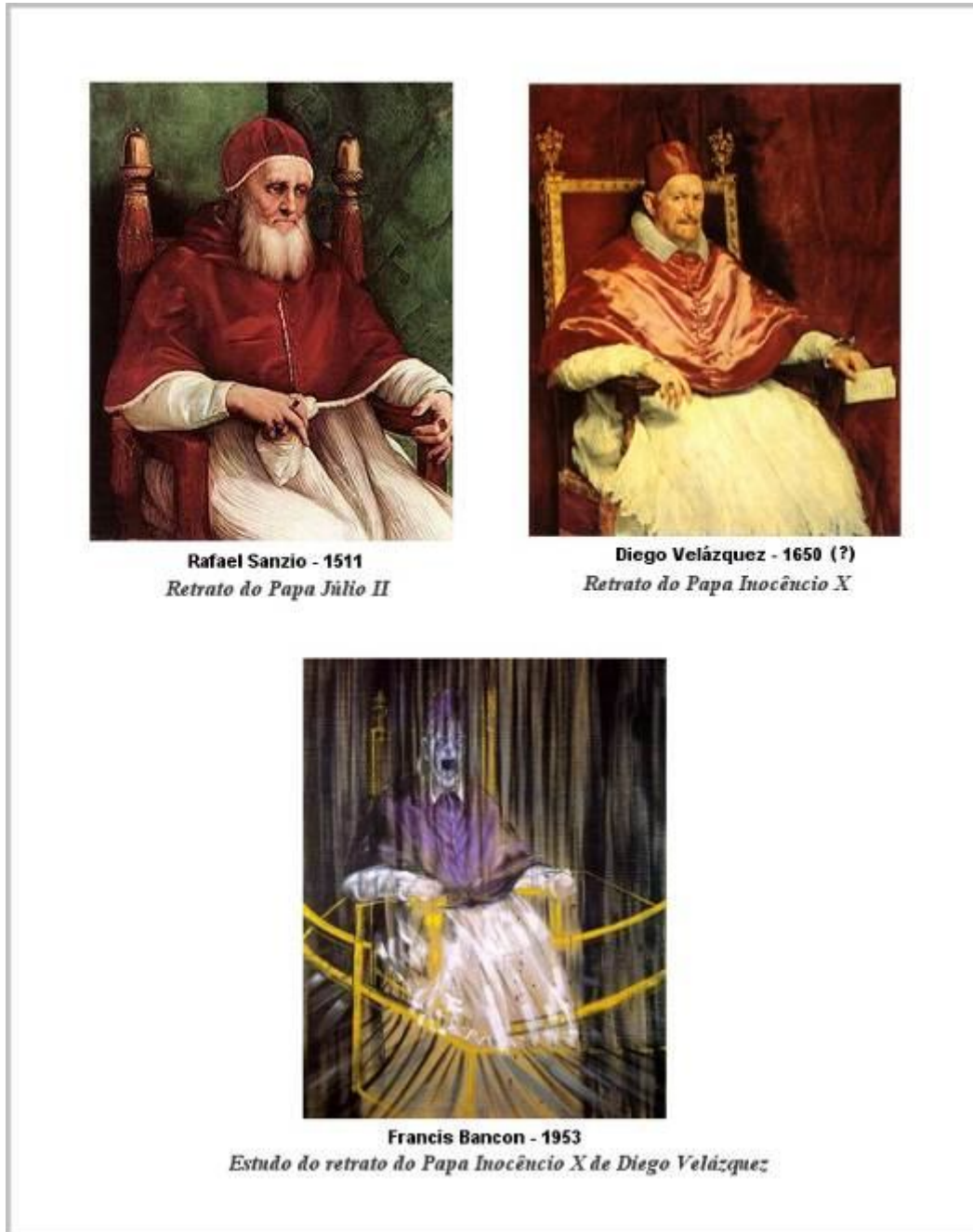


Figura 3 – Retratos de Papas pintados por Rafael, Velázquez e Bacon

A primeira reprodução, de Rafael Sanzio, retrata o Papa Júlio II (1511); a segunda, de Diego Velázquez, o Papa Inocência X (data provável: 1650); por fim, a terceira, de Francis Bacon (1953), usa como tema uma variação do retrato de Velázquez.

O retrato do Papa Júlio II, pintado por Rafael, era considerado como a referência clássica de retratos de papas. E, partindo dessa referência, Velázquez desenvolveu o seu retrato de Inocêncio X. Seja Rafael ou Velázquez, ambos fundem na representação de seus papas a figura do homem com a instituição Igreja. O que se afirma é reconhecido por meio dos símbolos adotados pelos artistas, tais como o trono, os acessórios, a postura de autoridade das figuras etc.

Como é possível observar na Figura 3, Velázquez introduz variações no modelo clássico. Seu papa, ainda seguindo a análise de RUSTEMEYER, traz na mão uma carta que simboliza a relação pessoal com o pintor (ou com o espectador). Essa mesma carta serve ainda de assinatura ao quadro. Ao contrário da obra de Rafael, o papa de Velázquez tem o rosto voltado para o pintor – ou para o espectador – e sua orelha direita exibe proporções de destaque em relação ao rosto, o que indica a disposição de Inocêncio X em ouvir o que o pintor – ou espectador – teria a dizer. Tais detalhes levam o observador a concluir que, enquanto o papa de Rafael foi representado em fusão completa com a instituição Igreja, o papa de Velázquez, sem perder a sua autoridade de maior representante eclesiástico, revela traços do ser humano que está presente por trás do cargo.

Já a tela de Francis Bacon foi elaborada a partir de uma fotografia do quadro de Velázquez. A utilização de fotografias como ponto de partida para suas obras, bem como o método de transposição de trabalhos anteriores a outro contexto cultural, eram recursos criativos de Bacon. Nessa variação do papa de Velázquez, o artista imprimiu profundas transformações no sistema da pintura original, modificando a perspectiva do trabalho, retirando o tom avermelhado predominante e eliminando a simetria do espaço ao traçar as linhas amarelas.⁶⁹ Aqui o papa não adota mais uma postura de soberania, pelo contrário, parece tenso. A mão agarrada ao braço do trono e a boca aberta em forma de grito denotam um homem descontrolado. Por outro lado, os óculos no rosto do papa de Francis Bacon remetem à controvertida figura do Papa Pio XII.⁷⁰ Fazendo uso de tão ousados recursos, Bacon não só se preocupou em transformar a arte a partir da variação do trabalho de Velázquez, transportando-o a outro contexto, como também cuidou de incorporar um elemento de crítica social à sua obra, protestando contra a violência, as ordenações vigentes, o poder absoluto etc.

Um olhar comparativo sobre essas obras concluirá que Velázquez repete um modelo – o modelo tradicional de Rafael para a pintura de retratos de papas – acrescentando a ele novos elementos, indicativos de uma reflexão, sem, no entanto, quebrar a tradição. Já Francis Bacon vai mais além em sua pintura, rompendo radicalmente com a tradição do modelo.

⁶⁹ Ainda RUSTEMEYER, ob. cit., pág. 75

⁷⁰ O Papa Pio XII teve um papel controvertido durante a Segunda Guerra Mundial. Como Cardeal, promoveu a celebração de concordata com a Alemanha nazista.

As três telas utilizam como “matéria-prima” elementos culturais que são comuns a todos os membros do corpo social. Por essa razão, configuram-se como criações intelectuais originais que “comunicam” alguma mensagem. Sem esse escopo cultural comum, nada significariam.

As obras guardam em comum, ainda, o fato de terem sido desenvolvidas a partir de criações intelectuais anteriores e, nessa coincidência, permitem antever o processo criativo intelectual de interação entre o que já foi criado e o que ainda será. Velázquez cria a partir do modelo clássico de Rafael, e Bacon, por sua vez, transporta o modelo de Velázquez para um contexto moderno e crítico.

Tendo em mente a tendência privatista extremada e equivocada que vem dominando o direito de autor hodiernamente,⁷¹ creio que, se Bacon tivesse pintado o quadro em questão no nosso século, e supondo que a pintura de Velázquez ainda fosse protegida pelo direito de autor, ele não seria poupado de ter que se defender de acusações de violação de direito de autor, o que, obviamente, não se caracteriza. É que hoje, em pura contradição com a essência da proteção autoral, quer-se ver na proteção patrimonial (garantia de prerrogativas exclusivas de acesso à obra intelectual) um “direito” de controle do processo criativo intelectual. Esse desejo de controle do processo criativo intelectual emprestou à expressão “imitação” uma carga valorativa altamente negativa. O ato de imitar não é, contudo, negativo. Ao contrário, como elemento essencial do processo criativo, consubstancia, junto ao elemento “reconhecimento”, a “alegria do criar.”⁷²

3. Como venho postulando, toda criação intelectual tem na cultura o seu fio terra. Nesse sentido, as criações intelectuais só poderiam conter traços individuais do criador em sua *forma de expressão*.⁷³ Por outro lado, a forma de expressão nada significará fora de um contexto cultural, posto

⁷¹ A sombra do direito de autor como um “direito de controle do processo criativo” acompanhou-me na elaboração deste estudo de natureza científica, especificamente no que tocou a escolha das imagens das obras selecionadas para ilustrar a exposição. A sensação de angústia manifestou-se especialmente ao buscar uma imagem adequada para ilustrar o item sobre o conhecimento implícito e o explícito. Conhecendo a Lei de Direitos de Autor brasileira, sei avaliar o risco que correria, dependendo da imagem que escolhesse para ilustrar o item mencionado, de vir a ser posteriormente constrangida por uma ação judicial. Eu só posso lamentar ver o instituto do Direito de Autor, que surgiu dentro de um contexto histórico de recusa de intervencionismo estatal nas atividades privadas, ser catapultado no outro extremo, transformando-se no instrumento de controle de alguns sobre a criatividade de muitos.

⁷² GADAMER, ob.cit., especificamente todo o capítulo intitulado “Arte e imitação”, págs. 11- 23.

⁷³ Apesar disso, a tendência moderna é estender a proteção autoral também ao conteúdo – à matéria-prima da obra. Vide GEIGER, Christophe. *Copyright and the Freedom to Create - A Fragile Balance*, in II C, 6/2007, Vol. 38, pág. 271: “In addition to the gradual extension of the period of protection, the scope of protection has been enlarged bit by bit in order to include trivial creations, and is coming dangerously close to a protection of content to the detriment of form.”

que, à sua ausência, ela nada transmitirá e, por conseguinte, não representará expressão de coisa alguma. No sentido de que a obra de arte só existe em sua interpretação as palavras de GADAMER:

“Quer denominemos agora esse fato a criação inconsciente do gênio ou condiremos a partir do observador a inesgotabilidade conceitual de cada enunciado artístico – em todos os casos, a consciência estética pode se reportar ao fato de a obra de arte se comunicar a si mesma.”⁷⁴

Para bem compreender esta abordagem, imaginemos que Francis Bacon pudesse viajar no tempo até a época em que Velázquez viveu. E, em lá chegando, apresentasse a um público curioso em relação ao “homem do futuro” a sua variação do retrato do Papa Inocêncio X de Velázquez. Qual seria a reação desse público? Choque? Tudo leva a crer que nem mesmo isso, já que tal comportamento pressuporia reconhecer na obra de Bacon uma pintura.

Ainda sobre a fantasia de viajar no tempo, ela também⁷⁵ foi proposta por ARTHUR C. DANTO,⁷⁶ que imagina ter Picasso pintado, antes de sua morte, uma gravata em azul claro, empregando a técnica de *drip painting*. DANTO, então, partindo do princípio do valor artístico da gravata de Picasso no mundo moderno, imagina como Paul Cézanne teria reagido diante da criação intelectual original.

Considerando a realidade histórico-cultural do pintor francês, e levando em conta um hábito de Cézanne, que consistia em limpar a tinta do pincel cada vez que o levava à tela, o autor pressupõe que o pintor impressionista provavelmente se sentiria tentado a usar a gravata pintada em azul claro como um trapo de limpeza de pincel.

Para constatar o que aqui afirmo, nem mesmo seria necessário lançar mão da máquina do tempo. Remeto-me à experiência com o movimento impressionista na pintura. Seguindo a exposição de DÜCHTING,⁷⁷ diferentemente da linha tradicional da pintura neoclássica, que versava geralmente

⁷⁴ GADAMER, ob.cit., pág. 1.

⁷⁵ Li o trabalho de Arthur C. Danto (*Die Verklärung des Gewöhnliche*, vide nota abaixo), depois de ter proposto uma viagem no tempo de Bacon. Não menciono o fato para demonstrar ter tido, eu mesma, a “ideia” da viagem no tempo, mas antes para destacar que a escolha dos recursos exemplificativos só coincide porque não contém em si uma ideia extraída do nada, mas antes retirada de um contexto cultural comum a Danto, a mim e ao leitor (se assim não for, o leitor não compreenderá o valor ilustrativo do recurso “viagem no tempo”).

⁷⁶ DANTO, Arthur C., *Die Verklärung des Gewöhnliche*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp (1991), págs. 71 ss.

⁷⁷ DÜCHTING, Hajo, *Wie erkenne ich? Die Kunst des Impressionismus*, Stuttgart: Belser (2003),

sobre temas históricos e mitológicos e se caracterizava por figuras detalhadamente representadas em tons pálidos, de coloração marrom e cinza, a pintura impressionista tinha por objetivo a representação de momentos simples e cenas da vida cotidiana sob a perspectiva de luz e cores.

A inovação da tinta em tubos permitiu aos pintores trocarem os ateliers por lugares abertos. A representação de um determinado momento da natureza, de suas cores e sombras, exigia rapidez de trabalho na tela, o que levou ao desenvolvimento de uma técnica distinta daquela empregada na pintura neoclássica.

Essa nova técnica foi adotada pelos pintores impressionistas como um valioso recurso criativo, considerando que ela permitia transportar para a tela o frescor de um momento escolhido. Superando a pintura tradicional de atelier, o impressionismo significou, então, uma revolução na forma de ver e reproduzir as coisas⁷⁸.

No entanto, em um primeiro momento, o resultado deste novo movimento artístico foi recebido pelos críticos de arte de forma bastante negativa. A própria expressão “impressionismo” é originária de uma manifestação negativa, denotando a “impressão” de um pintor que não logrou transpor para a tela, de forma ordenada e completa (ou seja, de acordo com as expectativas da linha neoclássica de pintura), aquilo que o impressionou. Nesse sentido, manifestou-se o crítico de arte LOUIS LEROY em relação à primeira exposição impressionista de 1874, especificamente em relação à pintura de Claude Monet:

“Impressão – Pôr-do-sol”: “Impressão, eu de fato pensei nisso; uma vez impressionado tem-se, de fato, uma impressão... E que liberdade, que leveza de trabalho manual! Um tapete em estado embrionário foi trabalhado nesse pedaço de lago...”⁷⁹

A representação de Monet na tela mencionada, o “tapete em estado embrionário”, não foi considerada naquele momento como criação intelectual original, posto que extrapolava os limites dos cânones estéticos em vigor.⁸⁰ Posteriormente, a pintura de Monet veio a ganhar conotação de verdadeira obra de arte, o que significa que a técnica impressionista foi socialmente absorvida como

⁷⁸ Ob.cit. pág. 11

⁷⁹ Ob.cit. pág. 12.

⁸⁰ A respeito dos cânones estéticos vide abaixo.

cânone estético. Também, a expressão *impressionismo* perdeu seu valor ofensivo, passando então a ser empregada para designar o movimento artístico.

Um outro exemplo pode ser retirado da forma de manifestação do sentimento estético no período da Idade Média. Conforme narra HAUSKELLER, naquele tempo, valor estético e valor utilitário se fundiam, o que significa que o resultado de uma criação intelectual não era admirado apenas em razão de sua essência estética, mas também pelo fim que cumpria o objeto onde se manifestava.

A despeito do valor estético do vidro na Idade Média, um objeto produzido com este material que, porém, não lograsse cumprir com sua finalidade utilitária, poderia ser considerado antiestético. Vejamos o exemplo de uma espada de vidro: as espadas que satisfariam o padrão estético medieval eram aquelas que eram consideradas belas e modeladas em ferro, e não as consideradas belas e modeladas em vidro, uma vez que a espada perderia aqui sua utilidade.⁸¹

4. O filtro que nos permite reconhecer algo como uma criação intelectual original é o sentimento estético de cada indivíduo. Segundo SEEL,⁸² o sentimento estético pressupõe um espectro amplo de elementos do conhecimento prático, histórico e teórico. Enxergar um conteúdo estético na obra de Bacon, por exemplo, exige um espectro estético que não fazia parte do contexto cultural da sociedade no tempo de Velázquez.

Criações intelectuais originais comunicam alguma coisa, porém, à ausência do espectro estético necessário que lhes permite ser compreendidas, elas permanecem mudas.

E mais, sem resistir à tentação de apresentar ao leitor um outro aspecto da compreensão do conteúdo de “mensagem” das criações intelectuais originais, descrevo aqui um episódio vivido por Pablo Picasso.

O artista espanhol pintou, em 1937, o painel intitulado “Guernica”, representando um bombardeio na cidade de mesmo nome, ocorrido em 26 de abril daquele ano, levado a cabo pela Legião Condor, uma força militar enviada pelos nazistas para apoiar o General Franco na Guerra Civil Espanhola. Interpelado por oficiais nazistas, ao ser indagado se teria sido ele o autor do painel, Picasso

⁸¹ HAUSKELLER, ob. cit., pág. 22.

⁸² SEEL, *apud* WILD, Georg. *Von der staatlichen Einmaligkeit zum soziologischen Werkbegriff - Zum 35-jährigen Publikationsjubiläum von Max Kammers „Das urheberrechtlich schützbares Werk“*; Sic! 1/2004, 61, pág.4, disponível em <<http://www.sic-online.ch/2004/documents/061.pdf>>.

respondeu: “Não, são vocês.”⁸³ Picasso exprimiu, por meio de sua resposta, que a mensagem contida em sua criação intelectual não pode ser compreendida fora de um contexto histórico-cultural determinado.⁸⁴

No que pese o direito de autor, cabe dizer que ele está para o sentimento estético assim como o peixe está para a água. Onde não há satisfação do sentimento estético não há a *categoria* da criação intelectual protegida pelo direito de autor.

Isto posto, também não será possível, então, compreender a forma de expressão como algo destacado do “domínio público”. Se a forma de expressão reflete decisões de composição individuais, também essas decisões não são *creatio ex nihilo*.

Para que a conclusão reste clara, lanço mão de outra ilustração. Diante de minhas queixas sobre a dificuldade com o português escrito – já que, por morar fora do Brasil e vivenciar uma realidade bilíngue, a forma com que me expresso nesse idioma, por vezes, carece de qualidade –, o Professor Antônio José Avelãs Nunes, da Universidade de Coimbra, aconselhou-me a leitura dos clássicos da língua portuguesa. Assim, ao ler Eça de Queiroz, por exemplo, eu aprenderia (aprender: “capturar” o conhecimento emitido por alguém) com a *forma de expressão* daquele autor clássico. Ao adotar esta prática, uma inevitável questão se impõe: aprendendo com os autores clássicos a melhorar minha expressão escrita em português, o que seria nela a minha individualidade e o que seria a individualidade dos autores clássicos?

Retomando mais uma vez a ideia de direito de propriedade do autor sobre a obra, e aqui fornecendo mais uma razão que depõe contra a ideia de direito de propriedade em relação a criação intelectual, cabe enfatizar que o conceito de propriedade pressupõe *individualização*, e na criação intelectual – mesmo no que toque a *forma de expressão* – não podemos determinar e distinguir ao certo a quantidade de elementos pessoais (individuais) e de elementos culturais (portanto, livres).⁸⁵ Essa conclusão remete-nos ao problema de Shylock, na obra teatral de Shakespeare:⁸⁶ Como tirar do corpo de Antônio uma libra de carne sem, porém, derramar gota alguma de sangue?

⁸³ Quem conta esse episódio é ADORNO, Theodor W. Engagement, in o mesmo, *Noten zur Literatur*, Frankfurt a.M., 1974, pág. 424.

⁸⁴ O exemplo é de BERTRAM, ob. cit., pág. 125. O autor lança mão dele para explicar as posições estéticas adotadas pelo do filósofo alemão Georg Wilhelm Friedrich Hegel, sobre as quais não posso me ater, no momento.

⁸⁵ Vide ATTAS, Daniel. Lockeans Justification of Intellectual Property, in GROSSERIES/MARCIANO/STROWEL (Org.), *Intellectual Property and Theories of Justice*, Palgrave Macmillian (2008), págs. 41 ss.

⁸⁶ Referência à peça teatral de Shakespeare “O Mercador de Veneza”.

5. Como venho demonstrando no decorrer deste ensaio, a produção intelectual acontece em um âmbito livre (“domínio público”) e só pode ser compreendida como tal nesse contexto, i.e., no contexto do “domínio público”.⁸⁷ Assim, a proteção patrimonial garantida ao autor caracteriza uma intervenção do legislador nesse estado de liberdade natural, e essa intervenção clama por justificativa, para que possa lograr legitimidade.

A *originalidade* da criação intelectual, que aqui compreendo como a *contribuição reflexivo-transformadora* contida na criação intelectual, é o único critério capaz de legitimar a proteção patrimonial, ao mesmo tempo em que traça seus limites. Desponta então evidente a importância da determinação de critérios que permitam verificar a presença ou ausência do elemento *contribuição reflexivo-transformadora*. A esta tarefa dedico-me logo a seguir.

6. Antes, porém, faz-se ainda necessário considerar o critério da *individualidade* como elemento legitimador da proteção autoral.⁸⁸

No que tange o direito patrimonial a posição que adoto já restou esclarecida: não é a expressão da individualidade de alguém o elemento que pode legitimar a exclusividade de controle de acesso (portanto, o direito patrimonial de autor). O elemento de onde se retira a legitimidade do direito patrimonial de autor é a *originalidade* na forma de expressão, um critério vinculado à ideia de uma *contribuição reflexivo-transformadora*.

Mas também no que toca o chamado direito moral de autor não vejo no critério da individualidade, pelo menos não no sentido em que é comumente empregada a expressão, indicando a obra intelectual como um prolongamento da pessoa (personalidade) do autor, qualquer função legitimadora. Em miúdos, o chamado direito moral de autor abarca prerrogativas que, como demonstrarei a seguir, não entendo originadas na ligação entre autor e obra, mas antes de um contexto sociojurídico específico.

Para explicar o que tenho em mente lanço mão do “exemplo do bolo de milho”, uma construção coletiva, produto de longas discussões com Denis Borges Barbosa, mas não sem ressaltar

⁸⁷ Vide, nesse sentido, ASCENSÃO, ob. cit. (*A questão do domínio público*).

⁸⁸ Na mesma linha, depois de apresentar o presente trabalho no IV Congresso de Direito de Autor, realizado em 2010, em Florianópolis, houve quem defendesse na plateia a legitimação da proteção autoral com recurso a “alma” do autor. No contexto da análise em questão, o conteúdo da expressão “alma do autor” encerra o mesmo sentido da expressão “individualidade”.

que a construção conjunta não implica necessariamente que o amigo compartilhe do entendimento que aqui defendo.

Parto da cena de uma festa, onde cada convidado havia se comprometido a levar um prato de comida. Imputo a mim a qualidade de talentosa cozinheira e imagino ter assado e levado comigo ao evento um saboroso bolo de milho que, quando degustado, é por todos elogiado. Penso, então, em um dos convidados exclamando e perguntando em voz alta:

- “Que bolo delicioso! Quem o fez?”

Ao que, antes que possa responder à pergunta e dar-me a reconhecer como a “mãe” do bolo, uma amiga responde rapidamente e também em voz alta:

- “Fui eu!”

Presumo que o leitor, porque vive no mesmo contexto cultural que o meu, compartilhe de minha indignação ao não ver satisfeito o meu desejo ideal de ser reconhecida como a “mãe” do bolo, um desejo que, destaco, por uma não está vinculado a caracterização do objeto por mim criado como obra intelectual e, por outra não deixa antever qualquer motivação de natureza patrimonial (o bolo não está sendo explorado comercialmente).

A mesma ilustração permite explicar o desejo de defesa da integridade da obra intelectual. Ainda valendo-me do exemplo do bolo de milho, imagino que uma terceira pessoa, sem o meu conhecimento, tenha decorado a iguaria com um creme de queijo de sabor desagradável. Pressuponho que o leitor, como eu, também se sentiria tentado a esclarecer não ter sido ele o responsável pelo resultado final do bolo.

E mais: e se ao retirar o bolo de milho do forno, eu notasse ter queimado a iguaria? O leitor, como eu, levaria o bolo a tal festa? E se, chegando ao evento, e após provada uma fatia do bolo, eu percebesse ter esquecido o açúcar na receita? O leitor, como eu, não optaria por retirá-lo da mesa, não mais oferecendo-o aos convidados?

O bolo de milho é produto de um esforço de composição dos ingredientes mencionados na receita, que aprendi com a minha avó. Ele não é obra intelectual, posto não traduzir qualquer ato original (ou não representar uma *contribuição reflexivo-transformadora*). Mesmo que sua apresentação venha a satisfazer um desejo estético – penso na apresentação do bolo decorado – ele continuará, em regra, a não caracterizar obra intelectual.⁸⁹ Mas mesmo e apesar disto, minha relação

⁸⁹ As razões que justificam esta afirmação vêm expostas abaixo. Mas sinto-me tentada a proceder, já de plano, algumas considerações a este respeito. Durante uma oficina sobre direito de autor foi-me proposta a seguinte

com ele está pautada por interesses que correspondem aos interesses protegidos pelo chamado direito moral de autor. Por que?

Porque o trabalho – seja ele intelectual ou não, ou represente seu produto uma contribuição reflexivo-transformadora ou não – não é socialmente considerado apenas como um direito de alguém, mas antes e também como uma *obrigação moral*.⁹⁰ Nesse sentido a proteção (e exaltação) do trabalho individual é valor central do nosso ordenamento jurídico.

É muito importante notar que o termo *individual* não reporta aqui a uma pessoa determinada, o sujeito-autor do trabalho – o que justificaria ver no trabalho um prolongamento da pessoa ou personalidade do sujeito-autor – mas antes tem conotação geral, como qualificativo que ganha contorno em contraposição à noção de coletivo.

Nesse sentido os interesses “morais” de autor, e na mesma linha os interesses individuais que pautam minha relação com o bolo de milho do exemplo acima, não são, e aqui vou contra a posição adotada pela massa da doutrina, interesses que estariam juridicamente pautados diretamente na *pessoa* que presta o trabalho (o autor), i.e. interesses que adviriam da personalidade (ou da pessoa) do autor. A proteção jurídica que lhes cabe está pautada, i.e. *tem sua fonte, no trabalho individual como um valor social e jurídico*. Isso explica porque os interesses que marcam minha relação com o bolo de milho coincidem com os interesses de um autor em relação a sua obra intelectual.⁹¹

questão: Como proteger o prato decorado de um cozinheiro, que é imediatamente consumido depois de apresentado? Seria justo não proteger o trabalho estético do cozinheiro? Se partimos do princípio de que a regra é a liberdade, enquanto a exclusividade é exceção, então a própria questão já desponta deslocada: nem tudo o que criamos ou produzimos é merecedor de proteção exclusiva. A afirmação ganha ainda mais força quando recordamos que o ser humano é, por natureza, sujeito estético. Nós combinamos as cores de nossas roupas, decoramos nossas casas, nos preocupamos com a apresentação de nossas mesas de jantar etc. Onde acabaríamos se toda e qualquer manifestação estética fosse passível de proteção exclusiva? Assim devolvo a pergunta que me foi feita: Seria justo (senão até mesmo praticável) oferecer proteção a qualquer tipo de manifestação estética? A expressão “em regra” na sentença em anotação refere-se a um aspecto importante na estrutura deste estudo, que será analisado mais adiante.

⁹⁰ Desenvolver a noção do trabalho como obrigação moral extrapolaria os limites da presente exposição, mas não será difícil ao leitor interessado encontrar informações sobre o tema. Basta, para tanto, que procure, no âmbito da filosofia ou da sociologia os estudos respectivos. Para facilitar a busca destaque encontrarmos a noção do trabalho como obrigação moral na filosofia de Immanuel Kant, Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Johann Gottlieb Fichte entre tantos outros.

⁹¹ Expressão deste valor vem bem plasmada nas palavras de CARBONI, Guilherme, Aspectos gerais da teoria da função social do direito de autor, in *Estudos de Direito de Autor e Interesse Público – Anais do II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público*, Fundação Boiteaux (2008), em http://www.direitoautoral.ufsc.br/arquivos/anais_na_integra.pdf: “Isso porque a atribuição da paternidade da obra a uma outra pessoa que não o próprio autor seria um *desvirtuamento da própria realidade*, o qual, evidentemente, não poderia ser amparado pelo Direito.” (grifo meu). A realidade a que se refere o autor é a realidade que valora o trabalho individual.

A tese que sustento pode ser comprovada ao afastarmos-nos do individual como valor central e adentramos na seara do coletivo. Para tanto trago como exemplo a plataforma da Wikipedia, onde os verbetes apresentados são produzidos por anônimos voluntários e sujeitos a um processo contínuo de transformação.⁹² O valor do trabalho prestado pelos escritores da plataforma em questão não é individual, mas coletivo e, em correspondência, os interesses dos sujeitos que prestam o trabalho de produção dos verbetes não se manifestam de forma individual. Direito de Autor, seja naquilo que toque seu aspecto pessoal (moral) ou seu aspecto patrimonial, não faz sentido algum na estrutura coletiva da Wikipedia. Ao contrário, ele só fará sentido quando inserido em um *escopo de valorização estrutural do individual*. Aqui uma condição *sine qua non*.

Destaco que por trás dos verbetes da enciclopédia eletrônica sempre encontraremos um indivíduo dotado de personalidade, o sujeito do ato de produção dos verbetes. O vínculo entre o escritor e o verbete é fato: o verbete foi escrito pelo escritor e permanecerá tendo sido escrito por ele.⁹³ Mas e apesar disto o verbete não interage com o mundo exterior como sendo de alguém, mesmo e apesar de ser de alguém.⁹⁴

Em outras palavras, se o vínculo pessoal entre autor e obra é fático, por que uma criação pressupõe alguém que a produza, seu *valor jurídico* não se encontra na relação entre criador e criação, *mas antes na estrutura valorativa em que essa relação está inserida*. O elemento da individualidade só ganha relevância para o Direito de Autor sob a perspectiva estrutural descrita e em contraposição a uma estrutura de valoração do coletivo.

Como consequência da posição adotada, não posso ver no chamado direito moral de autor um direito de natureza pessoal, de personalidade ou personalíssimo.⁹⁵ O direito moral de autor desponta, ao contrário, como um reflexo de um valor jurídico situado na base de nosso ordenamento jurídico: valorização e exaltação do trabalho individual.⁹⁶

Tomo então distância das posições monista ou dualista em suas formas correntes: o direito de autor se caracteriza apenas pelas prerrogativas patrimoniais; as chamadas prerrogativas pessoais

⁹² Em semelhança à tradição oral.

⁹³ Nesse sentido a *Ilíada* de um Homero, pessoa que nem mesmo sabemos ter de fato existido, é a *Ilíada* de Homero, sempre foi e sempre o será.

⁹⁴ Aqui a diferença com a obra coletiva, como entendida pelo direito de autor que, se também realizada por várias mãos, seu resultado interage com o mundo exterior pautado como sendo produto do trabalho de alguém.

⁹⁵ Note, leitor, que neste momento revejo a posição teórica que vinha adotando até então.

⁹⁶ As liberdades de iniciativa, de exercício de profissão, de concorrência etc. também reportam ao valor sociojurídico do trabalho individual.

(morais) não são prerrogativas “de autor”, mas prerrogativas originadas em um momento anterior ao desenho legal do Direito de Autor.⁹⁷

Como consequência e em exercício hipotético, mesmo que um dia o legislador decida por não mais proteger a criação intelectual, enquanto o trabalho individual estiver valorizado na base do ordenamento jurídico o autor continuará a poder reclamar a autoria de sua criação, ou a defender sua integridade etc., da mesma forma que, em tese, caberia a mim reclamar o reconhecimento da autoria do bolo de milho.⁹⁸ Por outro lado, mesmo persistindo a garantia das prerrogativas do chamado direito moral de autor, em uma estrutura de valorização da produção coletiva anônima, como demonstrei com o exemplo da plataforma da Wikipedia, tais prerrogativas despontam vazias.

Não ignorando a máxima que há grande diferença entre aquilo que se pensou, aquilo que se escreveu e aquilo que o leitor entende,⁹⁹ não me sinto isolada na posição que adoto em relação ao chamado direito moral de autor e que, evidentemente, vai de encontro àquela postulada pela quase totalidade da doutrina.

Apesar de não corresponder em sua totalidade a posição acima adotada, vejo na lição de CARBONI¹⁰⁰ indícios de raciocínio semelhante ao que adoto, lição que com prazer reproduzo aqui:

“Predomina na doutrina o entendimento de que o direito de autor é um direito *sui generis*, uma vez que a sua natureza jurídica tem como base dois direitos distintos: os direitos morais e os direitos patrimoniais. Os direitos morais de autor são

⁹⁷ Ao circunscrever no núcleo do Direito de Autor apenas as prerrogativas patrimoniais não estou a adotar posição revolucionária. Já Josef KOHLER, jurista alemão que viveu entre 1849 e 1919, assim o compreendia. Por certo o jurista não legitimava as prerrogativas morais do autor com recurso ao valor do trabalho individual. Kohler, como todos nós somos, foi uma pessoa de seu tempo. É muito difícil lançar mão de argumentos que estejam aquém da nossa realidade. Na verdade, se não fossem os desafios teóricos que plataformas digitais do tipo „Wikipedia“ vêm criando, eu provavelmente não teria encontrado qualquer estímulo para questionar a posição teórica que vê na criação intelectual um prolongamento da pessoa (personalidade) do autor. Mas o Direito é isso, um produto cultural e, portanto, em constante transformação. No que toca a posição de Kohler, vide KOHLER, Josef, *Das Autorrecht: eine zivilistische Abhandlung; zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Eigentum, vom Miteigentum, vom Rechtsgeschäft und vom Individualrecht* in <http://dlib-pr.mpiet.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22160676%22>.

⁹⁸ CARBONI, ob. cit., indica neste sentido a posição de Tullio ASCARELLI, que defendia um direito a paternidade aplicável a quaisquer atos de criação, inclusive aqueles relativos a criações não tuteladas como bens intelectuais. No que tange o exemplo com o bolo de milho é sem dúvida questionável se um Tribunal se ocuparia com o assunto, mas o questionamento não tem suas razões no interesse de reconhecimento da paternidade em relação a iguaria, mas antes frente a insignificância do fato. Lembrando da regra do Direito Romano: *minima non curat praetor*.

⁹⁹ A máxima aprendi com o amigo Miguel Angel Bouza.

¹⁰⁰ CARBONI, ob. cit.

classificados como direitos da personalidade, pois a obra intelectual seria um prolongamento da própria pessoa do autor. Por essa razão, teriam como fundamento o direito natural.

Entretanto, defendemos que os direitos da personalidade deveriam ser circunscritos àqueles estabelecidos em lei, ainda que na forma de princípios gerais, pois, a nosso ver, é na esfera política que são reconhecidos os valores comuns e estabelecidos os princípios fundamentais.^{NO} Dessa forma, a garantia dos direitos da personalidade estaria na cláusula geral da tutela da dignidade da pessoa humana da Constituição Federal brasileira, que se encontra no ápice do ordenamento, funcionando como o valor re-unificador da personalidade a ser tutelada, além de informar todas as relações jurídicas, bem como a legislação infraconstitucional.^{NO}

Porém, a proteção da dignidade da pessoa humana não pode resultar num individualismo exacerbado, uma vez que ela difere diametralmente da concepção jurídica de indivíduo, pois tem de ser apreciada a partir da sua inserção no meio social e nunca como uma célula autônoma.^{NO}

CARBONI, na mesma linha que adoto, não tem como acertada a classificação ampla dos direitos morais de autor como direitos oriundos de um prolongamento da personalidade do autor, mas antes os situa no âmbito de uma de definição legal ou, melhor, de uma escolha política. Assim também o faço, ao afirmar que sua natureza deriva de um valor social incorporado no ordenamento jurídico.

Divergente é a posição do autor, também amigo de muitos anos, no que toca a fonte legal que justifica a proteção das prerrogativas em questão: enquanto ele a vê na proteção da dignidade humana, eu a enxergo no valor jurídico (e social) do trabalho individual.

No que toca o preceito da dignidade humana tenho por acertado compreendê-lo não como descritivo de um fato (ou fatos), mas antes como *prescritivo de um comportamento*.¹⁰¹ Esse

^{NO} [Nota Original, 96] Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. Direito civil e constituição: tendências. In: Direito, Estado e Sociedade, no 15, 1999, p. 105 e 106.

^{NO} [Nota Original, 97] 97 Cf. LEWICKI, Bruno. A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho, p. 77.

^{NO} [Nota Original, 98] MORAES, M. C. B. de. O princípio da solidariedade. In: Os Princípios da Constituição de 1988, p. 177.

¹⁰¹ Se descritivo de fatos, então faria sentido ver nele contido, como ouvi defenderem, a possibilidade de consumo de artigos de luxo. A crítica em relação a posição mencionada não está, a meu ver, vinculada ao teor descritivo do conteúdo fático que se pretendeu emprestar a dignidade humana – na verdade a autora da afirmação é fascinada por bolsas e sapatos de marcas de luxo e de forma ingênua (e supérflua, o que não deixa de ser uma

comportamento vem, por sua vez, pautado na máxima proposta por Immanuel KANT:¹⁰² no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em seu lugar qualquer outra equivalente, aquilo, porém que constituiu a condição só em razão da qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesmo, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é dignidade. A dignidade é, assim, atributo apenas daquilo que é insubstituível, ou seja, daquilo que pelo fato de possuir um valor absoluto encontra-se acima de qualquer preço. Assim deve-se agir de modo a considerar a humanidade sempre como objetivo, nunca como simples meio.

Nesta linha não posso identificar no conceito de dignidade humana a base da garantia dos direitos morais de autor. A violação do direito de paternidade, por exemplo, direito que CARBONI muito acertadamente vê como o núcleo do chamado direito moral do autor,¹⁰³ não implica em uma violação da dignidade do autor, posto que não tem o condão de instrumentalizar a pessoa do autor no perseguir um fim determinado.

Mas a divergência neste ponto não suprime a coincidência na estrutura do raciocínio.

Por fim, afastando-me do âmbito da definição nominal – até o presente momento defendi o emprego do termo *individual* em um sentido convencionalizado por mim, em reporte a uma qualidade do trabalho em contraposição ao conceito de coletivo, e não em alusão ao prolongamento da pessoa do autor, como é usualmente compreendido – e adentrando no âmbito da definição real, lembro que o destino de tudo aquilo que expressamos é ser interpretado por alguém e, por consequência, a *recriação de nossas expressões*. Ainda, a forma de expressão contida na obra é, por uma, como penso ter demonstrado acima, necessariamente moldada e limitada no e a um contexto cultural pré-determinado e, por outra, elemento passível de incorporação parcial pelo receptor. Como ver, então, na obra recriada (interpretada) e na forma de expressão em parte incorporada pelo receptor o prolongamento da personalidade, pessoa ou individualidade do autor?¹⁰⁴

valoração pessoal minha) deseja que todos gozem do prazer que ela vincula ao desfrute de um destes produtos – mas na possibilidade de emprego inflacionário do termo, que um conteúdo descritivo acaba por possibilitar.

¹⁰² KANT, Immanuel, *Grundlegung zur Methaphysik der Sitten*, in *Werke*, Akademie-Ausgabe, Band. 4, Berlin 1903, 385-464.

¹⁰³ CARBONI, ob.cit.

¹⁰⁴ Nesse sentido disse: “A obra comunica uma mensagem que é recebida pelo destinatário e por ele incorporada intelectualmente. Por isso a cultura é um espaço erguido por muitas mãos e é equivocado comparar-se a exclusividade da criação intelectual com um bem material, qual uma casa. O construtor da casa molda os tijolos de barro, o criador da obra tira os “tijolos” da obra que cria do mesmo lugar para o qual enviará sua obra: o patrimônio cultural. Dai ser impossível equiparar-se uma obra intelectual a um bem material e/ou falar em domínio do autor sobre a criação. O autor merece ser remunerado pelo seu trabalho, mas não domina a obra, como domina, o proprietário, a casa. O que desejo afirmar é isto: interpretarei o texto do Paulo Coelho dizendo

Aqui resta evidente: a construção do direito moral do autor, a exemplo da construção do direito de propriedade do autor em relação a obra, só é possível em desconsideração das características próprias do objeto que se define e, ainda, em desconsideração do elemento do *receptor* das expressões criativas e de sua relação com a obra intelectual.¹⁰⁵ Se tal construção logrou prevalecer até o momento, assim ocorreu por razões históricas e ideológicas, razões que, por sua vez, vão perdendo sentido frente as transformações da sociedade de informação.

7. Antes de prosseguir com o estudo da *originalidade* – o nó Górdio da proteção patrimonial de autor –, cabe tecer alguns comentários sobre a *unicidade* das criações intelectuais e sua *probabilidade estatística*.

A probabilidade de um artista que nunca tenha visto o retrato de Inocência X de Diego Velázquez vir a pintar o mesmo quadro é praticamente zero. Nesse sentido, há quem queira retirar dessa impossibilidade estatística um critério de determinação daquilo que poderia ou não ser protegido pelo direito de autor. A unicidade na expressão seria o indicativo da originalidade.

Do ponto de vista filosófico, a teoria da unicidade estatística é construída a partir de uma visão de mundo exageradamente individualista: a regra seria a proteção exclusiva, enquanto a liberdade seria mera exceção.

Tal entendimento vem bem plasmado na expressão de MACCIACCHINI, que considera tudo o que o homem comunica, ou seja, toda e qualquer exteriorização intelectual humana, uma obra intelectual em potencial, e, portanto, passível de proteção exclusiva:

“Toda comunicação, seja ela até mesmo a mais banal, contém um significado espiritual. Cada um que se comunica é, assim, um autor em potencial no sentido jurídico da palavra, mas ele é, também, um violador em potencial de um direito autoral de um terceiro. Ao que se afirma não se pode contra-argumentar com a

algo, sobre o texto, que Paulo Coelho não disse diretamente. Em verdade eu é que atribuo a ele o que resulta da minha interpretação do seu texto. O interpretar, aqui, é puro desdobramento do valor cultural do texto, a comprovar que o texto não está vinculado ao Paulo Coelho, sendo livre e interagindo comigo, destinatária dele.” GRAU-KUNTZ; Karin, Comentário, in Revista Eletrônica do IBPI, vol. 4 <http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/8a6e575f40fc6c7dffff80aeffffef.pdf>.

¹⁰⁵ Vide GRAU-KUNTZ, Karin, *A quem pertence conhecimento e cultura? Uma reflexão sobre o discurso de legitimação do direito de autor*, in Liinc em Revista, Vol. 7, No 2 (2011), <http://revista.ibict.br/liinc/index.php/liinc/article/view/437>.

afirmação de que uma mera comunicação não seria ainda uma obra. Uma comunicação apenas não será obra quando os pressupostos legais de proteção não forem satisfeitos.”¹⁰⁶

Cum grano salis, posto que uma explicação consistente exigiria ser precedida, no mínimo, de uma introdução à sua teoria do conhecimento, a posição de MACCHIACCINI coincide com a do filósofo italiano BENEDETTO CROCE,¹⁰⁷ que entendia ver o qualitativo “arte” em todas as expressões intelectuais. Sob tal ótica, todos os homens nasceriam poetas. Porém, como não haveria deixar de ser, já que de fato há diferenças estético-qualitativas nas expressões intelectuais, CROCE estabeleceu uma distinção entre a arte de boa qualidade e a arte de qualidade ruim. Os homens, então, nasceriam todos como poetas, mas se dividiriam em duas categorias, a de bons poetas e a de maus poetas.

Já MACCHIACCINI, ao contrário, não entende apenas, em analogia ao pensamento de CROCE, que todos os homens nascem poetas, mas antes não haver diferença entre as criações intelectuais, ou seja, todas as expressões humanas seriam poesia, e a única diferença entre elas seria determinada pelos pressupostos legais de proteção.

A teoria da unicidade estatística é, como bem nota TROLLER,¹⁰⁸ “*a consequência necessária da individualidade*”. Uma vez demonstrado que a individualidade não é elemento bastante para legitimar a proteção patrimonial, ou até mesmo a moral, se consideramos a individualidade em si, e não como elemento de contexto sociojurídico, a teoria da unicidade, então, resta oca.

Mas ainda sob outra perspectiva, a teoria da unicidade estatística não é capaz de satisfazer.

Persistindo nas obras plásticas como exemplo, e considerando apenas seus elementos iconográficos – a teoria da unicidade estatística compreende a criação intelectual como uma expressão *meramente* simbólica –, é possível afirmar que quanto maior a quantidade desses elementos nelas presentes, maior a possibilidade estatística de que a criação venha a ser única. Na mesma linha de

¹⁰⁶ MACCHIACCINI, Sandro. *Die urheberrechtlich schützbares Doppelschöpfung: Ein populärer Irrtum*. Bemerkung zu Gregor Wild, Von der statistischen Einmaligkeit zum soziologischen Werkbegriff, Sic! 1/2004, 61 ff; in sic! 4/2004, 351, pág. 2.

¹⁰⁷ CROCE, ob.cit.

¹⁰⁸ TROLLER, Alois, *Immaterialgüterrecht*, Vol. I, 3ª ed., Basel/Frankfurt: Helbing & Lichtenhan: 1985, pág. 365.

pensamento, quanto menor a quantidade de elementos iconográficos, menor a probabilidade de proteção autoral.¹⁰⁹

Para ilustrar tal afirmação, reporto-me, na Figura 4 *infra*, às reproduções da pintura suprematista de Malevich¹¹⁰, *Quadrado preto sobre um fundo branco*, e à escultura de Rupprecht Geiger, *Azul arredondado*. Sob a perspectiva da teoria em análise, nem mesmo se cogitaria proteger tais criações intelectuais pelo direito de autor.

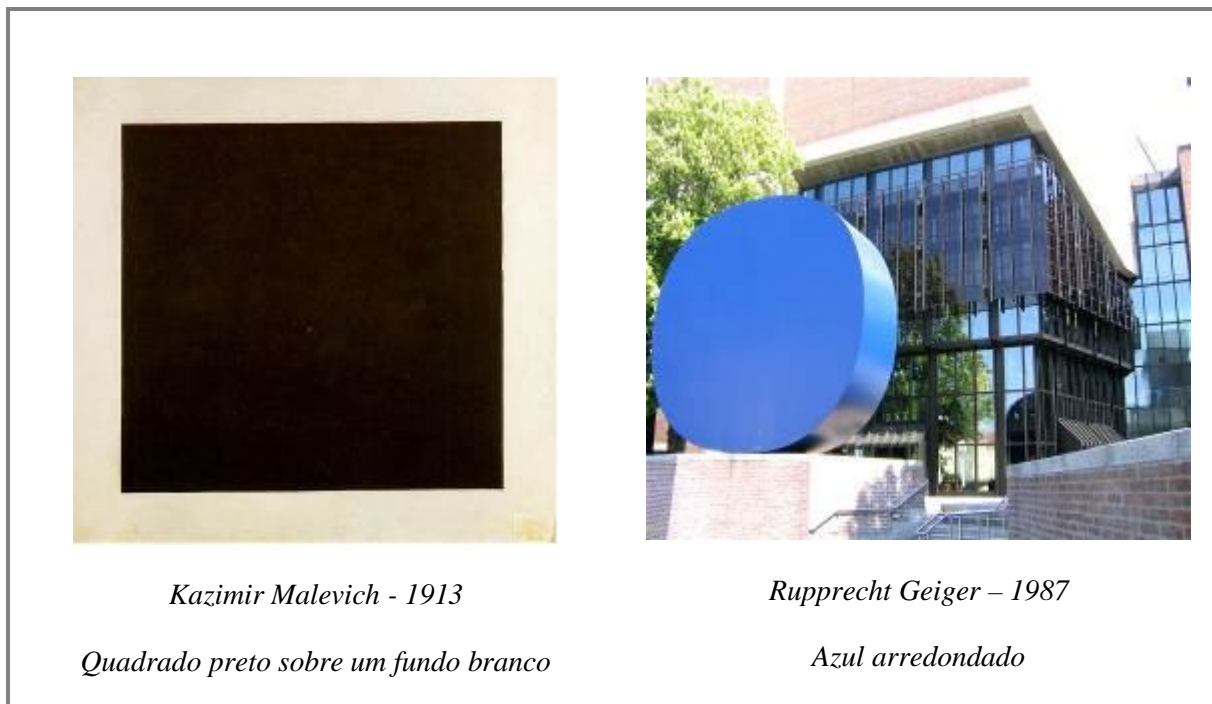


Figura 4 – Obras abstratas

A teoria da unicidade estatística, proposta pelo jurista Max Kummer, é uma construção que tem por escopo um entendimento deveras simplista da criação intelectual original. Creio ter demonstrado que as criações intelectuais originais são muito mais do que um conjunto de elementos

¹⁰⁹ Vide STRAUB, Wolfgang. *Individualität als Schlüsselkriterium des Urheberrechts*, in GRUR Int., Nr. 1/2001, pág. 7. Esse raciocínio, de plano, teria como consequência a não proteção de muitas obras abstratas ou minimalistas.

¹¹⁰ Malevich era russo, e a grafia de seu nome - Казимир Северинович Малевич - varia quando transposta ao alfabeto latino.

simbólicos. Porque, muito mais complexa do que sua expressão simbólica, uma eventual unicidade da criação intelectual não poderá jamais ser simplesmente medida na identidade dos elementos de composição. Duas criações intelectuais podem ser idênticas quanto aos seus elementos simbólicos e, apesar disso, se mostrarem distintas no que toca o teor daquilo que comunicam.

DANTO¹¹¹ trabalha com esta possibilidade, imaginando uma exposição de quadros idênticos no que toca o elemento de suas composições – um quadrado vermelho. Ele reporta a escolha desta composição a uma descrição fornecida pelo filósofo Sören Kierkegaard da pintura da figura geométrica na cor mencionada representando a travessia dos israelitas pelo mar vermelho. De acordo com o autor da pintura, e ainda seguindo o relato de Kierkegaard, o elemento simbólico representaria o momento após a passagem dos israelitas pelo mar e após a morte por afogamento dos egípcios.

Kierkegaard, após descrever e explicar o quadro composto pelo quadrado vermelho, afirma que os acontecimentos de sua vida se assemelhariam a ele: caos interno, rompimento com a tradição judaica, busca no cristianismo, polêmica, alma maltratada; em síntese, “um sentimento, uma cor”.

DANTO, então, aproveitando a confissão de Kierkegaard, imagina a pintura de um quadrado vermelho a representar o ânimo de Kierkegaard, pintura que posiciona em seu relato ao lado da pintura de um quadrado vermelho, este representando a passagem dos israelitas pelo mar vermelho. Duas pinturas idênticas quanto aos elementos simbólicos, porém evidentemente distintas no que toca o teor daquilo que comunicam.

Voltando a teoria da unicidade estatística, seu extremismo individualista, bem como o fato de ela considerar apenas a expressão simbólica das criações intelectuais, explica ter sido largamente rejeitada pela doutrina internacional. Nas palavras de STRAUB:

“Apesar da argumentação de Kummer ter sido a princípio discutida internacionalmente com intensidade, a sua influência na prática e na doutrina foi parca. No âmbito internacional ela – se é que chega a ser considerada – é rejeitada pela grande maioria.”¹¹²

¹¹¹ DANTO, ob. cit. Pág. 17.

¹¹² STRAUB, pág. 4, ob.cit.

IX. Balizas propostas para a verificação do elemento *originalidade* nas obras intelectuais

1. A originalidade é o elemento que legitima o direito patrimonial – e não a criação de *alguém*. Em outras palavras, o critério da originalidade reflete um *plus* cultural, manifestado pela reflexão acompanhada de uma variação ou de uma transformação nos modelos e instituições culturais. Dai falar em *contribuição reflexivo-transformadora*.

Como o leitor pôde acompanhar, foi a análise sociológica que me levou à expressão *contribuição reflexivo-transformadora*. Porém, como me ocupo também com a questão sob a perspectiva das teorias estéticas, a proposição ainda estará fortemente vinculada ao pensamento desenvolvido por Nelson GOODMAN e por Arthur C. DANTO.¹¹³

A perspectiva que adotarei a seguir envolverá especialmente a questão “Quando se trata de criação intelectual original?”, ao invés de me concentrar na pergunta “O que é criação intelectual original?”.

A averiguação da *contribuição reflexivo-transformadora* – a qual, no sistema de direito de autor, justifica a garantia de uma exclusividade de controle de acesso à obra intelectual – terá sempre e inevitavelmente traços de valorações subjetivas.¹¹⁴ Ademais, pensar sobre criações intelectuais originais implica necessariamente caminhar pela trilha do subjetivismo.

Criações intelectuais originais não são determinadas conforme estabelecemos o que vem a ser, por exemplo, uma mesa ou um animal. Mesas ou animais podem ser determinados por suas características intrínsecas. A definição de “criação intelectual original”, antagonicamente, não pode ser determinada de forma satisfatória por meio de características que fazem dela aquilo que é; pelo contrário, a criação intelectual original só poderá ser determinada como tal através de seu êxito em *comunicar* ou não alguma coisa (uma reflexão ou uma transformação cultural). A frustração da tentativa de Max Kummer em determinar uma fórmula matemática capaz de poupar o juiz da indesejável tarefa de ter de valorar esteticamente a criação intelectual¹¹⁵ nos obriga a aceitar esse dado como um fato. Fato que, nas palavras de WILD¹¹⁶, nem mesmo é estranho ao direito, considerando ser ele próprio produto de valores culturais.

¹¹³ (ob.cit).

¹¹⁴ Sobre a impossibilidade de evitar valorações subjetivas, v. GAMM, Eva-Irina. *Die Problematik der Gestaltungshöhe im deutschen Urheberrecht*. UFITA, 216. Baden-Baden: Nomos (2004), pág. 107 ss.

¹¹⁵ Vide WILD, pág. 1, ob. cit.

¹¹⁶ Vide WILD, pág. 2, ob. cit.

O que se afirma não quer, porém, assinalar que se possa trazer ao bojo do direito de autor no momento da busca pela originalidade nas obras intelectuais, *valores pessoais do observador*. Para evitar que o processo de averiguação da contribuição reflexivo-transformadora se perca em um mar de preferências individuais, o que é estranho ao Direito, determina-se aqui balizas de conteúdo objetivo, que demarcam o campo dentro do qual deve ser procurada e encontrada a originalidade.

Destaco, ademais, ser o presente estudo de natureza jurídica. Porém, no momento em que passo a apresentar as balizas jurídicas, não posso abster-me de mencionar, ainda que *en passant*, as razões teórico-filosóficas que me levam a propô-las (ou que justificam a minha concordância com a proposição das balizas de NORDEMANN e SCHULZE, na forma recepcionada por WILD). A menção da linha teórico-filosófica é essencial para que eu possa legitimá-las, ou seja, para demonstrar ao leitor que as balizas aqui descritas não foram simplesmente “retiradas das mangas” dos autores que as propuseram (*apesar de esses autores não as terem legitimado*). São proposições que resultam efetivamente de um pensamento contínuo, estruturado e lógico.¹¹⁷

2. Compondo então o método desenvolvido por NORDEMANN e SCHULZE¹¹⁸ com as lições de SCHRICKER (e outros) e de LÖWENHEIM (e outros),¹¹⁹ e inserindo nesse contexto pensamentos e conclusões individuais que retiro de teorias estéticas sem, contudo, distanciar-me da categoria de *obras artísticas*, posto terem sido estas o paradigma de análise adotado no presente trabalho,¹²⁰ proponho, a seguir, balizas para a verificação da originalidade.

Antes de descrevê-las, e seguindo a linha das considerações procedidas no item acima, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre a relação entre teorias da estética e o direito.

As teorias estéticas são temas da filosofia. Na filosofia pensamos sobre o que as coisas são – no caso, o que são obras intelectuais originais ou, usando a terminologia técnica, o que é arte. Contudo, no âmbito do direito, *não há espaço para o pensarmos o que é arte*. Para o direito, o que

¹¹⁷ Como quer um trabalho que pretende ser qualificado como científico.

¹¹⁸ O método é citado e incorporado por WILD, ob. cit., pág. 5.

¹¹⁹ Do ponto de vista jurídico, tanto a obra coordenada por SCHRICKER, Gerhard, *Urheberrecht*, 4ª ed., München:Beck (2010) como a coordenada por LÖWENHEIM, Ulrich, *Handbuch des Urheberrechts*, 2ª ed., München: Beck (2010), ofereceram elementos importantes para o desenvolvimento e aplicação das balizas aqui expostas, que WILD, ob. cit., apresentou e que, por sua vez, reportam a NORDEMANN e a SCHULZE.

¹²⁰ As balizas deverão ser adaptadas às características específicas da linguagem de cada categoria de criações intelectuais originais. A aplicação às obras literárias, por exemplo, pede algumas considerações específicas, que pretendo desenvolver posteriormente, em outro ensaio.

interessa é a decisão *sobre* a originalidade da criação intelectual, o que, por sua vez, frente a um caso específico, culminará na garantia ou não de proteção jurídica autoral.

Insisto, apesar de lançar mão de instrumentário filosófico, não estou propondo trazer para o âmbito do direito a discussão sobre o que é arte. No mesmo sentido, não pretendo trazer ao seio do direito as discussões valorativas sobre o conceito de estética. A relação jurídica com a estética aqui proposta é de determinação de um comportamento qualificado como estético; a tônica está no *comportamento*, e não na determinação do estético, i.e., o que importa para o direito é observar se o comportamento indica que o receptor se preocupa em interagir com a criação intelectual interpretando-a, emprestando a ela um significado pessoal, recriando-a.

Da mesma forma – e agora me justifico frente ao leitor afeito às teorias estéticas –, ao aceitar as balizas propostas na forma recepcionada por WILD¹²¹, me curvo à instrumentalidade delas, mesmo consciente de não serem capazes de comportar a complexidade do tema.

O juiz necessita de parâmetros práticos, e não teóricos, para resolver a questão da aplicação do direito de autor. A teoria legitima a proposição de parâmetros de decisão. Os parâmetros possibilitam, por sua vez, decisões com um determinado grau de homogeneidade, o que culmina em segurança jurídica. Assim, minha preocupação é simplesmente dar respaldo teórico-filosófico aos parâmetros propostos por estudiosos do direito, aos quais propus modificações mínimas.

Ao apresentar, a seguir, as balizas de conteúdo objetivo para determinação do elemento “originalidade” nas criações intelectuais, estarei propondo *parâmetros de decisão* quanto ao qualitativo “original”. Se, por um lado, a adoção das balizas tem o mérito de deixar para a filosofia a discussão sobre o que é arte ou, ainda, a discussão quanto à originalidade, por outro, ela possibilitará também a correção de uma tendência moderna negativa, qual seja, a de garantia de proteção autoral a qualquer criação intelectual, inclusive àquela não original.

Insisto mais uma vez no ponto de que o critério da originalidade incorpora o diferencial entre as criações intelectuais em geral e as criações intelectuais que podem ser denominadas “obras”, i.e. as criações que, além de refletirem a necessidade humana de comunicação,¹²² ainda representam uma contribuição reflexivo-transformadora.

¹²¹ WILD, ob.cit.

¹²² Em sua *essência* a criação intelectual não é produto de uma força planejada e controlável, mas antes é produto da natureza comunicativa humana. O homem comunica criando, não só porque almeja a interação social (o homem é um ser social), mas também porque *almeja sua definição como indivíduo por meio da comunicação*. Insistindo, o homem cria intelectualmente para satisfazer um desejo de interação social e para, principalmente, através de suas criações intelectuais, preservar sua própria consciência, definindo-se como indivíduo face ao

No que toca a tendência mencionada, tem ela suas raízes na já mencionada forma moderna de organização econômica, onde, no eixo ao redor do qual a sociedade se organiza, encontramos a informação (sociedade de informação). Ter exclusividade sobre a informação e/ou conhecimento traduz possibilidade de lucro e, assim, a febre da modernidade não é a do ouro, mas a da proteção exclusiva da informação (ou melhor, febre de regulação exclusiva de acesso a ela). A depender daqueles que não refletem para além dos limites da beira dos pratos que os alimentam, toda expressão humana poderia (ou deveria) ser protegida. A posição não apenas ignora o papel do homem como parte de um contexto sociocultural, levando *ad absurdum* sua individualidade criativa,¹²³ mas ainda fecha os olhos frente as reações que a intervenção exagerada no estado natural das coisas vem gerando.¹²⁴

Expressas as considerações, passo a relacionar as balizas propostas:

- a primeira impressão (ou primeira baliza estética): deve-se procurar a reação causada pela primeira impressão em relação à obra. A obra intelectual cujo conteúdo expressivo tenha potencial de contribuição reflexivo-transformadora é geralmente capaz de gerar, de forma espontânea, algum tipo de reação por parte do receptor, posto que a criação intelectual, por traduzir-se em uma contribuição reflexivo-transformadora, necessariamente *comunica* alguma coisa.¹²⁵ E, pela negativa, aquilo que nada comunica geralmente é incapaz de gerar qualquer reação. Desse modo, a primeira impressão frente às criações intelectuais não originais, ou seja, aquela que resulta da simples repetição de um modelo, raramente despertará algum tipo de reação emocional.

coletivo. A criação intelectual não incorpora, então, um *favor* que o autor presta a sociedade, mas reflete, ao contrário, uma necessidade psicológica do sujeito “autor” em relação a seu ambiente. O discurso jurídico que prega o cenário apocalíptico da estagnação cultural e tecnológica como resultado da supressão de proteção ao bem intelectual só poderia ser verdadeiro se o homem não fosse o que ele é: um ser social, um ser comunicativo. Para sustentar o que afirmo em linhas gerais, vide a análise desenvolvida por Paul WATZLAWICK, in WATZLAWICK/BEAVIN/JACKSON, *Menschliche Kommunikation, Formen, Störungen, Paradoxien*. Bern: Hans Huber (2007), 11ª edição.

¹²³ Com a devida vênia àqueles que adotam posição contrária, a única notícia que sou capaz de oferecer ao leitor relativa a um sujeito-criador capaz de criar do nada está na Bíblia, em Macabeus 7, 28: “Eu te suplico, meu filho, contempla o céu e a terra; reflete bem: tudo o que vês, Deus criou do nada, assim como todos os homens.” Ironia à parte, à máxima da *creatio ex nihilo* (criação do nada), tema de extensas discussões no âmbito da filosofia, oferece-se àquela que diz *ex nihilo nihil fit* (nada vem do nada).

¹²⁴ A título meramente ilustrativo recorro as reações contra o ACTA, mencionadas em nota de rodapé *supra*.

¹²⁵ A beleza do potencial comunicativo das criações intelectuais originais está no fato de estas serem desprovidas da intenção de persuadir. Comunicam por comunicar.

As criações intelectuais originais *falam* conosco e o valor delas está no fato de trabalharem aspectos especiais do mundo em que vivemos e sobre nós mesmos. Em outras palavras, o valor das experiências estéticas está no confronto que fazemos com nós mesmos.¹²⁶ Para que as obras intelectuais comunique alguma coisa é necessário que o receptor do processo de comunicação adote uma postura de recepção em relação à criação intelectual original. E é necessário, também, que ele não se desespere frente às dificuldades que a “leitura” das – ou a experiência com – as criações intelectuais originais necessariamente implicam. Se o receptor não se abrir à mensagem da criação intelectual original, esta permanecerá muda. Tal aspecto ficará mais claro quando da análise da terceira baliza.

De forma sucinta, a reação vinculada à primeira impressão desponta aqui como um “termômetro” do grau de variação e/ou transformação cultural, ou, em outras palavras, do êxito no valor comunicativo da criação intelectual original.

- consideração dos elementos da criação intelectual (ou segunda baliza estética): a segunda baliza pede a observação fragmentada da criação intelectual, de seus elementos simbólicos, sem, contudo, perder de vista que esses elementos constituem partes de um todo (a criação intelectual). Essa análise fragmentada, mas sem o distanciamento total da unidade da criação intelectual, é importante porque, uma vez que seus elementos são componentes culturais comuns a todos os integrantes do grupo social, qualquer análise fragmentada destacada do contexto global levaria, indubitavelmente, ao não reconhecimento de um conteúdo reflexivo-transformador.

A análise deverá ser procedida por alguém iniciado nas artes.¹²⁷⁻¹²⁸ Não necessariamente um especialista, mas alguém que – no mote de que só é possível ver aquilo que já conhecemos – tenha condições de compreender a criação intelectual sob o aspecto de técnica simbólica.¹²⁹ Essa exigência se justifica porque o processo de produção e compreensão de criações intelectuais originais nas artes

¹²⁶ Assim BERTRAM, ob. cit., pág. 44 ss.

¹²⁷ Nesse sentido e na perspectiva jurídica, v. SCHULZE, in LÖWENHEIM, pág. 113, ob. cit.

¹²⁸ BERTRAM, ob.cit., págs. 23 ss.

¹²⁹ No que toca a especialidade técnica daquele que procede à análise de aplicação da terceira baliza, noto que DANTO (ob.cit., pág. 207) adota postura diferente da que aqui proponho. Seguindo a linha de seu pensamento, a determinação da originalidade dependeria da teoria, i.e., pressuporia a atmosfera da teoria da arte e conhecimentos de História da Arte. A teoria de DANTO foi desenvolvida dentro de um escopo filosófico, e não com preocupações práticas, como as que pontuam este trabalho. Do ponto de vista prático, seria insustentável postular que a decisão sobre a aplicação da proteção autoral dependesse de análise altamente especializada. Na fusão da teoria com a prática, é necessário chegar a um compromisso.

plásticas acontece dentro de um âmbito de convenções determinadas, conscientes e inconscientes, e só é capaz de reconhecer esse processo aquele que sabe reconhecer tais convenções.¹³⁰

Sob o prisma filosófico GADAMER¹³¹, discorrendo sobre a leitura de construções e de quadros, distingue com clareza a compreensão iconográfica (referente a quadros e construções) – que significa poder descrever o ícone, i.e., compreender as imagens simbólicas representadas na criação intelectual – da compreensão meta-iconográfica – que implica compreensão da obra intelectual, mesmo que não se compreenda a obra iconograficamente. A baliza da reação vinculada à primeira impressão diz respeito à compreensão meta-iconográfica; já a baliza da consideração dos elementos da criação intelectual envolve o reconhecimento dos recursos técnicos que permeiam a linguagem iconográfica.

Por sua vez, BERTRAM,¹³² ao discorrer sobre o conceito essencialista da arte, menciona cânones que, quando satisfeitos, não deixariam dúvida sobre a criação intelectual poder ser considerada original. No Renascimento, por exemplo, com a descoberta da perspectiva central, os cânones da pintura estavam vinculados à representação da natureza. Sob a perspectiva essencialista, a resposta à questão “O que é criação intelectual original?” – resposta esta que, de forma geral, poderia consistir em uma simples afirmação: “É tudo que satisfaz os cânones artísticos” – ganharia, em relação ao período histórico empregado no exemplo, a seguinte definição:

“Criação intelectual original é toda a pintura capaz de representar as formas, as cores etc. da natureza (mimesis) e, quanto mais próxima da natureza, maior o valor artístico de sua representação”.

Ocorre, porém, que a satisfação dos cânones não explica por que consideramos originais as criações intelectuais que contenham novas tendências artísticas (que são novas porque vão além dos limites dos cânones, ou seja, do já estabelecido como suficiente para determinar “o que é criação intelectual original”). Esta questão, que acabo de propor, só poderá ser solucionada se conseguirmos responder a uma outra proposição, qual seja, “Quando se trata de criação intelectual original?” Esta pergunta é o mote da terceira baliza.

¹³⁰ SCHOLZ, *Bild, Darstellung, Zeichen*, 1991, apud HABERSTUMPF, pág. 37, ob. cit.

¹³¹ GADAMER, ob. cit., págs. 133 ss

¹³² BERTRAM, ob.cit.

Neste momento, penso ter começado a evidenciar para leitor o valor das balizas propostas: sem que naturalmente esgotem todas as facetas da complexa discussão envolvida nas teorias estéticas, elas têm, por mérito, condensar três propostas teóricas essenciais para a compreensão do tema. Enquanto a primeira baliza cuida de verificar o potencial comunicativo na criação intelectual, a segunda compreende a criação intelectual sob uma perspectiva essencialista, e a terceira, por fim, cuida da relação do receptor com a criação intelectual, e vice-versa (posição anti essencialista).

- consideração da interação da obra com seu meio ambiente (ou baliza sociológica):¹³³ este critério considera a interação da criação intelectual com seu meio ambiente. A proposição contida nesta baliza pede a consideração da possibilidade de uma experiência estética entre a criação intelectual e o receptor (público), i.e., o qualificador “original” não deve ser procurado na criação intelectual em si considerada, mas antes na existência de uma relação e estética entre a criação intelectual e o receptor.

No âmbito desse parâmetro é então questionado o modo pelo qual a criação intelectual é apresentada ao público, a forma como é assimilada por ele etc.

A forma como compreendo a proposição da baliza sociológica (ou, ainda, baliza anti essencialista) passa necessariamente pelas teorias desenvolvidas por Nelson GOODMAN¹³⁴ e Arthur C. DANTO,¹³⁵ cujas leituras recomendo com grande entusiasmo.

Cum grano salis, e procedendo a um exercício de composição das teorias, a criação intelectual só será original quando envolver práticas que se deixem descrever como práticas estéticas. Em outras palavras, as respostas às questões que giram em torno do conceito de originalidade não serão encontradas nas criações intelectuais em si consideradas, mas na relação que receptor estabelece com elas.

É essa construção que nos permite, por exemplo, compreender por que vemos nas *Brillo Boxes* de Andy Warhol uma criação intelectual original, quando as mesmas caixas nas prateleiras dos supermercados nada significam do ponto de vista estético. A forma com que Warhol apresenta suas *Brillo Boxes* exige que o receptor adote uma postura estética em relação a elas, uma postura completamente diferente daquela que o receptor tem quando caminha pelos corredores de um

¹³³ Ou, ainda, para fazer uso de terminologia técnica, *anti essencialista*.

¹³⁴ GOODMAN, ob.cit.

¹³⁵ DANTO, ob.cit.

supermercado. Assim, não encontramos originalidade na criação intelectual de Wahrol enquanto mera reprodução em madeira de caixas *Brillo Boxes*. A originalidade só emerge quando o receptor adota, em relação às *Brillo Boxes*, uma postura distinta (postura estética) daquela que costuma ter ao observar essas caixas nos supermercados.

Para que reste bem esclarecido o conceito de relação estética entre receptor (público) e criação intelectual, trago ao leitor uma informação amarga, mas de alto valor exemplificativo. As *Brillo Boxes* encontradas nas prateleiras dos supermercados haviam sido desenhadas por um artista expressionista abstrato, que, em função de circunstâncias pessoais, foi obrigado a se dedicar ao desenho comercial. Apenas a *relação estética* entre o receptor e criação intelectual é capaz de explicar por que consideramos as *Brillo Boxes* de Wahrol peças originais, enquanto as *Brillo Boxes* das prateleiras de supermercados, apesar de projetadas por um artista profissional, jamais são consideradas como tal.¹³⁶

No que toca a prática jurídica moderna, o raciocínio condensado na baliza sociológica é de grande valia. Porque, na modernidade, os criadores intelectuais foram além dos parâmetros estéticos tradicionais; porque hoje propõem objetos, imagens ou ações como uma criação intelectual, vemos a prática jurídica, em completa ignorância¹³⁷ do conteúdo relacionado à expressão “originalidade”, tentar estender este conceito a *qualquer* objeto. Assim, cogita-se proteção autoral, ou seja, proteção como criação intelectual original para, por exemplo, carteiras ou bolsas de marcas determinadas, posto que as formas de suas apresentações expressariam preocupação estética.

A exemplo do que foi acima observado a respeito das *Brillo Boxes* apresentadas nas prateleiras de um supermercado, aqueles que vão à compra de uma bolsa não adotam, em relação a esta, uma postura estética. Porém, bem diferente seria encontrar a bolsa apresentada dentro de um contexto que estimulasse o receptor a adotar uma postura estética. Só que aqui o que seria protegido pelo direito de autor não seria a *categoria* de bolsas idênticas àquela apresentada, mas apenas *a bolsa apresentada naquele contexto*.¹³⁸

Por fim, Wild¹³⁹ ainda propõe uma quarta baliza, que compreende a observação final da obra, levando em conta os três aspectos mencionados, onde então, através do exercício valorativo dos

¹³⁶ Vide DANTO, ob.cit., pág. 78.

¹³⁷ Noto que o conteúdo do termo “ignorância”, apesar de ser empregado no cotidiano como tal, não é pejorativo, mas sim indicativo de desconhecimento. Partindo desta premissa, poderia afirmar que ignorantes somos todos nós, em diversos aspectos, porquanto incapazes de conhecermos tudo o que pode ser conhecido.

¹³⁸ Do raciocínio retira-se a distinção entre a proteção autoral e a proteção do desenho industrial.

¹³⁹ WILD, ob. cit., pág. 6.

resultados das balizas, seria determinado caber ou não proteção autoral. Este passo me parece não só redundante como também capaz de roubar o valor prático da aplicação das balizas propostas.

Compreendo as balizas apresentadas como parâmetros sintéticos derivados de perspectivas distintas de um único exercício teórico, qual seja, o exercício de compreensão do conceito de originalidade (ou, como prefiro, “de quando se trata de criação intelectual original”). Nesse sentido, a conformidade com uma das três balizas propostas já basta para comprovar a contribuição reflexivo-transformadora e para justificar proteção autoral.

X. Aplicação prática das balizas

Uma vez determinadas as balizas, proponho então um exercício de sua aplicação prática. Para tanto, seguirei buscando a contribuição reflexivo-transformadora em quatro criações intelectuais: *Estudos do retrato do Papa Inocêncio X de Diego Velázquez*, de Francis Bacon (Figura 3); *Quadrado preto sobre o fundo branco*, de Kazimir Malevich (Figura 4); *Roberto e Marius em um percuro para Dirt Bike*, desenho de Roberto Grau-Kuntz (Figura 5); assinatura de John Hancock (Figura 6).

- **Análise de *Estudos do retrato do Papa Inocêncio X de Diego Velázquez***, de Francis Bacon (Figura 3).

Parece-me improvável que a primeira impressão do leitor em relação à pintura de Bacon não tenha vindo acompanhada de uma reação. A obra de Bacon comunica.

Também improvável me parece que o leitor venha a considerar a variação de Bacon como “bela” (alto grau de harmonia visual). Assim, fica demonstrado que *originalidade*, no sentido de contribuição reflexivo-transformadora, e *harmonia visual* (beleza) são conceitos distintos. Também aquilo que é considerado feio (desarmônico) pode ser original.

No que toca a segunda baliza, reporto-me agora à análise da obra supracitada, onde creio ter demonstrado ser possível encontrar no trabalho de Bacon traços evidentes de uma composição refletida quanto aos elementos de composição da pintura.

Essas duas primeiras balizas representam as faces da moeda que podemos denominar como *sentimento estético* (linguagem iconográfica e meta-iconográfica).

Na aplicação da terceira baliza, é simples constatar que a obra de Bacon interage, de forma exemplar, com seu meio ambiente, posto que move o receptor a adotar em relação a ela uma postura

estética, i.e., a tentar interpretá-la. Prova disso é a sua utilização como modelo de ilustração do processo artístico de transformação.

A criação intelectual original anseia por ser “lida”. Sob tal condição, minha reação frente à tela foi perguntar: - “Por que o papa de Bacon está a gritar? Por que se agarra à cadeira? Por desespero? Por raiva?” Com essa leitura, eu, enquanto receptora, recreei a obra de Bacon ao interpretá-la. A obra de Bacon existe então para mim na interpretação que dou a ela. Posteriormente, ao me informar sobre o contexto da pintura, aprendi que Bacon representou um papa descontrolado. Essa informação enriqueceu minha interpretação. Compreender o contexto das criações intelectuais é, assim, um fator enriquecedor do processo de interpretação. Muitas criações intelectuais modernas, conforme demonstrarei a seguir, na análise da pintura de Malevich, requerem que se conheça o contexto de sua criação. Nesse sentido, DANTO¹⁴⁰ empresta grande valor ao título escolhido para a criação intelectual.

Após submeter a criação intelectual às três balizas propostas, posso afirmar: a pintura de Bacon significa uma contribuição reflexivo-transformadora. A originalidade está constatada e a criação contará com proteção autoral.

- **Análise de *Quadrado preto sobre o fundo branco***, do pintor russo Kazimir Malevich (Figura 4)

Não se pode dizer com certeza que a primeira impressão em relação à pintura de Malevich desperta reações expressivas. É provável que alguns leitores digam que não, outros que sim. Creio, porém, não existir dúvida de que, caso haja alguma reação, sua intensidade deve ser mínima.

Já a análise fragmentada (ou da técnica iconográfica) da obra fornece *indícios* de criação intelectual original. Não é preciso ser um grande especialista em arte para compreender a simbologia da cor preta dentro de uma forma que contrasta com o branco. Também é possível ao avaliador iniciado reconhecer que a obra de Malevich é de cunho puramente abstrato, i.e., a representação simbólica de um processo interior. Mas também, no que toca essa baliza, o grau de conformidade não é considerável.

Outra situação, todavia, se impõe quando, no terceiro passo da análise, questionamos a interação do trabalho de Malevich com o meio ambiente. A pintura foi recebida pelo público culto, i.e., por aqueles que dominam a linguagem técnica específica, como o marco inicial de um movimento artístico abstrato denominado *Suprematismo*. Isso significa que a obra de Malevich logrou alcançar

¹⁴⁰ DANTO (ob. cit.).

que os receptores adotassem em relação ao quadrado preto no fundo branco uma postura estética, o que, dentro deste contexto, permite que a linguagem simbólica da cor preta desenvolva a mensagem que Malevich pretendeu comunicar, qual seja, a sensação do “sem sentido”. Aqui a demonstração daquilo que acima postulei: do ponto de vista teórico, as balizas se entrelaçam e, desta forma, basta que uma delas seja satisfeita para que se possa falar em criação intelectual original.

Para informação do leitor, Kazimir Malevich apresentou a pintura do quadrado preto sobre um fundo branco pela primeira vez em uma exposição futurista, no dia 10 de dezembro de 1915, na cidade de Petrogrado (hoje São Petersburgo). Conta ele que, no ano de 1913, em uma “desesperada” tentativa de libertar a arte do peso dos objetos, pintou o quadro em questão. De acordo com sua explicação, não se tratava de um quadrado vazio, mas antes de um sentimento do sem sentido. O quadrado representa o sentimento, e o espaço branco ao fundo o vazio por trás do sentimento.

Do exposto resta então evidente não encontrarmos *no* quadrado preto sobre o fundo branco a originalidade da criação intelectual de Malevich. A originalidade é identificada na postura estética entre o público e a representação de um quadrado preto sobre um fundo branco. E aqui se faz claro: a obra contribuiu, sem dúvida alguma, com uma prestação reflexivo-transformadora.

Nesse passo, conforme assinala Wild,¹⁴¹ permanece em aberto a questão sobre se a pintura de Malevich foi bem recebida em razão de seus traços reflexivo-transformadores (sua capacidade de fazer o receptor adotar uma postura estética em relação à representação do quadrado preto sobre o fundo branco) ou se a interação se deveu ao vínculo da criação com a pessoa do pintor.¹⁴² A preocupação crítica de Wild é importante e merece algumas considerações.¹⁴³

O desenvolvimento tecnológico afastou das criações intelectuais seu caráter de acontecimento único, exclusivo.¹⁴⁴ Hoje a produção intelectual se dá, em parte, dentro de um contexto que considera sua exploração econômica, e não necessariamente seu potencial reflexivo-transformador.¹⁴⁵ Essa transformação levou a modificações significativas nas bases estruturais do direito de autor: se a

¹⁴¹ WILD, ob. cit., pág. 4.

¹⁴² E, sem dúvida, o mesmo poderíamos perguntar sobre as “Brillo Boxes” de Warhol ou, ainda, o “Urinal” de Duchamp.

¹⁴³ A leitura do trabalho de WILD, ob. cit., é valiosa. WILD, que é jurista, se movimenta com desenvoltura no âmbito do Direito e das teorias estéticas.

¹⁴⁴ V. ARAÚJO, Bráulio Santos Rabelo, *O Conceito de Aura de Walter Benjamin e a Indústria Cultural*, no prelo da PÓS – Revista do Programa de Pós-Graduação em Arquitetura e Urbanismo da FAU-USP, onde o autor trabalha com o conceito de “aura”, de Walter Benjamin.

¹⁴⁵ Vide ARAÚJO, ob.cit.

criação intelectual original era tida antes como expressão do *trabalho movido por aspirações ideais*,¹⁴⁶ hoje o que a motiva é seu consumo.¹⁴⁷

No momento em que as criações intelectuais deixam de ser produzidas pelo impulso do desejo de reflexão e transformação e passam a ser criadas para servir ao desejo de consumo, torna-se praticamente impossível separar o joio do trigo e determinar se o quadrado de Malevich interage com o meio ambiente em razão de seus traços reflexivo-transformadores ou em razão de um culto à pessoa do autor, como um produtor de “mercadoria artística”. Essa transformação do papel social da obra intelectual é fundamental para que possamos compreender a “revolução copérnica” nas teorias de legitimação de proteção patrimonial do autor.

Enquanto a proteção autoral esteve vinculada à “genialidade” do autor, o grau de originalidade exigido era muito alto. No momento em que a proteção começa a se desvincular do fator “genialidade”, o grau de originalidade necessário para legitimar a proteção começa a decair na mesma proporção. Essa alteração na relação de equilíbrio entre “genialidade” e originalidade se reflete nas teorias jurídicas de legitimação da proteção. A dificuldade de compreensão da alteração na relação “genialidade”/originalidade explica as posições teóricas radicalmente antagônicas em relação à proteção autoral: enquanto alguns ainda falam nos reflexos da “alma” do autor na obra intelectual (que na pintura de Velásquez há traços de “alma” ou “genialidade” eu não discordo, mas qual é o grau de manifestação da “alma” do autor há no banco de dados? Na norma técnica, para a qual se pleiteia proteção autoral? Fato é que o direito de autor moderno há muito abriu mão do fator “genialidade”), outros defendem o fim completo da proteção autoral, reduzindo o processo criativo à mera produção de informações.

A advertência não quer significar, porém, que eu alimente uma desconfiança básica no valor reflexivo-transformador da arte abstrata. Reportando-me a Hans-Georg GADAMER,¹⁴⁸ se a arte moderna não possui mais qualquer semelhança com o modelo da ordem natural de construção do mundo (imitação da natureza, ou ainda e melhor, *mimesis*), e se também já não reflete uma experiência humana vinculada a conteúdos míticos ou a um mundo corporificado em manifestações familiares das

¹⁴⁶ Vide GRAU-KUNTZ, Karin, *Direito de Autor – Um Ensaio Histórico*, Revista da EMARF, nº 13.

¹⁴⁷ Nas palavras de BARBOSA, Denis Borges, em observação durante uma troca de emails, onde reproduziu livremente a lição de ADORNO/HORKENHEIMER, “o direito autoral (enquanto instrumento DE MERCADO e não de JUSTIÇA DO TRABALHO) não se destina à maximização contributiva cultural, mas, como destinado à maximização de retorno, é uma otimização de informação com vista ao máximo de consumo e mínimo de contribuição cultural.” Vide também aqui ARAÚJO, ob. cit..

¹⁴⁸ Ob. cit. pág. 21 ss.

coisas, isso não significa que nela inexistem traços de “energia espiritual ordenadora” ou de lembranças de conteúdos de nossa cultura, i.e., de contribuição reflexivo-transformadora.

Por fim, julgo importante ressaltar o valor da aplicação do método descrito na análise da pintura de Malevich, para verificação de plágio. O quadrado preto sobre o fundo branco apresenta um resultado muito insignificante no que toca as balizas estéticas. A obra deve sua proteção exclusivamente à sua interação com o meio ambiente. Levando em conta essa consideração, não será difícil compreender por que só poderia ser acusado de plágio aquele que, além de produzir uma cópia praticamente perfeita do trabalho de Malevich, lograsse ainda dar a ela a mesma conotação comunicativa que o trabalho encerra.

- **Análise de *Roberto e Marius em um percurso para Dirt Bike***, desenho de Roberto Grau-Kuntz

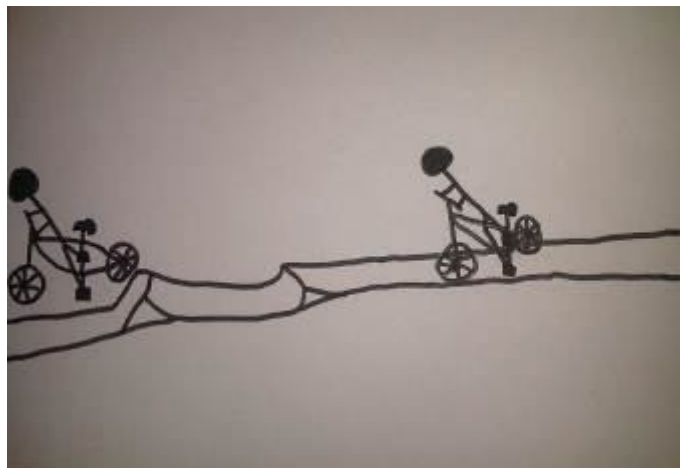


Figura 5

Roberto Grau-Kuntz – 2010 - Roberto e Marius em um percurso para Dirt Bike

A primeira impressão do trabalho surge acompanhada de uma evidente reação.¹⁴⁹ No desenho, reconhecemos de imediato (conhecimento implícito ou, ainda, meta-iconográfico) a expressão ingênua de uma criança exteriorizando o prazer de andar de bicicleta por um terreno acidentado.¹⁵⁰

A linguagem infantil não se faz reconhecer na estrutura iconográfica simples do desenho de Roberto Grau-Kuntz Roberto e Marius em um percurso para Dirt Bike”, mas nos detalhes expressivos do desenho. A título de ilustração, vide abaixo pintura de A.R. Penck. Apesar da estrutura simples escolhida, a pintura deixa intuir a criação intelectual de um adulto.

Ao lado, apresento ainda outro desenho de Roberto Grau-Kuntz, intitulado “Pássaro”, que foi executado a partir da cópia do desenho de um pássaro apresentado no livro de GOMBRICH.¹⁵¹ Na cópia de um desenho “adulto”, os 11 anos de Roberto Grau-Kuntz passam despercebidos. O reconhecimento da maturidade ou da falta de maturidade nos trabalhos de A. R. Penck e nos de Roberto Grau-Kuntz demonstra o que venho aqui postulando: só podemos reconhecer tais nuances em função da nossa condição de seres “socializados” (seres culturais).



A.R. Penck - o.T.A.R. Penck - o.T.

¹⁴⁹ Mostrei o desenho a algumas pessoas e observei a reação delas. A resposta emocional ao desenho foi evidente em forma de um sorriso ou de um levantar de sobrancelhas.

¹⁵⁰ (título o.T.; imagem extraída da homepage da Korff Stiftung, <<http://www.korff-stiftung.de/kunst-galerie/penck-ar/>>)

¹⁵¹ Ob. cit.



Roberto Grau-Kuntz: Pássaro (2010)

A criação intelectual, porém, não me parece suficiente para satisfazer os requisitos da segunda baliza.¹⁵² A análise fracionada não indica, à primeira vista, traços de linguagem técnico-artística. Em um contexto cultural diferente, a análise do desenho poderia levar a outra conclusão. Supondo, mais uma vez, que fosse possível voltar no tempo, o que os egípcios diriam do desenho de Roberto Grau-Kuntz? Talvez o compreendessem como altamente original e complexo (mas, decerto, ficariam surpresos com a bicicleta, considerando que ela só viria a ser inventada no século XVII). Contudo, uma vez que satisfaça a primeira baliza estética, o trabalho merece proteção autoral.

No que toca a análise sociológica – aplicação da terceira baliza –, o desenho em questão não apresentava resultado significativo algum enquanto não havia sido proposto no contexto estético deste estudo. Enquanto circulava, por exemplo, pelas mãos da família de Roberto, ele poderia ser considerado como mais um desenho infantil entre tantos outros. A extensão da interação do trabalho com seu meio ambiente era, pelo menos até aquele momento, reduzida.

Outra situação se deixa antever quando aqui proponho o desenho de Roberto Grau-Kuntz como veículo de uma mensagem estética, induzindo o leitor a se confrontar com a criação intelectual adotando, em relação a ela, uma postura estética.

A transformação da forma de interação do desenho de Roberto Grau-Kuntz com o meio ambiente modifica o resultado da análise procedida nos moldes da baliza sociológica, uma vez que sua essência está na consideração do dinamismo comunicativo de uma reflexão transformadora.

¹⁵² Devo enfatizar que não sou versada na linguagem técnica das pinturas. Pode ser que um leitor culto nessa matéria descubra no desenho traços que correspondam a algum cânone estético. A análise que aqui faço é meramente leiga.

- **Análise da assinatura de John Hancock** (Figura 6)

Note-se, neste último objeto de análise, que a conotação da expressão “assinatura” é aqui empregada como uma forma derivada da escrita repetida com determinada habitualidade. Em outras palavras, não estou tratando, nesta análise, de uma reprodução específica da assinatura de John Hancock.

Apesar de mecanizadas (a repetição do uso gera um processo mecânico), as assinaturas geralmente revelam preocupações estéticas (o homem é um ser estético), como bem ilustra não só a reprodução da assinatura de John Hancock, como também as de Benjamin Franklin, Mahatma Gandhi e Mary Tudor, conforme demonstra a Figura 7 abaixo.

Assinaturas, sem dúvida, representam belo exemplo de expressão da individualidade de alguém. Além disso, as chances de que duas pessoas assinem de forma idêntica serão, no labor de um exercício estatístico, praticamente nulas.

Se os critérios jurídicos de proteção autoral fossem, de fato, individualidade e unicidade, a assinatura de John Hancock contaria (*se contra isso não houvesse razões de ordem pública que depõem contra a garantia de proteção autoral de assinaturas*)¹⁵³ com proteção a obra intelectual.

O raciocínio que expus no parágrafo anterior nada mais é do que a aplicação da tese de MACCIACCHINI,¹⁵⁴ que vê em toda expressão intelectual humana uma obra intelectual em potencial. A proteção, por sua vez, se confirmaria se a obra intelectual em potencial fosse individual e única. As consequências práticas desse entendimento levam a uma inferência um tanto absurda: se toda expressão humana é obra intelectual em potencial, e se o homem é um “animal estético”, i.e., a preocupação estética é lugar comum em suas expressões, logo, o risco de sermos violadores de direitos

¹⁵³ Imagine o leitor quão absurdo seria ter de pedir autorização ao titular do direito de autor sobre uma assinatura, toda vez que um documento assinado pela aposição de sua “obra” precisasse ser reproduzido para a consecução de algum negócio (i.e., uma reprodução que persiga fins econômicos). Assinatura é prova de consentimento jurídico; logo, mesmo que venha a ser expressada na forma de um *desenho* (e não mais pelo emprego de tipos gráficos), como na figura abaixo reproduzida, não poderá contar com proteção autoral.



Assinatura de um tabelião espanhol*

* As imagens desta e das demais assinaturas foram extraídas do site Wikipedia <<http://en.wikipedia.org>>

¹⁵⁴ Ob.cit.

autorais se faria tão grande que melhor seria não mais nos expressarmos. Abordagem que se faz nítida na explicação de SILVEIRA:

“(…) Pode-se dizer que a arte não é senão uma resultante natural do organismo humano, que é construído de modo a experimentar um prazer singular em certas combinações de formas, de linhas, de cores, de movimentos, de sons, de ritmos, de imagens.”¹⁵⁵

Esse “prazer singular em certas combinações de formas” aparece de forma bem destacada na assinatura de John Hancock, reproduzida acima.

Procedendo agora à análise da assinatura de John Hancock, verifica-se que, a uma primeira impressão, ela não é capaz de inspirar reação alguma, posto que nada comunica.

Também a análise fracionada não dará ensejo a considerações especiais quanto aos elementos utilizados em sua elaboração. Os tipos gráficos empregados nessa assinatura são meios de composição e de expressão de obras intelectuais; logo, o acesso a eles não poderá ser condicionado e restrito à satisfação de condições, sob pena de se configurar aí um monopólio dos meios de expressão. A linha inferior, que a adorna, dá prova do desejo de se produzir um efeito estético, mas este é banal, não sendo suficiente para justificar a proteção autoral. E aqui cabe a seguinte analogia: o desejo estético também está presente (e de forma evidente) na mesa arrumada e decorada de um jantar festivo, e nem por isso cogitamos ver nessa situação indícios que possam justificar proteção autoral. No mesmo sentido, não vejo como identificar elementos que justifiquem proteção autoral em um prato de comida decorado, que se presta ao consumo. Outra situação se colocaria na apresentação da mesa ou do prato em um contexto estético.

Por fim, também a análise sociológica não fornecerá resultados válidos. A assinatura, como aqui apresentada, ou seja, como uma repetição habitual e mecânica de sinais, não é capaz de motivar o receptor a adotar uma postura estética em relação a ela.

¹⁵⁵ Abordagem que se faz nítida na explicação de SILVEIRA, *Propriedade intelectual*, 3^a ed. São Paulo: Manole (2005), pág. 2. “(…) Pode-se dizer que a arte não é senão uma resultante natural do organismo humano, que é construído de modo a experimentar um prazer singular em certas combinações de formas, de linhas, de cores, de movimentos, de sons, de ritmos, de imagens.” Esse “prazer singular em certas combinações de formas” aparece de forma bem destacada na assinatura de John Hancock, reproduzida na pág. 43.

Comparada à ilustração anterior do trabalho de Warhol, é possível afirmar que a assinatura de John Hancock, como aqui apresentada, seria a *Brillo Box* da prateleira do supermercado. Isto porque uma assinatura, por ser aposta em documentos, ao contrário das criações intelectuais originais, *não tem por fim a possibilidade de ser interpretada*, i.e., não encerra em si nenhuma mensagem reflexivo-transformadora.

Diante desse resultado, ao não corresponder aos parâmetros de nenhuma das balizas, a criação intelectual de John Hancock *não representa uma contribuição reflexivo-transformadora*, i.e., não é dotada de originalidade e, portanto, não merece proteção autoral.

Por certo, nada obstará quanto ao emprego da assinatura de John Hancock em um contexto estético, i.e., envolvida por um sentido reflexivo-transformador. Isto poderia acontecer se uma representação da assinatura em questão fosse apresentada como Warhol ofereceu ao público as suas *Brillo Boxes*, por exemplo. Neste caso, o que se protegeria aqui não seria a assinatura de John Hancock, mas apenas o arranjo estético da assinatura de John Hancock.

Em outras palavras, da mesma forma que não encontramos a contribuição reflexivo-transformadora no quadrado preto sobre o fundo de Malevich, e sim na postura estética do receptor em relação a ele, também no caso da assinatura o fundamento de originalidade não estaria nela em si, mas na postura estética que lograsse incitar no receptor.¹⁵⁶

Algumas assinaturas, porém, como a do piloto brasileiro de Fórmula 1 Ayrton Senna, apesar de não satisfazerem as balizas que denominei como estéticas, interagem, sem dúvida alguma, com o seu meio ambiente. Aqui, contudo, faz-se necessário questionar a forma com que essas assinaturas são apresentadas ao público. Sob tal perspectiva, e retomando o exemplo da assinatura do desportista, não há dificuldade em reconhecê-la como uma *marca*. A interação, portanto, apesar de presente, não toca o âmbito do direito de autor, porque não é *estética*.

¹⁵⁶ Repito aqui o que já comentei anteriormente: apesar de o padrão estético moderno aceitar como criação intelectual original a apresentação estética de objetos, imagens ou ações, isto não significa que esses objetos, imagens ou ações, em sua acepção cotidiana e em si considerados, encerrem qualquer contribuição reflexivo-transformadora. Da mesma forma que a *Brillo Box* na estante do supermercado ou o urinol no banheiro de um restaurante não são protegidos pelo direito de autor, também as bolsas e carteiras de marca nas vitrines das lojas ou na mão de sua portadora, assim como tantos outros objetos, imagens ou ações, não serão passíveis de proteção autoral. No mesmo sentido, não se há de falar em proteção autoral para posição de yoga, golpe de arte marcial etc.



John Hancock

Figura 6 - Assinatura de John Hancock¹⁵⁷

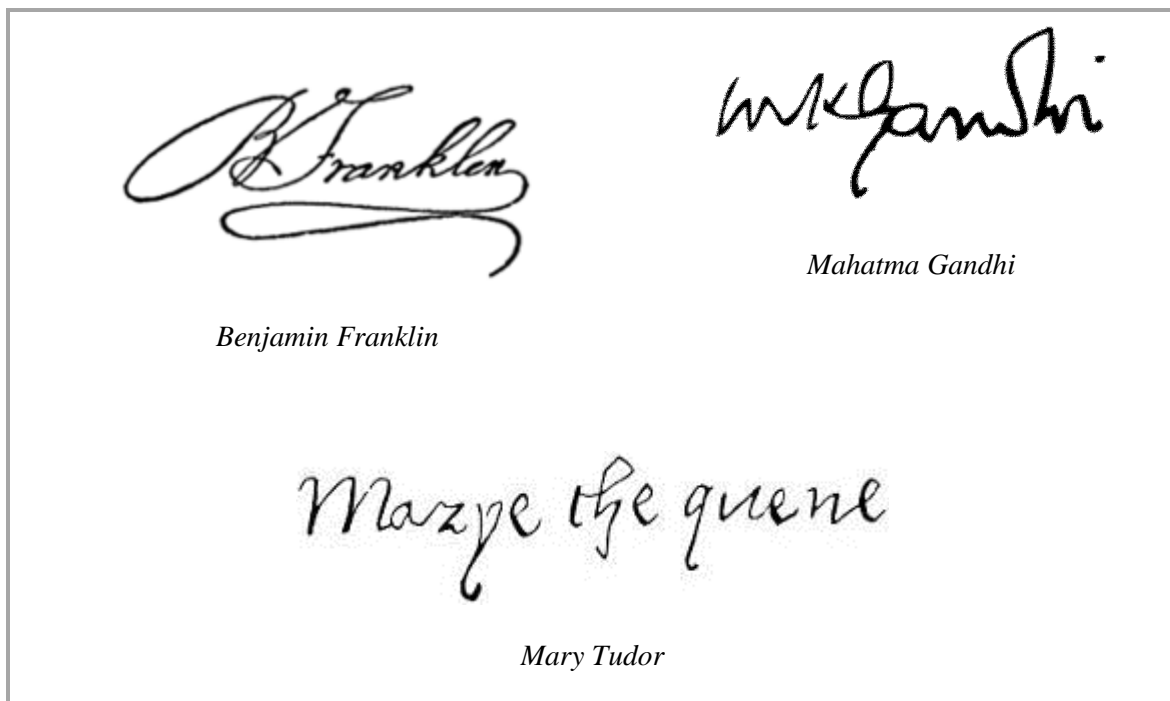


Figura 7 - Assinaturas Benjamin Franklin, Mahatma Gandhi e Mary Tudor¹⁵⁸

XI. Sobre a proteção de investimento ou, ainda, sobre hipertrofia do direito patrimonial de autor

Compreendida a originalidade como uma contribuição reflexivo-transformadora e determinada como o critério de incidência de proteção patrimonial autoral, resta questionar se determinadas

¹⁵⁷ Imagens das assinaturas extraídas da página eletrônica Wikipedia < <http://en.wikipedia.org> >

¹⁵⁸ Idem.

categorias, como programas de computador, base de dados, normas técnicas etc. podem ser vistos como originais.

No que toca o programa de computador, e seguindo a lição de Pereira dos Santos¹⁵⁹, sua proteção se restringe à forma de expressão de um conjunto de instruções. Nesse sentido, salienta Wachowicz:¹⁶⁰

“O que se protege não é a ideia em si, mas a expressão da ideia em um programa de computador, quer dizer, a maneira pela qual o programa opera, controla e regula o computador ao receber, reunir, calcular, armazenar, relacionar e produzir informações úteis, seja no monitor, impresso ou por áudio comunicação.”

Mas qual é a contribuição *reflexivo-transformadora* de um programa de computador? Nenhuma. Aonde viria expressa nele a variação ou a transformação de modelos e instituições? Em lugar algum. É instado ao usuário do programa de computador adotar uma postura estética a ele relacionada? Definitivamente, não. Note que eu não questiono o fato do programa de computador ou da base de dados contribuírem de alguma forma. Eles contribuem com uma utilidade – e como são úteis os programas de computador e as bases dados! – mas não com um conteúdo reflexivo-transformador

Programas de computador, bancos de dados e uma série de outras criações intelectuais que aparecem protegidas pelo direito patrimonial de autor moderno são, na verdade, criações desprovidas de qualquer traço de originalidade no sentido adotado por este ensaio. Então o que fazem essas categorias de criações intelectuais não originais dentro do direito de autor? Elas estão ali porque o direito de autor moderno não protege apenas as criações intelectuais originais, mas também as criações intelectuais não originais cuja elaboração tenha exigido o investimento de força (trabalho) e/ou de recursos significáveis.

Ao trazer essas outras categorias de criações intelectuais para dentro do direito de autor, o legislador cuidou de hipertrofiar o instituto jurídico e colocou em marcha um processo de autofagia.¹⁶¹

¹⁵⁹ SANTOS, Manoel J. Pereira. *A proteção autoral de programas de computador*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2008, pág. 139.

¹⁶⁰ WACHOWICZ, Marcos. *Propriedade intelectual do software e revolução da tecnologia da informação*. Curitiba: Juruá (2007), pág. 144.

¹⁶¹ Quanto a essa problemática, recomendo a leitura do trabalho de HILTY, ob. cit.

O direito patrimonial do autor de instrumento de proteção do trabalho passou a instrumento de regulação de relações econômicas e controle de mercado. Nas palavras de HILTY

“Na há nenhuma lei da natureza que justifique merecer o direito de autor um tratamento diferenciado dos outros [direitos]. A realidade, ao contrário, indica que o direito de autor – como também os direitos de proteção da propriedade industrial – há muito se transformou em direito comum, embora dotado de importância acima da média e, na mesma medida, representando um fator duramente disputado em nossa estrutura econômica. Assim, não há qualquer razão para que não se aplique ao direito de autor conhecimentos gerais de economia, que, em consideração a outros ramos da ‘propriedade intelectual’, desde muito nos são conhecidos.”¹⁶²

Nesse contexto, a proteção exclusiva, em contrapartida a uma desejada contribuição reflexivo-transformadora, vem perdendo o seu sentido, e o que hoje se denomina *crise do direito de autor*, ou crise de legitimação do instituto jurídico¹⁶³, nada mais é do que um sintoma desse processo.

Nas palavras de ASCENSÃO:

“Enfim, a justificação pelas finalidades culturais dos exclusivos sobre a obra intelectual é contraditória com a banalização crescente do direito de autor, que conduz a que na maioria dos casos não haja conteúdo nenhum que mereça proteção e estímulo.”¹⁶⁴

Considerando este quadro de inversão de valores, onde a tônica é a privatização e o controle, e inspirada pela objetividade de Hilty¹⁶⁵, pergunto se não é chegado o momento de, no

¹⁶² HILTY, Reto M., pág. 111 ss. Vide, ainda, WANDTKE, pág. 6, ob. cit.

¹⁶³ Sobre a crise do direito de autor como crise de legitimação, vide WÜRTENBERGER, Gert/ GRAU-KUNTZ, Karin, ob.cit.

¹⁶⁴ ASCENSÃO, ob. cit.

¹⁶⁵ HILTY, ob. cit..

mínimo, questionar a fórmula “*one size fits all*”.¹⁶⁶ A aplicação de um prazo de proteção – que, no tocante à criação intelectual original, já se apresenta extremamente dilatado – às criações intelectuais não originais vem gerando, tanto do ponto de vista criativo como do econômico, mais efeitos nocivos do que positivos.¹⁶⁷

A acumulação de capital é legítima no modo de produção social capitalista e, nesse contexto, também é legítima a discussão sobre garantia de vantagens concorrenciais em contrapartida a investimentos vinculados aos bens intelectuais. Porém, uma vez que o “domínio público” é a “situação normal da obra intelectual”¹⁶⁸, uma vez que ele representa o “espaço de diálogo social livre”¹⁶⁹, o direito de autor só faz sentido em uma situação estrita de comutatividade – um “toma lá, dá cá” – entre a garantia de prerrogativas exclusivas de acesso à obra (viabilização de exploração econômica), em contraposição a uma contribuição reflexivo- transformadora.¹⁷⁰

¹⁶⁶ Vide aqui as considerações de OHLY, Ansgar. Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit: Forschungsperspektiven, in *Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit*, OHLY/KLIPPEL (Org.), Bayreuth: Mohr Siebeck (2007), pág. 7.

¹⁶⁷ A própria crise do direito de autor comprova o que se afirma.

¹⁶⁸ ASCENSÃO, ob. cit. (*A questão do domínio público*).

¹⁶⁹ Idem.

¹⁷⁰ A proposta apresentada é pauta na literatura europeia, e não se mantém restrita apenas ao âmbito do direito de autor, mas também, e principalmente, ao do direito de patentes. A mero título exemplificativo, vide a obra supracitada, organizada por OHLY, onde, além do já mencionado trabalho de HILTY, merece ainda destaque a exposição de ENGEL, Christoph, *Innovationsanreize aus Wettbewerb und Kolussion*. Vide, ainda, MÖSCHEL, Wernhard, Gibt es einen optimalen Schutzzumfang für ein Immaterialgüterrecht?, in LANGE/KLIPPEL/OHLY (Org.) *Geistiges Eigentum und Wettbewerb*, Tübingen: Mohr Siebeck (2009), págs. 119 - 130.