

O DÉFICIT FILOSÓFICO DO DIREITO DE AUTOR THE PHILOSOPHICAL DEFICIT OF COPYRIGHT

Victor Gameiro Drummond¹

RESUMO

O presente artigo apresenta o tema do *déficit filosófico do direito de autor* que significa o hiato entre a necessidade de justificativa filosófica do direito de autor e a atribuição de privilégios e, continuamente, a atribuição de direitos aos sujeitos-criadores e aos demais sujeitos presentes na categoria do direito de autor.

Palavras-chave: direito de autor; privilégios; história do direito de autor; filosofia do direito de autor; déficit filosófico do direito de autor.

ABSTRACT

This article presents the philosophical deficit of copyright which means the gap between the need for philosophical justification of copyright and the attribution of privileges and, continuously, attribution of rights to the subject-creators (authors) and other players in the field of copyright.

Keywords: copyright; privileges; copyright history; philosophy of copyright; philosophical deficit of copyright.

1. Introdução.

Desde o seu surgimento formalizado pelas primeiras leis nacionais e ainda antes, quando dos seus “rascunhos históricos” (os privilégios de impressão) o direito de autor vem sofrendo com a existência de diversos aspectos deficitários. Dentre esses, cumpre-se analisar nesse estudo o que recebe a denominação de *déficit filosófico do direito de autor*.

Desta forma, serão apresentados elementos que conduzem à compreensão de seu surgimento histórico (visto de modo genérico) para indicar como e porque tal

¹ Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa (2016). Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá (2014). Mestre em Direito (Ciências Jurídicas) pela Universidade de Lisboa (2004). Graduado em Direito pela USU (1996). Atualmente é professor assistente do Centro Universitário da Cidade, professor visitante da Universidade de Lisboa, professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, professor visitante da Universidade de Santiago de Compostela, professor colaborador da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e professor visitante da Universidad Complutense de Madrid. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos culturais, direito de autor, direitos conexos, gestão coletiva, conhecimentos tradicionais, criatividade, direito, mercado, diversidade cultural. Email: victor@victordrummond.com

circunstância histórico-filosófica ocorreu de forma deficitária. Ou, por ser um conceito negativo, o que deixou de ocorrer para que houvesse uma consolidação filosófica mais densa do direito de autor para uma proteção mais efetiva do sujeito-criador.

Como ponto de partida, deve ser compreendida uma questão prévia que é o questionamento fundamental da ordem da filosofia. Dito de outra forma, o questionamento filosófico fundamental que deveria ser efetuado pela doutrina autoralista deveria ser: *por que o direito de/para o autor?* Mas insistentemente se tem perguntado o que é o direito de autor, já com uma noção de interpretação prévia para justificar fundamentos históricos e de razão econômica.

O senso comum autoralista² parte do ponto de partida de uma análise do que é o direito de autor e, por outro lado, o que pode ser feito para se (re)adaptar o direito de autor à realidade contemporânea. Ou seja, a pergunta sobre *o que é o direito de autor* necessariamente obriga a uma compreensão do direito de autor hoje pleno de pré-juízos inautênticos e baseados em valorações extra-filosóficas, que como consequência induzem a uma relativização evidente e inquestionável. Por outro lado, e também um grave equívoco, a pergunta sobre *o que é o direito de autor* conduz à análise da natureza jurídica, o que afasta a busca do conteúdo filosófico central do direito em análise.

Como se poderá demonstrar, a ausência da resposta filosófica iniciou-se no próprio surgimento embrionário do direito de autor, o que conduziu a que até hoje tal resposta ainda não tenha sido corretamente encontrada (ou consolidada), sem detrimento de propostas e soluções pragmáticas para os conflitos que foram sucessivamente surgindo.

Deve-se compreender, adiantadamente, que não há dúvida que, nesse caso, como em outras discussões, a denominação dos diferentes sistemas indica uma projeção filosófica que configura importante significado semântico no contexto do surgimento do direito: enquanto na Inglaterra protege-se o direito de cópia (*right to make copies* ou *copy-right*³), de cunho assumidamente proprietarista e objetivista, o

² Adaptando-se a ideia de Warat sobre o senso comum teórico dos juristas.

³ No entender de Rose, tradicionalmente o termo *copy* era utilizado no ambiente do *Stationers* com um dentre dois significados: o do manuscrito em si e o do direito de fazer cópias desse (compreendido o manuscrito como a base para as cópias). **ROSE, Mark.** *Authors and Owners. The invention of copyright*, Harvard University Press, London: 1993, p. 12. Esta indicação é relevante para comprovar o aspecto do surgimento do direito de autor – seja no *copyright* seja no *droit d’auteur*, já amparado em concepções semânticas em parte desviantes, e alimentando o déficit filosófico do direito de autor.

direito de tradição filosófica humanista da Europa continental se baseia nos valores do indivíduo como sujeito de direito personalizado (*droit d' auteur*), principalmente em decorrência da revolução francesa e dos pensamentos de filósofos de orientação mais personalista, como é o caso de Kant⁴. Ainda que também no terreno do sistema de direito de autor ocorresse uma visão proprietarista (o conceito de propriedade parece orbitar todas as discussões iniciais do direito de autor, mesmo as personalistas), também se pode observar uma espécie de personalismo-proprietarista.

Na evolução histórica dos sistemas devem ser analisados os argumentos legais e econômicos que justificaram a implementação desde o incipiente catálogo de direitos, mas é fundamental compreender quais as razões filosóficas surgiram ou deixaram de surgir naquele momento histórico para que se possa compreender o direito de autor contemporâneo.

O *déficit filosófico do direito de autor* decorre de uma equivocada interpretação evidenciada já no momento histórico de sua formação, o que comprova a ausência da compreensão de uma justificativa filosófica para a atribuição do direito de autor como categoria jurídica.

Ocorre que, mesmo nesse sentido, não se pode atribuir, portanto, aos filósofos, a responsabilidade por terem (ou não) promovido a correta indicação do conceito de autor que pudesse ter sido absorvida pelo direito de autor. Caberia muito mais aos juristas, no decorrer do processo histórico, terem evitado o agravamento do déficit filosófico do direito de autor e contribuído para uma (re)consideração do conceito de autoria (que é um dos fundamentos da discussão até a contemporaneidade) de forma precisa e, especialmente, de acordo com a realidade.

Muitos filósofos podem ser indicados como participantes no processo construtivo do direito de autor e da propriedade intelectual, o que não significa dizer que foram fundadores do direito de autor em sua essência, nem como disciplina autônoma (muito menos sistematizada) senão por via de comparações e atribuições de conceitos aplicáveis em uma ou outras circunstâncias. Esta é uma das chaves do problema. Se alguns dos filósofos trataram de discutir direito de autor ao menos de alguma forma, como foi o caso de Fichte, Kant e Hegel, outros apresentaram elementos extra-direito de autor, mas aproximados a essa categoria jurídica, como Locke, e outros ainda desenharam teses que nada de direito de autor possuem, como

⁴ Sobre Kant é fundamental compreender o texto “*Sobre a ilegalidade da reimpressão de livros*” que será referido em algumas ocasiões nesse estudo.

Descartes, Bentham, Mill ou Locke. Ora, nesse sentido, atribuir atais autores ou a qualquer outro filósofo a responsabilidade de uma construção efetiva do direito de autor é inadequado, e cientificamente inoportuno, para dizer o mínimo. O que deve ser salientado é que a força de ideias e argumentos que formam um ambiente de compreensão de fundamentos para uma categoria de direito serviram, também nesse caso, para explicar ou desenvolver fundamentos (futuros) do direito de autor. Nesse sentido, não se pode afirmar que Kant teria sido o criador do direito de autor para os países de *droit d'auteur* e nem que Locke teria sido o pai do sistema de *copyright* ou da propriedade intelectual (*intellectual property*).

Em primeiro lugar, Kant escreveu brevíssimas linhas sobre o tema⁵ e não sistematizou o direito de autor ou a propriedade intelectual. Locke, por sua vez, também em breve estudo, vem sendo indicado como um dos pais do proprietarismo que conduz à formação filosófica da propriedade intelectual pela leitura (há de se salientar, um tanto quanto equivocada) do capítulo cinco do *Segundo tratado sobre o governo civil*⁶.

⁵KANT, Immanuel. *On the Injustice of Reprinting Books* (original em alemão: *Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks* publicado em 1785, disponíveis, tanto o texto original quanto a tradução em inglês no endereço http://copy.law.cam.ac.uk/cam/tools/request/showRepresentation?id=representation_d_1785”.

Verificar também a tradução (e breves comentários) ao texto na Revista do IBPI, 4ª edição, por Karin Grau Kuntz (*Sobre a ilegalidade da reimpressão de livros*) disponível em <http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/c1cd349287c9c15affff802bffffef.pdf> acessado em 04/06/16, Rio de Janeiro, p. 229 e seguintes. Faço a indicação, também, de que o termo alemão *Unrechtmäßigkeit* pode ser traduzido como ilegalidade, irregularidade, ilegitimidade ou injustiça. A edição em inglês está no mesmo sítio eletrônico do texto original e digitalizado: (disponível em <http://copy.law.cam.ac.uk>, como está acima especificado) indica a utilização da expressão *injustice*, mas também se pode encontrar a tradução *unlawfulness*. No mesmo endereço eletrônico ver os comentários de Friedemann Kewohl: *Commentary on Kant's essay "On the Injustice of Reprinting Books"* (1785) disponível em http://copy.law.cam.ac.uk/cam/commentary/d_1785/d_1785_com_300200813718.html acessado em 03/04/13. Buydens faz uso da expressão francesa *illégitimité*. (BUYDENS, Mireille. *La propriété intellectuelle – Evolution historique et philosophique*. Editions Bruylant. Bruxelles, 2012. p. 325). A partir desse momento nomearei sinteticamente a obra por “Da ilegalidade”.

⁶ O texto de Locke referenciado como fonte pelos autoraisistas de tendência mais proprietarista é o capítulo cinco do texto *Segundo tratado sobre o governo civil* em que o autor justifica a propriedade sobre bens que tenham sido retirados da natureza com o esforço humano. Daí que as teses do autor inglês são utilizadas para fundamentar comportamentos inerentes ao direito de propriedade e, também, de propriedade intelectual (de modo equivocado no meu ponto de vista). Para uma mais profunda análise sobre o pensamento lockeano e a sua aplicabilidade como justificativa filosófica ao direito de autor e à propriedade intelectual, além do próprio texto original do autor (LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Vozes, 4ª edição. Petrópolis, 2006. (Coleção Pensamento Humano) justifica-se a análise de alguns intérpretes do filósofo britânico, entre os quais destacam-se: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *As teorias da propriedade intelectual e a possibilidade de novas fundamentações teóricas do direito autoral*. In: *Direito da Sociedade da Informação – volume VIII*. APDI. Editora Coimbra. Coimbra, 2009. ATTAS, Daniel. *Lockean justifications of intellectual property*. In: *Intellectual property and theories of justice*. Palgrave Macmillan. New York, 2008. BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. UNB. Brasília, 1997. CRAIG, Carys J. *Locke, Labour and*

Por outro lado, há elementos que conduzem a importantes soluções vistas sob o enfoque de um direito de autor ainda incipiente, nunca a uma solução complexa daquele direito de autor, como também inaplicáveis ao direito de autor contemporâneo. Portanto, não se pode, hoje, dar a solução (científica) a ideias implementadas em momento histórico tão acentuadamente anterior.

Visto tudo isso, deve ser compreendido que o *déficit filosófico do direito de autor* também está presente nas apreciações filosóficas dos pensadores que inicialmente pensaram o direito de autor, mas muito mais nos seus intérpretes do que propriamente naqueles que, afinal, possuem toda a escusa possível por não terem sido sequer defensores ou criadores de uma sistemática acentuada. O déficit filosófico está, portanto, tanto no surgimento histórico, já observado do direito de autor, como também na filosofia incipientemente presente nesta categoria jurídica.

2. O *déficit filosófico do direito de autor*.

O *déficit filosófico do direito de autor* decorre de uma interpretação, desde o seu surgimento e posteriormente, de que o direito de autor respondia a anseios de natureza econômica mesmo quando ocorria uma valorização mais acentuada do personalismo, como foi naturalmente o processo de formação do direito de autor de caráter revolucionário francês. Não há de se desvalorizar as justificativas econômicas, até porque essas permeiam parte significativa de importantes estudos que vem sendo desenvolvidos no direito de autor contemporâneo. Ainda assim, se a pretensão do presente e específico estudo é analisar a justificativa filosófica do direito de autor, um dos importantes pontos de relevo é a percepção de que argumentos econômicos são promiscuamente tratados em conjunto com justificativas filosóficas.

Por conta destes fatores e de outros, deve ser compreendido que o *déficit filosófico do direito de autor* é o resultado das circunstâncias factuais/temporais

Limiting the Author's Right: A Warning against a Lockean Approach to Copyright Law. Queens Law Journal. Kingston, 2002. DAMSTEDT, Benjamin G. *Limiting Locke: A Natural Law Justification for the Fair Use Doctrine*. Yale Law Journal. New Haven, 2003. DRAHOS, Peter. *A philosophy of intellectual property*. Ashgate Publishing Limited. London, 1996. FISHER, William. *Theories of intellectual property*. Disponível em <http://cyber.law.harvard.edu/people/fisher/iptheory.pdf>, acessado em 15/03/13. GARZA BARBOSA, Roberto. *Derechos de autor y derechos conexos – marco jurídico internacional, aspectos filosóficos, sustantivos y de litigio internacional*. Editorial Porrúa. México, 2009. HETTINGER, Edwin C. *Justifying intellectual property*. Philosophy & Public Affairs, Vol. 18, No 1 (Winter, 1989), Wiley Blackwell Publishing, Princeton University Press: 1989. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/2265190>). MERGES, Robert P. *Justifying intellectual property*. Harvard University Press. Cambridge/London, 2011. *Dicionário Locke*. Zahar. Rio de Janeiro, 1993.

decorrentes da má interpretação operada desde tempos imemoriais ao direito de autor em que a consideração da condição do sujeito-criador⁷ não levou em conta a essência do processo criativo nas análises históricas, e principalmente, filosóficas.

Ora, deve ser compreendido, pois, que o direito de autor, desde o seu início como categoria jurídica foi sempre ambientado, interpretado e desenvolvido sem a análise da filosofia pura e, por outro lado, sempre justificado por conceitos econômicos, políticos e de representatividade de interesses. O que ocorre é que as razões econômicas sempre suplantaram as razões filosóficas, o que conduz ao déficit filosófico da categoria jurídica em apreço.

São fundamentos que comprovam o *déficit filosófico do direito de autora* utilização de expressões que não correspondem ao significado filosoficamente correto (ou adequado, para dizer o mínimo) tais como *copyright* e propriedade artístico-literária, bem como a aceitação pelo senso comum autoralista de viés conservador de uma validade inquestionável do “brado de Chapelier” (***a propriedade mais sagrada, mais legítima, mais pessoal de todas as propriedades***⁸).

Aliás, no caso do desenvolvimento do direito de autor francês (posteriormente universalizado como um dos dois principais sistemas de direito de autor) o próprio direito de propriedade ao ser atribuído aos cidadãos constituía uma forma de impedir o retorno dos privilégios, pois este, ao fim e ao cabo, poderia significar o retorno da monarquia, o que durante muito tempo foi um receio histórico e existencial tipicamente francês. Simbolicamente, em conjunto com outros elementos (tripartição de poderes, abolição de privilégios, etc.), a propriedade privada afastava o retorno da monarquia e, nesse particular, o desenvolvimento do direito de autor de

⁷ A expressão sujeito-criador foi utilizada para nomear, de modo crítico, a expressão autor, visto que esta é aplicada muitas vezes com o mesmo sentido de titular de direito de autor ou direitos conexos e, também, demasiadamente esvaziada, pela doutrina, do sentido efetivo de autoria e da relação do sujeito que cria algo do domínio das artes, da cultura e das ciências. Foi utilizada pela primeira vez na minha tese doutoral: *Do círculo hermenêutico ao círculo criativo, (as novas) perspectivas filosóficas do direito de autor*. (Drummond, Victor, Universidade Estácio de Sá. 2014).

⁸ *La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et, si je puis parler ainsi, la plus personnelle de toutes les propriétés, est l'ouvrage fruit de la pensée d'un écrivain; c'est une propriété d'un genre tout différent des autres propriétés. Lorsqu'un auteur fait imprimer un ouvrage ou représenter une pièce, il les livre au public, qui s'en empare quand ils sont bons, qui les lit, qui les apprend, qui les répète, qui s'en pénètre et qui en fait sa propriété.* A mais sagrada, a mais legítima, a mais inatácavel, e, se eu ainda mais puder dizer, a mais pessoal de todas as propriedades é a obra fruto do pensamento de um escritor: uma propriedade de gênero totalmente diferente das demais propriedades. Quando um autor manda imprimir uma obra ou representar uma peça ele as entrega ao público, que delas se apropria quando são boas, que as lê, as aprende, as repete, e que delas se impregna, tornando-as sua propriedade. (Disponível em <http://blog.hugoroy.eu/2010/03/12/1791-la-premiere-loi-sur-le-droit-dauteur-par-le-chapelier>).

cunho patrimonialista (ainda que acentuadamente personalizado na figura do autor) era um dentre vários elementos na batalha contra-monárquica.

No caso inglês, de modo mais singelo, por dizer, houve uma certa transformação de atribuição subjetiva (ou seja, na direção do sujeito) do direito de cópia (*copyright*), com a subjetificação de seu sujeito primordial, ou seja, o autor (mas sempre sendo atribuído um conteúdo mais objetivista ao direito). Tal fato, por si só, é bastante relevante, pois coloca um conflito da ordem de importância política e de exigência econômica como fundamento para a modificação do destinatário do direito, se for efetuada a pergunta do porquê filosófico. Simplesmente o autor *ganha* mais terreno na consideração social (ou acaba por forçar esta consideração) e, por tal fato, adquire o que outrora tinha sido atribuído a outrem, visto que o Estatuto da Rainha Ana, ao mesmo tempo diminui o poder dos estacionários (*Stationers*) e amplia as proteções – de conteúdo muito semelhante ao dos privilégios – aos autores.

A resposta, neste caso, é ainda mais simples: atribui-se um direito a outro destinatário mas o direito estava já implementado pelos privilégios anteriormente concedidos (como ideia de lei). Um direito de ordem bastante objetiva é aplicado ao sujeito menos voltado às questões empresariais, e, talvez por isso, tenha sido mais fácil a tomada de terreno operada pelas instituições do direito que deveria caber ao sujeito-criador. Pode ser interpretado, este movimento, como uma atribuição de um direito (que antes se denominava privilégio) ao um sujeito (autor) que seguidamente iria perder o seu domínio (no sentido de controle, de manejo) sobre ele para os que apresentavam visão empresarial mais acentuada.

Tome-se por certo, portanto, que outras teses filosóficas demasiadamente vanguardistas não poderiam ser então implementadas, nem uma atribuição de proteção de algum sujeito do ponto de vista equilibrado poderia ter sido melhor desenvolvida. No cenário inicial isto não aconteceu. Ocorre, portanto, que não poderia ter sido buscada uma atribuição para se proteger um sujeito e adequar distintos elementos de interesse uma vez que o combate ideológico do direito de autor ainda não havia sido inaugurado. Não havia que se adequar de modo equilibrado o direito de autor com eventuais outros interesses.

O conflito (historicamente ambientado e visto sob o olhar das disputas legislativas) era outro, era entre revolucionários e monarquistas (no caso francês) ou,

visto sob outro enfoque, entre titulares de direitos já atribuídos (ou melhor, privilégios) e cidadãos.

Como se pode concluir, portanto, uma das explicações para o início do *déficit filosófico do direito de autoré* o próprio entorno histórico do surgimento da categoria jurídica do direito de autor que necessitasse uma (re)apreciação, em especial na direção de uma filosofia do direito de autor.

Há de se considerar o fato de que o autor ainda não estava plenamente definido como tal. Também estavam indefinidos o espaço que este ocupava ou a função que exercia (ou até mesmo pretendia exercer). No mesmo sentido, não era um sujeito “ativo” ainda efetivamente participante na luta por direitos desta natureza⁹¹⁰. Ora, quem poderia combater com efetividade excessos contra uma condição que ostentava sem ainda a compreender? Ou seja, neste caso, não haveria nenhum combate pois sequer estava clara a posição ostentada pelos autores.

Estes fatos podem ser observados, inclusive, ao se analisar o requerimento da *Stationers Company* e os resultados efetivos desse quando da discussão legislativa para a criação do Estatuto da Rainha Ana. Se os estacionários apresentaram seus interesses, estes foram equilibrados no processo legislativo pelo próprio poder legislativo. Não há dúvida que, desde então, o *lobby* inerente aos agentes do ambiente cultural autoral com maior poder econômico prevaleceria. E, por outro lado, como óbvio, os estacionários sabiam que ocupavam um espaço de tentativa de aumento de direitos, sem que isto tivesse que estar relacionado com qualquer figura de sujeito-criador para que viessem a ostentar esta luta por direitos. Os estacionários, portanto, os históricos antecessores dos autores (no que se refere a esperada atribuição de direitos), atuaram em nome próprio e nunca em nome de terceiros falseando seus

⁹ Nesse aspecto em particular é importante compreender que ainda que os dramaturgos tenham dado início às discussões que conduziram à lei francesa de 1791, não observado no ambiente do século XVIII uma maturidade nas posições dos autores por meio de exigências legais. O fortalecimento do direito de autor, em verdade, somente irá se inaugurar com o surgimento das leis nacionais e, posteriormente, com os textos de convenções e acordo internacionais.

¹⁰ Pode-se comparar esse fato, por exemplo (e de modo um tanto quanto incipiente) com a circunstância decorrente de uma ausência de interesse e efetividade no combate às práticas perniciosas contra o direito de autor tais como a *pirataria* em países nos quais o combate a outras modalidades criminosas seja ainda tão ineficaz. Nenhuma polícia (em gênero e considerado como representante do poder de polícia do Estado) tem interesse efetivo em combater práticas violadoras de direito de autor enquanto tenha que solucionar crimes de ordem social muito mais relevantes (relevantes aqui no sentido dos danos diretos à sociedade e da qualificação das modalidades criminosas. Nesse sentido, é também pouco provável considerar aprovação da opinião pública em geral para o combate de crimes inerentes ao direito de autor e à propriedade intelectual em gênero. Um dos modos de se combater um pouco esse desinteresse estatal é exatamente a especialização dos aparatos preventivos e repressivos das polícias, como também a própria especialização em órgãos do Poder Judiciário.

interesses. Este pragmatismo inglês, em alguma medida, aliado a outros elementos, ajuda a deixar mais clara a concepção objetiva e pragmática do sistema de *copyright*.

Por outro lado, as próprias circunstâncias do processo histórico conduziam a um desinteresse por parte do autor – que deveria ser o destinatário inicial e principal das leis de direito de autor. Não havendo uma sedimentação da posição ocupada do autor, e além disto, estando evidenciado que as discussões de disputa política se davam em outro campo de batalha (dos direitos fundamentais e de 1ª geração, por exemplo e no que seria posteriormente sedimentado como direitos humanos) não havia espaço para discussões filosóficas de primeira ordem, no âmbito legal, sobre quem era o autor, o que este merecia, e porque este deveria ser titular de direitos.

Nesse aspecto, tanto na Inglaterra quanto na França havia uma necessidade pragmática de assegurar direitos, mas este fato parece bem mais evidenciado na França, considerando o contexto revolucionário do final do século XVIII. Tal aspecto era a resultante de um processo histórico baseado na atribuição continuada de privilégios e direitos (pelos sucessivos e fortalecidos privilégios a não-autores - Inglaterra) e no combate aos privilégios (que possuíam significado representativo do *ancien régime* - França).

Desta forma, há, em alguma medida (no início do direito de autor), uma continuação (estrutural) dos antigos privilégios (e não de direitos) anteriores ao surgimento do direito de autor e *uma mínima densidade filosófica* que permitiu (ou conduziu) a uma atribuição de um valor real ao direito de autor.

Essa *mínima densidade filosófica*, porém, acabou por atribuir valores equivocados, justificando o direito de autor, por exemplo, pelo utilitarismo, pelas teses lockeanas proprietaristas, pela exacerbada consideração humanista atribuída a Kant. Em muitíssimo resumida análise, esta mínima densidade não conduziria a uma justificativa filosófica plena do direito de autor pela presença do sujeito-criador, mas somente razões insuficientemente definidas, compreendidas, ou discutidas.

Há, portanto, a necessidade de se compreender qual(is) concepção (ões) poderiam ser interpretadas como justificativas filosóficas para o direito de autor ou quais as matrizes filosóficas seriam verdadeiramente adequadas ao direito de autor.

3. Um análise de alguns autores em busca da justificativa filosófica para o direito de autor, em outras palavras: à procura do autor.

Pode-se afirmar que, do ponto de vista cronológico o primeiro filósofo que interessa diretamente ao direito de autor é Descartes. Saliente-se, porém, que ele não participa do processo de estruturação do direito de autor nem mesmo de uma construção da ideia da autoria ou de direito de autor. Ainda assim, ao constatar e conduzir à compreensão de uma consciência (portanto, uma subjetividade, ainda que não tenha utilizado a expressão sujeito) promove uma primeira e breve sedimentação da ideia do que seria considerado o autor, portanto, o sujeito fundamental do direito de autor.

No mesmo diapasão, o rompimento paradigmático cartesiano é o primeiro momento fundamental significativo e que apresenta reflexos diretos, sucessivos e duradouros na filosofia e na apreciação do sujeito-criador, mesmo ciente do fato de que o filósofo foi responsável por quaisquer desenvolvimentos doutrinários ou mesmo estímulo a alterações legislativas (ocorridas somente no século XVIII) referentes ao direito de autor.

Em primeiro lugar porque a revolução cartesiana foi silenciosa, como o são as revoluções filosóficas (por serem somente metaforicamente revolucionárias).

Em segundo lugar, não havia penetração nas camadas populares da filosofia de Descartes, que, além disto, não era um filósofo político, mas atuante na filosofia da consciência, ao menos no que se refere às suas ideias principalmente desenvolvidas no *Discurso do Método* e nas *Meditações Filosóficas*. No mais, Descartes não conduziu a um processo revolucionário político efetivo nem mesmo poderia ser um exemplo ao Poder Legislativo de então, porque suas ideias efetivamente seriam demasiadamente contrárias ao *status quo*.

Portanto, evidentemente não houve, no surgimento de ambos os sistemas principais (*copyright* e *droit d'auteur*), uma base sólida de formação filosófica que respondesse à pergunta: *por que o direito de autor?*. Surgindo tal pergunta a resposta atribuível era que a propriedade é objeto de proteção (e a proteção mais sagrada seria a do criador) envolta num ambiente de superação de inferioridades políticas e fortalecimento da cidadania (particularmente no caso da França)¹¹.

¹¹ Curioso notar que possa surgir uma ideia muito rudimentar de sujeito-criador em Descartes e que esse não tenha tido nenhuma participação num processo construtivo do direito de autor e, ao mesmo tempo, a dificuldade (ou simplesmente a incompreensão) de que com o *cogito* se estaria iniciando um caminho definitivo para a filosofia e, também, para o direito de autor. Não parece que esta percepção esteja muito clara por parte dos autoristas ou, pelo menos no senso comum autorista.

Ocorre que não poderia ter sido buscada uma atribuição para se proteger um sujeito e adequar distintos elementos de interesse uma vez que o combate ideológico do direito de autor ainda não havia sido inaugurado. Não havia que se adequar de modo equilibrado o direito de autor com eventuais outros interesses, como por exemplo a liberdade de acesso à cultura. Ou ainda, não haviam surgido ainda, naquele contexto, conflitos da ordem que posteriormente seriam típicos do sistema, entre titulares (não autores) e sujeitos-criadores. O conflito (historicamente ambientado e visto sob o olhar das disputas legislativas) era outro, era entre revolucionários e monarquistas ou, visto sob outro enfoque, entre titulares de direitos já atribuídos (ou melhor, privilégios) e cidadãos. Obviamente que observado tal contexto, aqueleque surgiria como sujeito de direito de autor certamente não seria o sujeito cartesiano, com a liberdade criativa que ao mesmo hoje se pode atribuir e que entendo ter sido o efetivo grande rompimento paradigmático de primeira ordem no direito de autor.

De toda forma, algum conceito de sujeito de direito que se aproxima do sujeito cartesiano vai surgir com os movimentos revolucionários, porém, será um sujeito melhor compreendido no âmbito da filosofia política, o que decorre exatamente da influência de outros filósofos como Montesquieu (1689/1755) e Rousseau 1712/1778), entre seus principais. O *sujeito-cidadão* não se fundamenta na condição de *sujeito-criador* de direito de autor (ou não se identifica com a ideia de criador.). A revolução não tinha espaço para tais *pequenas filigranas* (o que é aqui expresso em tom crítico, que esteja claro) considerando sua complexidade e o que historicamente foi modificado com seus resultados, ainda que o autor fosse considerado como tal logo no início do processo revolucionário, nas leis francesas de 1791 e 1793.

Ocorre porém, que a dualidade decorrente da síntese entre, de um lado, monopólios monárquicos de natureza benevolente e, de outro, a abolição(sucessiva) dos privilégios, bem como a busca revolucionária e constitucional para implementação de direitos de natureza fundamental e de ordem da propriedade (entre os outros elementos pós-revolução francesa) conduziram a um mapa legislativo e jurisprudencial que até hoje segue dominado pelas duas cores principais inerentes ao direito de autor: de um lado, a excessiva liberalização e intenção de ainda maior liberalização de acesso ao conteúdo das obras e de outro, a tentativa de imposição de maiores exclusividades e maior isolamento proprietário. Não por acaso a dualidade

entre estas mesmas posições são as que dominam a crise do direito de autor contemporâneo.

Neste sentido, *seja no contexto inglês ou francês, toda a discussão ocorrida na primeira evolução histórica do direito de autor se baseou no aspecto econômico e no embate de forças nas análises políticas (mais densamente na França) e econômicas (mais densamente na Inglaterra)*¹².

Em especial, há de se destacar o fato de que a amplitude da proteção prevista no artigo 1º da Lei Francesa de 1793 era algo além do normalmente atribuído ao direito de propriedade. A este respeito, cabe lembrar a indicação de Nesbit¹³ de que:

[...] os autores detinham os direitos de propriedade sobre os frutos de seu trabalho **mesmo após o trabalho ter sido vendido a outrem**. Esta era a essência do privilégio.

Esse excesso no tratamento do direito (ao se considerar um supervalorização da propriedade) e o duro posicionamento político do beneficiário frontalmente aos que detinham o poder antes da revolução, implica na compreensão de que havia uma necessidade de fortalecimento e sedimentação de direitos que fossem – em tese – contra-monárquicos. Quanto mais direitos houvesse que pudessem auxiliar no combate ao *ancien 177egime*, melhor para a revolução que, na ocasião do surgimento da Lei de 1793, já atravessava fase de grandes modificações estruturais. Por outro lado, e novamente indicando Nesbit¹⁴, este autor corretamente apontou que:

[...] na lei, o termo autor não carregava nem carrega uma distinção elevada, nem designa uma profissão em particular, tal como poeta. **Ela tinha somente a intenção de distinguir um tipo particular de trabalho de outro, o cultural do industrial**. Esta é a essência, o germe, a crueza essencial profunda [...] justificado pela presença da inteligência humana, imaginação e trabalho que eram legíveis na obra. (NESBIT, 2000, p. 248)

¹² Considerações e aprimorações de direitos a sujeitos ainda pouco participativos nas atribuições legais como os autores (que nunca haviam sido titulares de direito na Inglaterra) e cidadãos revolucionários (também autores, que alcançavam direitos em detrimento de privilegiados do *ancien régime*.

¹³ Molly, NESBIT. *What was an Author?* In: BURKE, Seán. *Authorship: from Plato to the postmodern – a reader*. Edinburgh University Press. Edinburgh, 2000. p. 248. *Authors retained property rights over the fruits of their labor even after work was sold to somebody else. That was the essence of the privilege.*

¹⁴ [...] *in the law, the term author did not and does not carry with it a mark of supreme distinction, nor did it designate a particular profession, like poet. It was only meant to distinguish a particular kind of labor from another, the cultural from industrial. This is the gist, the germ, the deep essential crudeness [...] justified by the presence of a human intelligence, imagination and labor that were legible in the work* [...] Em BURKE, Seán. *Authorship: from Plato to the postmodern – a reader*. Edinburgh University Press. Edinburgh, 2000. p. 249.

Em primeiro lugar há de se afirmar que, de fato, uma ausência de definição do conceito de autoria desde estes primórdios acabou por conduzir o processo de fortalecimento - nas posteriores leis de direito de autor – de criação de um ambiente no qual os titulares não-autores puderam exigir, paulatinamente, inclusões de direitos seus, em nome alheio. Compreendendo-se a gênese do processo que conduz ao *déficit filosófico do direito de autor* (ao menos formalmente) justamente com o surgimento das primeiras leis nacionais sobre o tema¹⁵ (especialmente o Estatuto da Rainha Ana e Leis Francesas de 1791 e 1793) parece significativo compreender que o fortalecimento político por meio da Lei Francesa de 1793 não foi suficiente para enquadrar o direito a que se referia, não obstante uma enorme clareza em sua disposição protetiva de garantir direitos (até mais amplos se comparados com o direito de propriedade então vigente) ao citar, em conjunto com o autor, algumas de suas categorias, tais como compositor, pintor, desenhista.

Ora, o autor estava exemplificado mas não seria necessário descrever detalhadamente as suas atividades, parecendo relativamente claro, que o que estava em voga era o direito inerente a esses tipos de autores, entre outros. Ocorre porém, que não obstante estar já presente no texto legal uma personalização do autor (ainda que incipiente) e o fortalecimento até mesmo desproporcional de seus direitos (ao menos naquele momento, com a possibilidade de diversos usos até a sua morte) os interesses econômicos não deixaram de ser observados e o desvio filosófico foi implementado com a *representatividade* dos interesses desses autores.

Todo esse desvio que a história proporcionou ao direito de autor - e que não poderia efetivamente ter ocorrido de outro modo considerando o momento histórico do seu surgimento - lhe causou um abalo da ordem da atribuição, desde o início, da justificativa filosófica que poderia auxiliar na solução de uma série de problemas¹⁶,

Nesse sentido, esta encruzilhada a qual foi submetido o direito de autor desde a sua origem (e, curiosamente, se trata da sua própria origem) fez com que toda a

¹⁵ Sendo certo porém, que a sedimentação do *deficit filosófico* do direito de autor se manterá futuramente em atividade, podendo-se afirmar, em grande medida, com a atribuição dos direitos conexos às empresas de radiodifusão e às companhias fonográficas, como também pelo desenvolvimento equivocado de atividades das entidades de gestão coletiva.

¹⁶ Dentre os quais, o que hoje se observa, por exemplo, por meio de circunstâncias de ordem subjetiva, tais como legitimidades artificialmente construídas por entidades de gestão coletiva, por atitudes praticadas com abuso do direito por meio de corporações de entretenimento titulares de ativos de enormes proporções, por meio, e, por outro lado, por questões de ordem objetiva, como pelas alegações sistemáticas de que o direito de autor é intrinsecamente violador da liberdade de expressão, etc.

evolução do direito de autor em qualquer dos sistemas tivesse como fundamento basilar a discussão de forças econômicas, desde as constituições revolucionárias e as primeiras leis nacionais e desde as primeiras convenções internacionais até a contemporaneidade.

Todo o caminho do direito de autor tem sido trilhado numa tentativa de equilíbrio econômico e de embate de forças políticas, sem uma apreciação eficaz, efetiva e densa do ponto de vista filosófico. O caminho percorrido ao se tomar a trilha da resposta negativa aos direitos que decorreriam de privilégios eminentemente empresariais (na Inglaterra) e a resposta revolucionária *pela cidadania* (na França), acabaram por conduzir o direito de autor a um conflito da ordem político-econômica do qual esse nunca mais se desvencilhou.

Assim, prevalecem no direito de autor a tentativa constante desta categoria jurídica em solucionar os problemas que lhes são causados pela evolução tecnológica (dos tipos móveis de Gutenberg às novas tecnologias de internet, aplicativos para *smartphones*, etc) e as tensões decorrentes de uma maior implementação de direitos em detrimento de direitos de outras naturezas que lhes sejam conflitantes.

Ora, em suma, o que se pretende indicar no presente estudo é que o processo histórico conducente ao surgimento e aos primeiros passos do direito de autor na sua origem histórica francesa ou inglesa foi moldado em aspectos de valorização excessiva dos valores políticos e econômicos, seja no contexto mais francamente declarado patrimonialista do sistema de copyright, seja no sistema de *droit d'auteur*, bem menos personalista do que eventualmente se atribui historicamente em sua origem (ao menos no que se refere a valores pragmáticos), mas paradoxalmente acentuadamente proprietarista. Nesse último aspecto, cabe esclarecer, inclusive, que o sistema francês é menos personalista do que tradicionalmente se lhe atribui tomando em conta que os elementos de proteção do direito de autor do sistema de *droit d'auteur* de então baseavam-se no direito de propriedade, ainda, que privilegiada a propriedade dos cidadãos (*citoyens*). A utilização da expressão cidadãos (*citoyens*) tem o objetivo de reforçar a terminologia implementada pela revolução aos destinatários dos direitos decorrentes do processo revolucionário (e digo isto para trazer à baila a historicidade politizada da discussão). A personalização efetiva, no sentido da implementação de uma proteção da personalidade criativa do autor por meios legais, ainda estava por vir, não tendo sido contemplada nas leis de 1791 e 1793.

Como se pode concluir, portanto, uma das explicações para o início do *déficit filosófico do direito de autor* é o próprio entorno histórico do surgimento da categoria jurídica do direito de autor para a qual se pretende abrir uma janela para uma (re)apreciação, em especial na direção de uma filosofia do direito de autor.

Considerando o fato de que o autor ainda não estava plenamente definido como tal, nem mesmo qual o espaço que ocupava e qual a sua função, não era um sujeito *ativo* ainda efetivamente participante na luta por direitos desta natureza¹⁷¹⁸. Ora, quem poderia combater com efetividade quaisquer excessos por meio de uma condição que ostentava sem ainda a compreender? Ou ainda, que sequer estava claro qual posição ostentava.

Por outro lado, e em algum sentido, a consideração do valor personalista na França foi bastante mais acentuada que na Inglaterra, mas ainda assim não foi suficiente para uma reflexão puramente filosófica que conduzisse a uma justificativa para se atribuir um direito de autor considerando-se a filosofia como matriz para resposta a essa pergunta. Esse vácuo reflexivo filosófico era justificado por valores de ordem econômica e política.

Econômica porque, no caso dos editores (titulares de direitos de autor no *commom law* inglês) havia a justificativa pelos investimentos promovidos para a produção dos exemplares de obras. E a continuidade desta relação era buscada pelos estacionários e demais empresários. Tomando emprestado esta concepção, o sistema a foi aplicando ao autor, (inicialmente) de forma deficiente, pois considerava o autor um investidor, mas não do ponto de vista do investimento financeiro, mas de esforço transformativo, o que seria facilmente amparado pelas teses lockeanas de

¹⁷ Nesse aspecto em particular é importante compreender que ainda que os dramaturgos tenha dado início às discussões que conduziram à lei francesa de 1791, não foi observada no ambiente do século XVIII uma maturidade nas posições dos autores por meio de exigências legais. O fortalecimento do direito de autor, em verdade, somente irá se inaugurar com o surgimento das leis nacionais e, posteriormente, com os textos de convenções e acordo internacionais.

¹⁸ Pode-se comparar esse fato, por exemplo (e de modo um tanto quanto incipiente) com a circunstância decorrente de uma ausência de interesse e efetividade no combate às práticas perniciosas contra o direito de autor tais como a *pirataria* em países nos quais o combate a outras modalidades criminosas seja ainda tão ineficaz. Nenhuma polícia (em gênero e considerado como representante do poder de polícia do Estado) tem interesse efetivo em combater práticas violadoras de direito de autor enquanto tenha que solucionar crimes de ordem social muito mais relevantes (relevantes aqui no sentido dos danos diretos à sociedade e da qualificação das modalidades criminosas). Nesse sentido, é também pouco provável que se possa considerar a aprovação da opinião pública em geral para o combate de crimes inerentes ao direito de autor e à propriedade intelectual em gênero. Um dos modos de se combater um pouco esse desinteresse estatal é exatamente a especialização dos aparatos preventivos e repressivos das polícias, como também a própria especialização em órgãos do Poder Judiciário.

transformação de um bem comum em um bem particular, ao ser retirado do estado de natureza¹⁹.

No que se refere à valoração política, esta decorre do conflito de interesses e busca de maiores condições jurídicas por meio de uma sedimentação de direitos. No caso francês, é acentuadamente evidente que os revolucionários – num sentido geral – e a assembleia nacional – ainda que pudessem ver algo de relevo na necessidade de proteção do autor por meio de uma atribuição de exclusividade ou sob o enfoque de uma propriedade artístico-literária, possuíam um sem número de outros interesses que estavam em jogo para que fossem implementados como direitos. Ora, se ainda hoje o interesse em direito de autor e propriedade intelectual é incipiente se levado em conta e comparado com as demais categorias do direito²⁰ e se ainda se observa desvios nas argumentações promovidas pelos defensores de teses mais conservadoras ou que pretendem uma maior flexibilização dos direitos, com argumentos retóricos e baseados em razões econômicas e políticas, esses fatores eram ainda mais presentes no surgimento histórico do direito de autor, em ambos os sistemas nos quais esse foi gerado.

A situação de descompasso se agrava quando se percebe que as tomadas de posições políticas ocorriam justificadamente por considerações de ordem filosófica. Ocorre porém, que com tudo isto, exatamente as duas ideias principais relacionadas ao direito de autor (o conceito de propriedade e a exclusividade) surgiram no contexto legislativo francês da revolução. O que não foi ainda estabelecido foi o conceito de um equilíbrio, mas que, naquele momento, efetivamente não se poderia esperar pela

¹⁹ Aproveitando que o estudo se baseia também numa explícita comparação entre outros filósofos, há de se indicar, sobre o personalismo indicado a Kant que também outros filósofos trouxeram à discussão questões personalistas. É o caso, por exemplo, de Locke no seu *Segundo Tratado (Segundo tratado sobre o governo civil)* que indica que o homem é possuidor de si mesmo e, como tal, possuidor do que consegue trazer do estado de natureza com o seu trabalho. Esse conceito, ainda que sob viés bastante diferenciado do kantismo – de natureza mais personalista – constitui efetivamente uma valorização do ser humano. Ocorre que o desenvolvimento lockeano trouxe à baila a valorização do trabalho e o conceito geral de que esse geraria um direito de propriedade (capítulo V do Segundo Tratado do Governo Civil), mais ainda do que uma proteção do indivíduo, por si só. Pode-se efetuar esta constatação pela própria compreensão das condições de possibilidade lockeanas para o exercício do direito de propriedade sobre algo que pudesse ser tirado do estado de natureza, quais sejam: a necessidade de tornar acessível aos demais outros produtos ou resultados da exploração, ao menos potencialmente, e a proibição do desperdício. Esses, portanto, conceitos bem mais voltados a um proprietarismo mais acentuado.

²⁰ O que se percebe pela defasagem de ensino da disciplina nos cursos superiores; pela ausência de especialização dos órgãos do Poder Judiciário; pela produção acadêmica incipiente, entre outros fatores. Claro que esta apreciação é relativizada com esses fatores quando comparados com categorias jurídicas mais abrangentes, tais como o direito penal ou o direito contratual, e outras de mesma dimensão em termos de complexidade e diversidade de institutos.

ainda pouca definição do que seria o direito de autor e, por outro lado, porque o fator relevante era impedir os privilégios, símbolo ostentatório do *statu quo ante*.

Foi esse, portanto, o ambiente histórico primordial que promoveu o início do *déficit filosófico do direito de autor* que desde então está em vigor.

Por outro lado, uma comprovação desses elementos poderia ser alcançada ao se analisar o fato de que os intérpretes, ainda que ostentassem uma posição de destaque na ocasião, não foram contemplados nem no Estatuto da Rainha Ana nem na Lei Francesa de 1793. Enquanto no primeiro havia uma extensão dos direitos dos estacionários a outros, incluindo-se o autor, na segunda havia a consideração de algumas variações de autores²¹. Dito de outra forma, a ausência de consideração legislativa sobre a figura dos intérpretes, que apresentam uma consideração social bastante relativa (e chegaram a ser considerados os verdadeiros “autores” das obras pela sua participação, em especial na transmissão oral das obras) pode significar o resultado do descaso com as posições então ostentadas pelos intérpretes²².

Ou seja, uma análise pormenorizada do surgimento da ambas leis nacionais acaba por indicar que não houve um movimento de consideração do autor como sujeito participante ativo da sociedade inglesa, mas da consideração desse de forma indireta, no rastro dos estacionários.

Por outro lado, no surgimento francês, a categorização se deu na direção da (re)afirmação da exclusividade amparada no conceito de propriedade privada (ainda que a lei não utilizasse esta expressão no seu artigo 1º e como uma forma de garantir direitos revolucionários, combatentes por si só, do *ancien régime*).

A implementação dos direitos na Inglaterra era uma espécie de aproveitamento de um fato histórico (de um *continuum*) e na França uma espécie de aproveitamento de uma forma de combate (aos privilégios, que eram então execrados) por força da instituição de leis por meio de um assujeitamento (ainda não bem delineado) de uma figura que ainda era incipiente como participante social: o autor. Diante desse panorama, a constatação da exclusão ou simplesmente não consideração dos intérpretes é importante elemento de análise que serve como um componente de comprovação de que uma categoria autonomamente observada não foi considerada na formação do direito de autor. Mesmo que esta circunstância não possa ser considerada

²¹ Autores literários, compositores, pintores, desenhistas - Artigo 1º da lei de 1793.

²² Le Chapelier chegou a tentar atribuir direito semelhante a atores (na relação com os dramaturgos) e impressores (na relação com os autores literários).

a comprovação inquestionável da exclusão do autor dos processos legislativos como sujeito ativo, é relevante observá-la sob esse enfoque e nesse contexto.

Obviamente que todos os elementos apontados são de enorme valor sintético e resumem um processo evolucionário histórico de longos anos.

4 Considerações finais:

Como se pode observar, a síntese de todo o processo histórico do direito de autor deve ser analisada sob a luz da compreensão do *déficit filosófico do direito de autor*²³ que se inicia no seu próprio nascedouro historicamente observado, sob uma perspectiva mais ampla, com os privilégios de impressão e, sob uma interpretação mais restrita, com as leis nacionais formais do século XVIII, tanto na Inglaterra quanto na França.

Ocorre que as pretensas justificativas filosóficas, apareciam, até hoje, sempre numa análise que nomeia *posteriori* ou como aponta Suthersanen *ex post facto*²⁴ (SUTHERSANEN, 2007, P. 135). E o que é mais grave, esta apreciação é sempre artificializante de conceitos filosóficos.

Trata-se, portanto, de dois equívocos que são claramente cometidos com esta técnica ou má interpretação dos fatos:

Em primeiro lugar não se pode analisar os fatos históricos isolados de seu momento e os destacar desde uma perspectiva historicamente distante. Pode-se, portanto, defender o brado de *Le Chapelier* e afirmar que se poderia ter a mesma postura que o político francês em sua época. Ocorre porém, que é importante

²³ Esse déficit, ainda que não seja assim nomeado por outros autores, parece ser identificado por alguns que o enxergam em outras situações históricas, como é o caso de Kathy Bowrey quando a autora indica que [...] *após os debates do século XVIII sobre a propriedade literária, houve uma mudança jurisprudencial longe de uma preocupação de que a lei reflète a propriedade "natural" no esforço (trabalho) mental, para uma análise "consequente" dos méritos de concessão de um direito* ²³. Tradução livre do trecho: *Following the 18th century literary property debates, there was a jurisprudential shift away from a concern that the law reflect the "natural" property in mental labour, to a "consequential" analysis of the merits of granting a right.* Em BOWREY, Kathy. *The Outer Limits Of Copyright Law -Where Law Meets Philosophy and Culture, Law and Critique*, 2001pp. 1 à 24. (Vol 12:1), Em <http://www.chickenfish.cc/copy/> Acessado em 22/01/16 . p. 09.

²⁴ Uma Suthersanen faz o uso da expressão latina *ex post facto* para indicar as justificativas filosóficas do direito de autor. A autora que trabalha no sistema de *copyright* publicou excelente artigo que diagonalmente também trata do tema que discuto nesse estudo e, já no seu título, utilizou expressão que demonstra a dificuldade na estruturação filosófica do direito de autor: *The stakeholders palimpsesto*. Lembrando que palimpsesto é um velho documento, um papiro no qual os textos foram sucessivamente sendo reescritos. Excelente percepção da autora. (SUTHERSANEN, Uma, *A Stakeholder's Palimpsest, In Copyright Law -New Directions in Copyright Law* (pp.119-134), F. Macmillan (ed.) Edward Elgar, London, 2007, p. 135.)

compreender que a justificativa filosófica dos revolucionários franceses estava contaminada pelo combate aos privilégios reais, o que implica em pré-juízos inautênticos na concepção justificante daquele momento.

Por outro lado, deve-se perceber que a presença incontestável de pré-juízos inautênticos em argumentos de ordem não filosófica separados por longo intervalo histórico compreende a análise de um elemento de interpretação da parte em detrimento do todo (ignorando o conceito de círculo hermenêutico) o que é um equívoco estrutural também hermenêutico. Por outro lado, a utilização de argumentos de matiz político-econômico (no caso de *Le Chapelier*) e praticamente exclusivamente econômico, no caso daqueles que pretendem flexibilizar o direito de autor na contemporaneidade²⁵ afasta qualquer possibilidade de se interpretar e justificar o direito de autor sob o olhar filosófico. A argumentação econômica ou política, por mais justificante ou significativa que seja, não pode emprestar valor filosófico ao direito de autor como justificativa para essa categoria jurídica.

O *déficit filosófico do direito de autor* que transforma (em conjunto com a capitalização acentuada do direito de autor por parte de seus poderosos titulares) o chamamento de *Le Chapelier* num poderoso *mantra performático*²⁶ pela utilização descabida e (equivocadamente) vulgarizada da ideia de que a propriedade intelectual é a mais sagrada das propriedades, até porque, *Le Chapelier* não havia feito referência ao conceito de propriedade intelectual, mas havia indicado que a mais sagrada das propriedades é o produto do trabalho da mente de um escritor²⁷²⁸.

²⁵ É o caso de autores vinculados aos *Creative Commons* como seu fundador Lawrence Lessig, e seus representantes no Brasil (Ronaldo Lemos, Sérgio Branco, entre outros) ou outros de matriz ideológica mais radicalmente contrários a fundamentos patrimonialistas do direito de autor (William Patry e Joost Smiers). O que talvez possivelmente possa ser enquadrado como o mais radical dos autores é o holandês Joost Smiers, especialmente por sua obra *Imaginem um mundo sem direitos de autor nem monopólios – Um ensaio*.

²⁶ A expressão mantras performáticos vem sendo apresentada em diversos textos, entre outros, os seguintes: DRUMMOND, Victor. Por uma construção de um direito de autor imune ao esvaziamento semântico e ético de expressões utilizadas como mantras performáticos. *Revista Propriedades Intelectuais*, v. 2, p. 22-29, 2014 e DRUMMOND, Victor; ADOLFO, L. A. G. ; WACHOWICZ, M. . *Direito da Propriedade Intelectual - Volume II - O combate ao esvaziamento semântico e ético de expressões utilizadas como mantras performáticos no universo do direito de autor*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2014. v. 1. 236p .DRUMMOND, Victor, *The “Performatic Mantras” of Copyright*, *International Journal of Humanities Social Sciences and Education (IJHSSE)* Volume 4, Issue 4, April 2017, PP 88-98, acesso em: <https://www.arcjournals.org/pdfs/ijhsse/v4-i4/10.pdf>

²⁷ *Est l'ouvrage fruit de la pensée d'un écrivain*.

²⁸ Insisto, isso não significa dizer que os titulares de direitos conexos empresariais não devam receber esta condição, especialmente no contexto internacional, mas que a inclusão num mesmo arcabouço de direitos com fundamentação empresarial e não criativa com o direito de autor são um denso obstáculo filosófico, para dizer o mínimo. Produtores fonográficos e empresas de radiodifusão.

Observe-se que a sacralização da propriedade intelectual é facilmente observável ainda que não se trabalhe com a noção de mantra performático. E há outros modos de identificar o problema, como o faz Lewicki²⁹, ao indicar que há uma imagem quase teológica do direito de autor. Assiste razão a Lewicki também em sua abordagem, que é somente um outro modo de nomear as coisas, pois ainda que Lewicki não trabalhe com a figura dos mantras performáticos ou algum conceito que lhe seja equivalente, o autor percebeu com enorme clareza a concepção exageradamente ideologizada. Aliás o mesmo autor aponta, com correção, na sua tese de doutorado, a necessidade evidente de se observar o direito de autor consoante a sua historicidade.

Realmente esta historicidade é pouco presente, para dizer o mínimo, nas análises sobre direito de autor, em especial nas de tendência mais conservadora, ainda que não seja exatamente exclusividade dos autoristas mais conservadores. A manutenção do *déficit filosófico do direito de autor* decorre desta insistência em não buscar uma justificativa filosófica pura, não disfarçada de elementos de natureza econômica.

Por fim, e nesse caso, a crítica se impõe ao fato de que o principal elemento da ausência da historicidade é o ignorar a invasão da filosofia pela linguagem e portanto, ter deixado de construir a resposta do porquê do direito de autor pela via hermenêutica.

O que se pretende com o presente estudo é exatamente não permitir a manutenção de um vácuo analítico que, ao fim e ao cabo, se não compreendido, manterá vivo o *déficit filosófico do direito de autor* que necessita ser preenchido com novas concepções conceituais-interpretativas pela via da hermenêutica contemporânea.

Por outro lado, entendo que contemporaneamente há muitos modos de acentuar o déficit filosófico que historicamente surge com o próprio direito de autor e, evidentemente, em sua historicidade e de seus antecedentes.

Um deles é a concepção de que o autor deveria se adaptar à nova realidade da distribuição de obras (o que significa também à distribuição de produtos, em alguma medida). Fala-se muito que com os novos modos de distribuição de produtos artísticos, que o autor não poderia ser beneficiado economicamente com uso da obra por determinado período de tempo ou mesmo sob as condições que o direito de autor

²⁹ LEWICKI, Bruno Costa. *Limitações aos direitos do autor – releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo*. Tese de doutorado apresentada na UERJ, Rio de Janeiro: 2007, p. 266.

conduz a que ele seja beneficiado, especialmente pela natureza exclusiva do direito. E há de se perguntar: por que não? Não houve rompimento paradigmático que indicasse uma nova compreensão do processo criativo que conduza a novas formas de exercer o direito economicamente. Há de se acreditar, portanto, que é justo do ponto de vista filosófico e adequado, do ponto de vista econômico, que alguém que crie algo tenha o benefício da possibilidade de remuneração por período razoável por razões filosóficas e que do ponto de vista econômico é razoável que haja uma remuneração decorrente desta mecânica circular (que a filosofia explica pelo círculo hermenêutico). Assim, o senso comum autoralista que pretende flexibilizar o direito de autor, insiste que o autor deve aceitar o fato de que não poderá ser remunerado como no sistema tradicional ou que deve procurar outras formas de fazer circular a obra.

Deve ser salientado, porém, que a questão se centra no seguinte: a distribuição das obras fez modificar o modo de remuneração e de acesso a elas, em geral tendo sido modificado em primeiro lugar o modo de distribuição dependendo de alguma variação na perspectiva. Dizer que há uma nova forma de remuneração é razoável, mas dizer que deixa de ser justo receber pelo ato criativo em decorrência da forma de distribuição ter sido modificada, é uma utilização de argumento econômico justificando o filosófico e, no mais, é um olhar a *posteriori* e conclusivo da dificuldade ou impossibilidade no exercício de alguns direitos. O direito não pode, pelo seu fracasso, tentar justificar filosoficamente o que é o mais justo do ponto de vista, pelo menos, da filosofia ética!

A resposta de que a justificativa filosófica é modificada pelo modo de distribuição busca uma fusão de um olhar econômico com um olhar filosófico, pois ignora a reflexão sobre o justo do ponto de vista da filosofia. Não é correto, adequado nem justo que deixe de haver uma concepção filosófica sobre o ato de criar pelo simples fato de que a distribuição modificou o seu modo de atuar sobre o direito de autor. São dois pontos de vista diferentes: um é conclusivo: de fato, a tecnologia alterou o modo de distribuição. Outro é de outra natureza filosófica, que não é a conclusão do anterior. Ou seja, pelo fato de que a distribuição de obras modificou o modo de possibilidade de remuneração não se pode concluir que se deve negar ao autor a sua condição de autor ou, simplesmente, que deixa de haver uma justificativa filosófica para a sua proteção como sujeito primordial da categoria jurídica. A interposição do argumento econômico afronta a filosofia nesse particular aspecto,

desconsiderando-se a sua importância e os seus resultados. Não se pode modificar uma justificativa filosófica atribuída a um direito pela dificuldade do exercício do direito, especialmente por problemas de ordem (direta ou indiretamente) econômica.

Essa confusão de conceitos em nada contribui para a compreensão correta dos elementos justificantes do direito de autor de natureza filosófica.

É importante, portanto, que se compreenda que seja no início dos tempos do direito de autor, seja na contemporaneidade, o *déficit filosófico do direito de autor* deve ser identificado e compreendido para que o seu espaço possa ser preenchido com valorações filosóficas concretas, o que inclui a compreensão de que o que é justo deve ser implementado, como direito, também ao autor e que não se pode permitir uma disfunção do direito por meio desta espécie de curto circuito com elementos extra filosóficos que em nada contribuem para a solução do déficit filosófico.

Modificar o direito e atribuir-lhe outra natureza é outra possibilidade, que não significa, de modo algum, reconduzir valores econômicos vestidos artificialmente de filosóficos.

Por tudo isso, e considerando que deve ser compreendido que as justificativas filosóficas se deram sempre numa perspectiva da contemporaneidade para a explicação de um passado (como se o processo criativo pudesse ocorrer somente hoje) há de se buscar, efetivamente, uma resposta filosófica de algo que, obviamente, está na filosofia. Nada mais elementar. Insistir em tentar artificializar o discurso, colorindo com argumentos econômicos (como o da inversão do processo de distribuição conduzindo à reforma da justificativa filosófica) é um caminho sem volta para o esvaziamento semântico-estrutural de um direito. O direito de autor sem autor e sem a compreensão de que esse é seu sujeito primordial é um *não-direito de autor*.

Neste sentido, as teses que se aplicam *a posteriori* ou *ex post facto* e que são, portanto, de natureza “consequencialista” em expressão que pode ser a partir deste estudo implementada.

Falta aos autoralistas e estudiosos da história do direito de autor o entendimento de que assim como não se pode compreender para interpretar, pois as *subtilitate* não estão mais cindidas na hermenêutica contemporânea, também na aplicação das justificativas filosóficas ao direito de autor deve-se compreender interpretando, o que significa que a busca por artificialismos sedimenta o equívoco

que somente na contemporaneidade deve se compreender o que o direito de autor pretende justificar ou que ele deve ser interpretado e re-justificado filosoficamente, quando, nas verdade, os autoralistas em linhas gerais não apresentaram justificativas filosoficamente densas para responder a tais anseios.

REFERÊNCIAS

BOWREY, Kathy. **The Outer Limits Of Copyright Law -Where Law Meets Philosophy and Culture, Law and Critique**, 2001pp. 1 à 24. (Vol 12:1), Em <http://www.chickenfish.cc/copy/> Acessado em 22/01/16 . p. 09.

BURKE, Seán. **Authorship: from Plato to the postmodern – a reader**. Edinburgh: Edinburgh University Press. 2000.

BUYDENS, Mireille. **La propriété intellectuelle – Evolution historique et philosophique**. Bruxelles: Editions Bruylant, 2012.

DRUMMOND, Victor, **Do círculo hermenêutico ao círculo criativo, (as novas) perspectivas filosóficas do direito de autor**. Tese. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá. 2014.

DRUMMOND, Victor, In ADOLFO, L. A. G. ; WACHOWICZ, M. . **Direito da Propriedade Intelectual - Volume II - O combate ao esvaziamento semântico e ético de expressões utilizadas como mantras performáticos no universo do direito de autor**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2014. v. 1. 236p .

DRUMMOND, Victor. **Por uma construção de um direito de autor imune ao esvaziamento semântico e ético de expressões utilizadas como mantras performáticos**. Revista Propriedades Intelectuais, v. 2, p. 22-29, 2014.

DRUMMOND, Victor, **The “Performatic Mantras” of Copyright**, International Journal of Humanities Social Sciences and Education (IJHSSE) Volume 4, Issue 4, April 2017, PP 88-98, acesso em: <https://www.arcjournals.org/pdfs/ijhsse/v4-i4/10.pdf>

KANT, Imanuel. **On the Injustice of Reprinting Books** (original em alemão: Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks publicado em 1785, **Primary Sources on Copyright**, disponíveis, tanto o texto original quanto a tradução em inglês no endereço http://copy.law.cam.ac.uk/cam/tools/request/showRepresentation?id=representation_d_1785”. Acesso em 04/06/2016.

_____. **Sobre a ilegalidade da reimpressão de livros**, tradução e comentários ao texto, **Revista do IBPI**, 4ª edição, por Karin Grau Kuntz disponível em <http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/c1cd349287c9c15affff802bfffff.pdf> Acesso em 07/06/2016.

LEWICKI, Bruno Costa. **Limitações aos direitos do autor – releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Tese de doutorado apresentada na UERJ, 2007.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. 4ª edição. Petrópolis: Vozes, (Coleção Pensamento Humano), 2006.

NESBIT, Molly, **What was an Author?** In: BURKE, Seán. **Authorship: from Plato to the postmodern – a reader**. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2000.

ROSE, Mark, **Authors and Owners. The invention of copyright**, London: Harvard University Press, 1993.

SHUTERSANEN, Uma, **A Stakeholder's Palimpsest, In Copyright Law - New Directions in Copyright Law** (pp.119-134), London: F. Macmillan (ed.) Edward Elgar, 2007.

Recebido em 19.05.2017

Aprovado em 22.08.2017