

UMA ECONOMIA DO DIREITO AUTORAL

“The time has come,” the Walrus said,
To talk of many things:
Of shoes-and ships-and sealing-wax
“Of cabbages-and kings.”

Denis Borges Barbosa (2011)

UMA ECONOMIA DO DIREITO AUTORAL	1
<i>Os limites do nosso estudo</i>	2
<i>Produção expressiva e direito autoral</i>	2
<i>De que economia tratamos?</i>	3
De que eficiência tratamos?.....	4
Não todos direitos de autor e conexos, mas só a produção expressiva	5
<i>Um excesso de oferta</i>	6
<i>Os personagens do drama</i>	9
<i>Os modelos da economia da expressão</i>	10
O modelo presencial	11
O modelo artefato	13
O modelo mediado.....	17
<i>Meio técnico + mediador econômico</i>	18
<i>O momento da técnica</i>	21
<i>Duas questões incidentais</i>	22
Como os sistemas de <i>funding</i> podem afetar o conteúdo da expressão	23
O filtro do mercado.....	24
<i>Porque se torna necessária uma nova ordem jurídica?</i>	26
<i>Uma economia das obras expressivas criadas para o mercado</i>	29
<i>A falha de mercado</i>	29
Definição de falha de mercado	30
<i>Meios alternativos de intervenção estatal</i>	30
<i>Os pressupostos da existência dos direitos exclusivos da propriedade intelectual</i>	31
Nem sempre a falha exige correção	31
<i>A intervenção e seu custo social</i>	32
Da uniformidade internacional da proteção como um custo social.....	35
<i>A racionalidade da internacionalização</i>	35
<i>As irracionalidades da internacionalização</i>	36
<i>Os direitos exclusivos favorecem mesmo a produção para o mercado?</i>	36
Do prazo	37
O escopo dos direitos.....	38
<i>Contributo mínimo</i>	39
<i>Pertinência ao sistema</i>	39
<i>Ideias</i>	39
<i>Obras derivadas</i>	40
<i>Limitações</i>	40
<i>As questões do custo de transação</i>	42
<i>Quando uma obra seria criada</i>	43
<i>A doutrina do efeito indutor</i>	44
A tese do número absoluto de obras	45
A tese da obra efêmera	47
<i>A nemésia, ou a massificação da reprodução em massa</i>	48
Um discreto ocaso do autor singular.....	49
<i>Um mundo sem direitos autorais?</i>	50
O fim do modelo mediado?	51

Os limites do nosso estudo

A produção expressiva – poemas, contos, sonatas, o Hamlet, a Garota de Ipanema – existe imemorialmente com uma atividade humana. A noção de que essa produção possa em alguns casos ser imputada a um *autor*¹ - a fonte pessoal da produção expressiva, individual, coletiva, ou difusa -, é quase tão antiga, tendo maior ou menor importância jurídica durante esse tempo indeterminado. Mas os “direitos autorais” que constam hoje das leis têm certidão de nascimento e contexto histórico preciso.

A partir desse ponto na história, os interesses jurídicos do autor se caracterizam por dois aspectos cruciais: uma *patrimonialidade* assegurada por uma *exclusividade jurídica*. Aquele a quem o direito atribui à *exclusividade do uso econômico* de uma criação terá poderes para obter os proveitos econômicos de tal uso, com exclusão de todos demais.

Certamente toda a produção expressiva, mesmo antes da existência do direito autoral como um verbete da enciclopédia jurídica, presume uma faceta econômica; é preciso algum excesso na produção de bens da vida para que haja espaço para a atividade de criar bens do espírito, que Adam Smith caracterizava como... improdutiva.² Há assim sempre um fenômeno econômico *na* produção expressiva.

Mas esses “direitos autorais” com certidão de nascimento se constroem *para* um fim econômico: seja remunerar o trabalho criativo profissional, seja assegurar o retorno do investimento na atividade que toma esse trabalho comum um de seus insumos. Assim, parece razoável tomarmos como título deste estudo “a economia *do* direito autoral”.

Produção expressiva e direito autoral

Embora haja toda uma construção teórica especificamente relativa aos direitos autorais, da qual daremos notícia, começamos este texto falando de produção expressiva. Não é por acaso. Como já mencionamos no tocante ao outros ramos da propriedade intelectual, a sociedade demanda primariamente inovação e produção expressiva, e não patentes e direitos de autor.

Como veremos a seguir, a instituição dos direitos autorais é apenas *um* método de induzir a produção expressiva. Produz-se com, ou sem, intuito de retorno econômico; produz-se com fundos próprios ou alheios e, entre os alheios, especialmente os recursos estatais; produz-se para fins de mercado ou com propósitos não-econômicos. Cada uma

1 Sobre a concepção moderna de autoria, a partir do Renascimento, veja-se “SANTOS, Manoel J. Pereira dos, A Questão da Autoria e da Originalidade em Direito de Autor, Direitos Autorais, São Paulo: Saraiva, 2012 (no prelo).

2 "Algunos de los trabajos más respetables de la sociedad son como el de los sirvientes: no producen valor alguno que se fije o incorpore en un objeto permanente o mercancía vendible, que perdure una vez realizado el trabajo, [...] En la misma categoría hay que situar algunas de las profesiones más serias e importantes y algunas de las más frívolas: [...] actores, bufones, músicos, cantantes de ópera, bailarines, etc. [...] Como la declamación del actor, la arenga del orador y la melodía del músico, la labor de todos ellos parece en el mismo instante de su producción" SMITH, A. Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones, 1776, Madrid: Alianza Editorial, 1994., p. 425-426.

dessas modalidades tem uma racionalidade específica, vantagens e desvantagens peculiares.

É importante ter em mente o efeito do direito autoral em cada uma dessas modalidades; pois em cada função é distinta, e o impacto diferente. Para a produção de obras de escultura ou pintura, é uma; para as atuações ao vivo, de teatro, show ou ópera, é outra. Para as formas de produção que se conforma a uma forma de reprodução de cópias em massa, é outra função – e a que mereceu maior análise teórica, e sofreu mais impacto das mutações tecnológicas.

Uma consideração final neste ponto merece atenção concentrada. O estudo dos problemas econômico existentes *na* produção cultural é objeto de um corpo distinto de análise: é o objeto daquilo que nos últimos anos vem se denominando *economia da cultura*³. O objeto que estudamos aqui é específico e particular, e presume um modo de produção específico que se caracteriza por uma atividade profissional e constante de produção para o mercado. Esse é o campo em que nasce e se estiola o direito autoral.

De que economia tratamos?

Para efeitos deste estudo, economia é – como queria Ludwig Von Mises –, a organização dos conhecimentos possíveis sobre *a ação humana proposital*, para a obtenção de certos fins em um mundo condicionado pela escassez.⁴ A condição da escassez induz categoricamente uma busca pela eficiência. Como nosso propósito é estudar *esse* método de induzir a produção expressiva, a economia *do* direito autoral vem a ser, essencialmente uma análise de eficiência deste meio jurídico – em comparação a outros meios - para induzir a produção expressiva.

Nisso ajudam muito certos instrumentos do que hoje se chama análise econômica do direito (ou Law & Economics):

O estudo econômico do sistema jurídico é reconhecido como indispensável para um melhor entendimento dos objetivos e dos resultados das leis. Focando em uma análise consequencialista, bem como visando examinar meios legais para garantir o fim adequado, tal doutrina atua como um balanço de eficiência do direito positivo. (...) Na busca de maximizar os benefícios, Posner explica que eficiência seria o melhor resultado que se poderia obter por qualquer sistema econômico. Entre outras definições, Pareto entende que eficiência é o que atua em prol de uns sem prejudicar os demais enquanto Hicks e Kaldor já consideram que eficiente quando os benefícios superam as perdas⁵.

3 "Many politicians and academics, particularly in Europe and Latin America, use the concept of "cultural economics" or the term "economy of culture" when dealing with the economic aspects of cultural policy. Moreover, many artists and intellectuals feel uncomfortable with the emphasis given to market aspects in the debate on the creative industries and hence the creative economy. "Cultural economics" is the application of economic analysis to all of the creative and performing arts, the heritage and cultural industries, whether publicly or private owned. It is concerned with the economic organization of the cultural sector and with the behaviour of producers, consumers and governments in this sector. The subject includes a range of approaches, mainstream and radical, neoclassical, welfare economics, public policy and institutional economics." (Doc. UNCTAD/DITC/2008/2). Disponível em: http://www.unctad.org/en/docs/ditc20082cer_en.pdf. Acesso em: 5/2/2011.

4 MISES, L. V. Human Action, Laissez Faire Books; 4th Rev Edition, p. 3.

5 BARBOSA, Ana Beatriz Nunes. Law & Economics – Uma Introdução. Revista de Direito Empresarial IBMEC nº 1, 2002. Por que essa escolha metodológica? Explica VASCONCELOS, Claudio Lins de. "Mídia e Propriedade Intelectual: A Crônica de um Modelo em Transformação", Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Apesar de não empregar nem completa, nem ortodoxamente, os instrumentos da abordagem da análise econômica do direito, nossos objetivos são muito parecidos: a intenção deste breve estudo é testar a eficiência do direito exclusivo dedicado ao incentivo à produção expressiva, tendo como padrão *o bem-estar social*. Portanto, tratamos da necessidade efetiva de direitos exclusivos para induzir a produção expressiva, de seus efeitos colaterais sobre eventual produção expressiva, e em que contextos históricos os direitos exclusivos surgem, se desenvolvem, ou se estiolam.

As perguntas que suscitamos e, esperamos, pelo menos tentamos precisar, sabendo da dificuldade de sua resposta, são alguns dentre os que outros autores já apontaram:

[a] Is copyright supposed to encourage the production and publication of the largest possible quantity of expressive items?

[b] Should copyright say anything about ensuring widespread access to these items, or the ways in which these items compete against one another for public attention?

[c] Does or should copyright have anything to say about the composition of the items themselves, favoring one type of item more than another, or of a diverse range of items, and if so, what are the criteria for preferring one type of item to another, or for measuring diversity?"⁶

De que eficiência tratamos?

Como veremos, desenhar a eficiência dos direitos autorais importa em analisar a complexa racionalidade interna desse segmento do direito. É muito interessante a explorar toda a teia, mas tentaremos não perder de vista que, por mais bem administrado que seja o sistema para – por exemplo – pagar bem ao autor de um sambinha, nosso estudo não parte da presunção de que esse direito foi criado para isso, e sim para suprir uma necessidade social por produção expressiva.⁷

“Ainda assim, essa análise exercerá em muitos casos função meramente acessória como na hipótese de uma medida qualquer que, embora ineficiente do ponto de vista estritamente econômico, será a mais adequada para a consecução de objetivos específicos. Em outros, contudo, a AED tende a ser fundamental particularmente nas áreas em que a eficiência econômica consiste no próprio bem jurídico a ser tutelado. Em sua concepção contemporânea, como vimos, o DIPI tem como principal preocupação a busca do equilíbrio entre os interesses econômicos de titulares e usuários de bens intelectuais, o que equivale dizer que busca conceitualmente a melhor alocação possível dos recursos destinados tanto à produção quanto ao consumo desses bens. Não por acaso, alguns dos maiores nomes da AED são também referências obrigatórias em matéria de PI.”

6 COTTER, Thomas F.. Memes and Copyright (March 4, 2005). Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=679038> or Doi: 10.2139/ssrn.679038

7 “It can in fact be shown that, even if the commodification of intellectual works by means of copyright does provide some incentive for creative activities, this benefit is offset by certain side effects on the diversity and quality of the ideas produced, and interference with access to information and the incremental process of creation. All of which, if duly taken into account, can seriously call into question the overall balance of efficiency”. RAMELLO, Giovanni Battista. *Pelle Sub Agnina Latitat Mens Saepe Lupina: Copyright in the Marketplace. A Political Economy Approach*. J. J. Josselin, A. Marciano, ed., Law and the State, Forthcoming. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=481603>. Essa escolha não é tão intuitiva como parece. Landes e Posner ponderam que parte pelo menos da função do direito exclusivo é garantir o retorno do intermediário em face dos riscos de lançamentos que não dão resultado, mas envolvem custos de marketing, etc. Assim, alguma porção das vantagens da exclusiva se dirige à manutenção da atividade dos intermediários, sem causar produção expressiva nova.

Assim, subscrevemos a perspectiva do que Paul Goldstein chama dos pessimistas do direito autoral.⁸ Na verdade, tomamos assim partido num debate universal sobre os propósitos do direito autoral, tendo de um lado a posição extrema de Lawrence Lessig – segundo a qual os meios e as práticas relacionadas com o direito autoral constroem inaceitavelmente a criatividade e a cultura,⁹ e o próprio Goldstein, segundo o qual se deveria cobrir de direitos exclusivos toda e qualquer centelha de expressão possível.¹⁰

Sem ir nem à cruz nem à caldeirinha, mantemo-nos pessimistas quanto à eficiência dos direitos exclusivos de cunho autoral como meio necessário e *suficiente* para induzir *toda* a produção expressiva demandada pela sociedade.

Entendemos, no entanto, que o direito autoral tem seu papel, entre os outros meios de que o Estado usa para intervir na economia para obter essa produção naquele seu segmento *que se volta para o mercado*, ainda que nos limites ora circunscritos pelas mutações tecnológicas.¹¹ O nosso percurso tenta determinar onde e quando isso ocorre.

Não todos direitos de autor e conexos, mas só a produção expressiva

Um aspecto particularmente relevante da economia da produção autoral é aquele relativo à produção expressiva, ou seja, o do romance, do concerto, da peça teatral e assim por diante. Com a utilização das formas jurídicas do direito autoral para cobrir aspectos não expressivos, como, por exemplo, os programas de computador e as bases de dados, a economia das produções cobertas por esta modalidade do direito certamente não guarda mais a uniformidade que, nos sistema brasileiro pelo menos, o caracterizava nos anos 70.¹²

8 “On one side are lawyers who assert that copyright is rooted in natural justice, entitling authors to every last penny that other people will pay to obtain copies of their works. These are the copyright optimists: they view copyright’s cup of entitlement as always half-full, only waiting to be filled still further. On the other side of the debate are copyright pessimists, who see copyright’s cup as half empty: they accept that copyright owners should get some measure of control over copies as an incentive to produce creative works, but they would like copyright to extend only so far as an encroachment on the general freedom of everyone to write and say what they please”. GOLDSTEIN, Paul. Copyright’s highway: the law and lore of copyright from Gutenberg to the celestial jukebox, 236 (1994), Hill and Wang, New York.

9 “... lock-down culture and control creativity”, LESSIG, Lawrence. Free culture, how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity (2004). Disponível em: <http://www.free-culture.cc/freecontent/>. Acesso em: 7/2/2011.

10 “Extend [copyright] into every corner where consumers derive value from literary and artistic works.”

11 “...an intellectual property regime rewards innovators by creating a temporary monopoly power, allowing them to charge far higher prices than they could if there were competition. In the process, ideas are disseminated and used less than they would be otherwise. The economic rationale for intellectual property is that faster innovation offsets the enormous costs of such inefficiencies. But it has become increasingly clear that excessively strong or badly formulated intellectual property rights may actually impede innovation – and not just by increasing the price of research.” Encontrado em <http://www.project-syndicate.org/commentary/stiglitz61/English>, visitado em 8/2/2011.

12 Para uma análise da proteção específica do software, vide BARBOSA, Denis Borges. Tratado da Propriedade Intelectual, op. cit., loc. cit.. Este estudo não discutirá a inclusão de criações de software no campo do direito autoral. Aliás, sempre enfatizamos que tal proteção, ainda que se utilize de certos elementos do sistema autoral, nele não se insere: vide BARBOSA, Denis Borges. Software and Copyright: A Marriage of Inconvenience. Copyright Magazine of The World Intellectual Property Organization, Genebra, 1988. Mesmo nos Estados Unidos, notaram-se resistências importantes à assimilação do software ao regime das obras expressivas. Como dito por John Hershey em sua discordância dos entendimentos da CONTU “Programs are profoundly different from the various forms of “works of authorship” secured under the Constitution by copyright. Works of authorship have always been intended to be circulated to human beings and to be used by them-to be read, heard, or seen, for either pleasurable or practical ends. Computer programs, in their mature phase, are addressed to machines.” Disponível em: <http://digital-law-online.info/CONTU/contu2.html>. REICHMAN, J.H.. Universal Minimum Standards of Intellectual Property. Protection under the TRIPS Component of the WTO Agreement, 29 Int’l. Lawyer. 345 (1995),

Dediquemo-nos, assim, neste passo, a descrever as peculiaridades de este tipo de produção de bens intangíveis *expressivos*, cuja existência justificou, historicamente, a própria geração do direito autoral. O que será “expressivo” neste contexto? Tal conceito está expresso em outro estudo deste livro, ao qual remetemos o leitor.¹³

De outro lado, exceto quando expressamente indicado, a análise econômica aqui desenvolvida cobre o corpo dos chamados “direitos conexos”.¹⁴ Vide, quanto a esse ponto específico, a seção relativa ao modelo presencial de produção expressiva.

Um excesso de oferta

Uma importante característica da produção expressiva é de que, em geral, há um contínuo e exasperante excesso de oferta de criação em face da demanda do público. Antecipam-se, aqui, dois importantes temas econômicos: o de que a análise econômica pressupõe um mundo condicionado pela escassez, como o que queria von Mises; e o de que, como propõem Posner e Landes, a criação de bens expressivos não ocorreria sem uma motivação direta e objetiva do mercado.

Já sofreram dos efeitos dessa pulsão expressiva todos aqueles submetidos aos maus versos de parentes, aos insuportáveis estudos de Czerny repetidos ao piano pelos vizinhos, ou às teorias totalizantes do universo frequentemente ouvidas enquanto se está na cadeira do dentista. Na verdade, a produção expressiva testemunha uma escassez de demanda ou, pelo menos, uma escassez de intermediação.

Há toda uma indústria editorial destinada a atender os autores sem público, ou, pelo menos, àqueles cujo público não comporta uma edição comercial; e coisa similar ocorre no tocante à comunicação de artigos científicos, praticamente nunca remunerados a seus autores, sob o pretexto de que, devido à pequena tiragem de tais periódicos, toda a receita se destinaria a prover retorno aos custos de edição. No primeiro destes casos, aliás, cabe ao autor pagar os custos de edição, sem qualquer assunção de risco pelo *publisher*; fato que já não é raro no tocante à publicação científica.

Com efeito, há certos índices de que pelo menos uma parte extremamente significativa da produção expressiva é *motivada* por aspectos não econômicos; ou se existe incentivo patrimonial, ele não será necessariamente resultante do mercado. Pesquisa recente, por exemplo, do conselho britânico para as artes determinou que, entre os profissionais de produção cultural consultados, apenas 17% tinha como principal motivação um retorno econômico; para os demais os elementos não patrimoniais seriam os relevantes.

Tal postura representa um elemento tradicional no sistema de produção cultural. Testemunho disso é o sempre repetido voto de Lord Camden no caso judicial que, em 1774, decidiu a questão inaugural para o direito dos autores: o de se a propriedade sobre as criações se constituía primordialmente em favor do criador ou do editor.¹⁵ O indutor

nota que Estados não membros efetivamente lidaram com software como trabalho literário sem adaptação séria; o autor sugere que o status literário aplicado (semelhante à arte aplicada) seria mais adequado

13 Os requisitos da forma livre e da originalidade na proteção de textos técnicos e científicos.

14 Não são, porém, discutidos os aspectos relativos aos direitos dos produtores fonográficos e das empresas de radiodifusão.

15 “It was not for gain, that Bacon, Newton, Milton, Locke, instructed and delighted the world; it would be unworthy such men to traffic with a dirty bookseller for so much a sheet of a letter press. When the bookseller offered Milton five pound for his Paradise Lost, he did not reject it, and commit his poem to the flames, nor did he accept the miserable pittance as the reward of his labour; he knew that the real price of his

à criação- diz o voto- não seria o pagamento de royalties, mas a fama perene e a consagração que virá do futuro.

Presente, aí, o discurso da perenidade das obras de criação, *ars longa vita brevis*¹⁶, incorporado no discurso estético de Shakespeare, soneto XVIII:

So long as men can breath, or eyes can see,

So long lives this, and this gives life to thee.

A par disso, sempre existiu a motivação patrimonial, antes e fora da existência de um mercado de bens expressivos¹⁷. Assim nota mesmo o rigor economocentrista de Landes e Posner:¹⁸

Muitos autores derivam benefícios substanciais da publicação que superam quaisquer royalties. Isto é verdadeiro não somente nos termos do prestígio e outras renda não-pecuniárias, mas também da renda pecuniária, em formas como um salário mais elevado para um professor que publique do que para um que não o faça, ou uma renda de consultoria maior. (...) Publicar é um método eficaz de autopromoção. (...)

As normas de rejeição ao plágio (isto é, copiar sem dar ao autor o crédito) reforçam o prestígio; até o ponto em que aquelas normas são eficazes, assegure-se de que o autor obtenha o reconhecimento, se não sempre os royalties, das obras que publicarem.

Assim é que se nota em obra anterior:¹⁹

Fato é, no entanto, que não se pode – sob nenhuma lógica – identificar “a proteção dos interesses morais e materiais ligados a qualquer produção científica, literária ou artística da sua autoria” com os direitos de exclusiva da Propriedade Intelectual. Como veremos inúmeras foram e são as formas de garantir tais interesses, seja historicamente, seja no momento presente. O autor tem seus interesses protegidos também por um estipêndio público – as “tenças” que Camões auferia antes de qualquer direito autoral,²⁰ pelo subsídio da atual Lei Rouannet, pelo salário de jornalista, pelo prêmio Nobel.

Muito relevante é também a construção jurídica dos direitos morais, integrante central da doutrina (ou pelo menos, da retórica) europeia da propriedade intelectual. Ainda quando se considere que tais direitos se distinguem dos naturais, humanos ou

work was immortality, and that posterity would pay it. (Donaldson v. Beckett, Proceedings in the Lords on the Question of Literary Property, February 4 through February 22, 1774).

16 Na verdade, um aforismo de Hipócrates: *Ars longa, vita brevis, occasio praeceps, experimentum periculosum, iudicium difficile*.

17 Como dissemos em Nota sobre as noções de exclusividade e monopólio em Propriedade Intelectual, Revista de Direito Empresarial da UREJ, no. 4-5, “Não se imagine que tal modelo de mercado seja o único possível para fazer florescer a criatividade humana. Fora dele, os Príncipes Esterházy mantiveram vivo o fluxo de Haydn sob o regime do patronato, comunidades inteiras subvencionaram a arquitetura gótica, os fabliaux nasceram da pena de Jean Bodel, de Cortebarbe, Durand, Gautier le Leu, e Henry d'Andeli sem nenhum estímulo de royalties. Em economias planificadas, inventores, artistas e escritores não deixaram de produzir”.

18 LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. *An Economic Analysis of Copyright Law*. 18 J. Leg. Stud. 325, 325-33, 344-53 (1989), (tradução nossa).

19 BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual - Tomo I, Cap. I, [4] § 1. 2.*, Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

20 "Irás ao Paço. Irás pedir que a tença/Seja paga na data combinada". BREYNER ANDRESEN, Sophia de Mello Grades: Lisboa: Dom Quixote, 1970.

fundamentais, sua natureza indescartável do núcleo pessoal da criação os tornam *extra commercium*, fora do mercado, muito embora perfeitamente suscetíveis de repercussão econômica.²¹ Note-se que tais direitos tem sido fenômeno crescente nos sistemas jurídicos, atingindo até mesmo, no tocante a certos aspectos da economia dos artefatos, o sistema americano.

Questiona-se, desta feita, não só o poder explicativo geral da análise econômica para o processo de produção de bens expressivos, quanto o axioma de que o número tais bem produzidos seria função direta do retorno do mercado específico de tais bens ²². Em outras palavras, para esse segmento específico da produção expressiva, o número de obras produzidas não estaria em direta proporção à eficácia dos direitos de exclusiva.

Na verdade, não haverá aqui uma economia do excesso nem um império dos elementos não patrimoniais. A superprodução encontra filtros que asseguram uma administração social da produção; nem toda a produção expressiva tem o *quid* que a caracterize como objeto desejável de circulação de símbolos, destacando-se do seu originador como “obra” ²³, e assimilando-se ao gosto do público. Algumas produções serão objeto de filtragem política ou social, por exemplo, pela censura. Por fim, apenas algumas produções têm o tempero certo para o gosto do público que permita a maximização dos retornos do investimento que se faz em sua divulgação.

Assim, a abundância se filtra na escassez do objeto capaz de satisfazer o gosto ²⁴, de perpassar os filtros políticos e sociais, e de justificar o investimento de produção e

21 LANDES, Willian, M.; POSNER, Richard, A., op. cit. : “For example, do such principles as droit moral, entitling authors to reclaim copyright from assignees after a fixed period of years or entitling artists to royalties on resales of their art by initial (or subsequent) purchasers, n4 increase or reduce the incentive to create new works? The answer suggested by economic analysis is that, contrary to intuition, such principles reduce the incentive to create by preventing the author or artist from shifting risk to the publisher or dealer. A publisher (say) who must share any future speculative gains with the author will pay the author less for the work, so the risky component of the author’s expected remuneration will increase relative to the certain component. If the author is risk averse, he will be worse off as a result”.

22 Id. Ead.: “If we assume that the cost of creating (equivalent) works differs among authors, the number of works created will increase until the returns from the last work created just covers the (increasing) cost of expression.” Quanto a isso, vide “But the difficulty with proffering particular examples where innovative activity flourishes with no apparent need for copyright is that this does not address the overall significance of the incentives that copyright does provide for innovation. As Fry understood, the importance of these incentives is not diminished by there being a few people who appear not to care about money (or find alternative ways of reaping financial rewards from their activities). The economist’s proposition that copyright is necessary in order to promote certain types of valuable innovation is concerned with ensuring an efficient amount of innovative activity.” RICHARDSON, Megan; GANS, Joshua; HANKS, Frances; WILLIAMS, Philip. The Benefits and Costs of Copyright - An Economic Perspective, Published in June 2000 by the Centre for Copyright Studies Ltd.

23 “O ponto crucial para fixação do resultado de um processo de produção intelectual, para que tenha relevância jurídica, é a transformação que Shakespeare descreve com precisão: a pena do poeta transmuda a imaginação em forma e lhe dá um espaço preciso e identificável. O texto poético é, aliás, extremamente interessante ao distinguir os elementos mais abstratos da massa intelectual (“forms of things”) da sua expressão (“shape”, dicionarizada como “a perceptual structure”). É assim que, para que haja “criação intelectual”, é preciso que o resultado da produção intelectual seja destacado do seu originador, por ser objetivo, e não exclusivamente contido em sua subjetividade; e, além disso, que tenha uma existência em si, reconhecível em face do universo circundante.” Tratado, op. cit. Cap. I [4] § 1. 4. - O estatuto jurídico das criações não objetivizadas.

24 HEILBRUN, J; GRAY, Charles M.. The economics of art and culture. Cambridge University Press; 2ª edição (April 23, 2001), p. 75, notam que no tocante à economia da cultura, não se trata o gosto como um dado imutável e estranho à economia (como ocorre na retórica da “soberania do consumidor”) mas sim como um objeto de atuação e mudança. Tal se daria, inclusive, pelas considerações políticas de igualdade. Vide o mesmo livro, p. 239.

divulgação. É destes objetos de que trata a economia autoral relativa às obras expressivas.

Os personagens do drama

Permitamo-nos, agora, uma metáfora: há um sistema de produção de bens expressivos no qual atuam os personagens constantes em qualquer dos vários teatros econômicos. A doutrina costuma identificar, dentre eles, o criador, o mediador e o público. Queremos, porém, crer que a real importância do mediador seja apenas presente numa modalidade específica da produção cultural, e num modo específico: o da economia de mercado. Os atores constantes são o criador - obviamente -, o público e o provedor dos recursos necessários à criação.

Como ocorre nos palcos, frequentemente mais de um papel é desempenhado por um ator; o criador pode usar de seus próprios recursos no processo criativo, no que Engels caracterizava como "o autor burguês".²⁵ Tal ocorria, entre os escritores, filósofos, literatos de todo tipo - até que se profissionalizasse esse ofício, através dos direitos de exclusiva. Assim (cabendo mal na denominação de Engels), Frederico, o Grande, da Prússia, compositor e intérprete, mantinha para seu deleite uma orquestra²⁶; Gesualdo de Venosa, homicida estripador e compositor de obras de idêntico espanto, mantinha em seu castelo um coro para seus próprios madrigais.²⁷

O consumidor pode ser também o provedor direto dos recursos da criação; assim, os príncipes mecenas alugavam compositores, poetas e dramaturgos para seu exclusivo divertimento. O exemplo aqui é dos príncipes Estehazy, retendo os serviços de Haydn, para sua exclusiva fruição.²⁸

De outro lado, formando-se um mercado de bens expressivos, recursos passam também a ser fornecidos pelos mediadores da produção expressiva, *empresários*, *marchands de tableaux*, *publishers*, esses tomando o risco do sucesso perante o público pagante.

O criador musical ou dramático, especialmente num momento em que já existe mercado ativo e bens expressivos, mas ainda sem a proteção dos direitos de exclusiva - em especial nos séculos XVII e XVIII -, tende a acumular os papéis de autor e empresário: Vivaldi, Handel e Telemann, para citar apenas alguns dos grandes autores da música do alto barroco, produziam ópera, oratório, concerto da e assumia em alguma medida o encargo de publicar graficamente suas obras.²⁹

25. Vide NOVE, Alec (1972) M. i. Tugan-Baranovsky (1865-1919) *Annals of Public and Cooperative Economics* 43 (2), 113-126 doi: 10.1111/j.1467-8292.1972.tb00363. Não tomamos aqui o mesmo sentido que Sartre dá à expressão, em SARTRE, Jean Paul. *Qu'est-ce que la littérature*. Gallimard, 1985.

26 Como consumidor direto de música, e como músico ele mesmo. O rei é autor de peças correntemente executadas, de música de câmara e música militar (vide <http://home.claranet.de/lieder Tafel/hohen.mp3>), um flautista de prestígio, e atuou como patrono de Quantz, KPE Bach, Benda e Graun, sem falar da Oferenda Musical do JS Bach. Em posição similar, vide Henry VI (cuja peça *Past Time in Good Company* é figura frequente nas salas de concerto) e Pedro I, esse aluno de José Maurício, Marcos Portugal e Neukomm.

27 Vide WATKINS, Glenn, Gesualdo: *The Man and His Music*, Oxford University Press; 2nd Revised edition edition (December 1991). Reflexivamente, <http://denisbarbosa.addr.com/gesualdo.htm>.

28 Disponível em: http://en.wikipedia.org/wiki/House_of_Esterh%C3%A1zy#Haydn

29 Vide BARBOSA, Denis Borges. On artefacts and middlemen (...) op. cit., e SCHERER, Frederic M. *The Emergence of Musical Copyright in Europe from 1709 to 1850* (December 20, 2008). *Review of Economic Research on Copyright Issues*. v. 5, n°2, 2008, p. 3-18. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1336802>.

Por fim, num processo muito conhecido pelos economistas da propriedade intelectual e pelos constitucionalistas,³⁰ o criador sempre consome elementos da criação de autores precedentes, muitas vezes, mas não sempre, já em domínio público. As funções de produtor e consumidor de bens culturais são necessariamente cumulativas.³¹

Com se verá, tal reaproveitamento- como transformação criativa - caracteriza longo período da história, pelo menos até a consolidação dos direitos de exclusiva. No contexto de uma produção expressiva para o mercado de consumo de massa, como maximização de mercado e compressão do conteúdo inovador das obras, esse reaproveitamento de material prévio toma a forma de cópia de segmentos narrativos, de desenho de personagem, de situações já testadas perante o público.

Os modelos da economia da expressão

A produção de bens expressivos assume, historicamente, três modelos distintos, com peculiaridades muito marcantes em seu regime econômico peculiar.

O primeiro modelo é o do músico que se apresenta em palco; o do ator de teatro; do cantador repentista improvisando versos em desafio. A presença num momento e lugar certo do criador - ou intérprete - perante seu público é episódio insubstituível. O consumidor da gravação fonográfica, por conhecer a interpretação, não prescinde do show ou concerto; as experiências não se substituem.

O segundo modelo é o da produção da escultura, quadro ou catedral gótica. Tem-se aqui, mais uma vez, experiência única e insubstituível; mesmo a réplica mais perfeita da Mona Lisa não substitui o original: já tendo visto de mil formas a mesma imagem, o público se alinha contrito no Louvre para fluir da autenticidade, da presença geográfica e histórica do objeto único.

O último modelo é o da criação mediada por algum meio técnico: o livro, a gravura, o filme. Quando os meios de industrialização permitem a reprodução em massa desses suportes da comunicação da obra, cria-se uma economia singularíssima, que demanda intervenção do Estado para garantir a continuidade do processo produtivo.

Vejamos as peculiaridades de cada modelo de produção.

30 "... o direito do inventor não é rigorosamente uma propriedade ou é uma propriedade sui generis. O invento e antes uma combinação do que verdadeiramente criação. Versa sobre elementos preexistentes, que fazem desse repositório de idéias e conhecimentos que o tempo e o progresso das nações têm acumulado e que não são suscetíveis de serem apropriados com o uso exclusivo por quem quer que seja, constituindo antes um patrimônio comum, de que todos se podem utilizar." BARBALHO, João. Comentários à Constituição Federal Brasileira, 1902, p. 331-332, 2ª coluna, in fine e p. seguinte

31 POSNER, Richard, A.. On Plagiarism: "The public wants a good read, a good show, and the fact that a book or a play may be the work of many hands—as, in truth, most art and entertainment are—is of no consequence to it. The harm is not to the reader but to those writers whose work does not glitter with stolen gold." "The famous description in Antony and Cleopatra of Cleopatra on her royal barge is taken almost verbatim from a translation of Plutarch's life of Mark Antony: "on either side of her, pretty, fair boys appalled as painters do set forth the god Cupid, with little fans in their hands, with which they fanned wind upon her" becomes "on each side her / Stood pretty dimpled boys, like smiling Cupids, / With divers-colour'd fans, whose wind did seem / To glow the delicate cheeks which they did cool." (Notice how Shakespeare improved upon the original.) In *The Waste Land*, T. S. Eliot "stole" the famous opening of Shakespeare's barge passage, "The barge she sat in, like a burnish'd throne, / Burn'd on the water" becoming "The Chair she sat in, like a burnished throne, / Glowed on the marble." Disponível em: http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/outros_autores/on_plagiarism.doc.

O modelo presencial

O modelo presencial (o do ator no palco) se caracteriza pela natureza infungível da expressão; o criador conta sua história diretamente ao público sem intermediação de nenhum meio. Pelo menos, nenhum meio *físico*, eis que em tal modelo surge mais um dos personagens do processo expressivo: o intérprete. Este, tomando-se a palavra como designando sempre uma pessoa, comunica ao público a obra criada por outro, normalmente acrescentando sua expressão própria, que resulta de sua personalidade, formação, ou inspiração.

Note-se que – salvo a hipótese de pura improvisação – esse modelo tem como insumo uma obra produzida segundo o regime de intermediação: peça de teatro, quarteto de cordas, tango, etc. Assim, esta seção se foca no episódio da expressão pessoal do intérprete ou executante.³²

Tais características configuraram historicamente este modelo como particularmente suscetível às relações contratuais; as disparidades do poder negociador do criador (e, em certos casos, do intérprete) em face de um eventual mediador-por exemplo, o dono do teatro-foi, em momento bastante remoto da evolução da economia dos bens expressivos (na França, desde 1777³³), assumidos por sociedades de autores.

Tal se deu mesmo antes da existência de um direito de exclusiva. Com a emergência deste, consolidou-se o sistema de regulação privada que só se vale do sistema judicial como razão derradeira. A coletivização dos interesses dos autores teatrais e musicais resultou, aliás, na previsão legal do primeiro direito autoral de exclusiva no continente europeu, em 1791: direito de autor sobre o expresso na partitura ou na peça. Mas a proteção – por direitos conexos – das interpretações e execuções elas mesmas é coisa muito mais recente, a Convenção de Roma, que iniciou a tutela internacional dessas criações, é de 1961.

Este modelo de produção tem peculiaridades curiosas, que só recentemente receberam sistematização. A economia clássica, ao menos na vertente de Adam Smith, desmerecia a atividade do modelo presencial como improdutiva.

“Há que se distinguir, especialmente, entre a prática do modelo presencial em peças e shows de grande consumo público, e o modelo presencial em práticas de elite, ou de maior densidade cultural: à ópera, o concerto, o teatro ‘clássico’”.³⁴ Essas últimas vêm integrando a chamada “economia da cultura”.

32 Como notou Joshua Sarnoff, revisando uma versão deste texto, as premissas básicas do modelo presencial de expressão podem sofrer alguns desenvolvimentos curiosos. A noção de “presencial” significava por muito tempo que a criação é feita por um artista perante o público e, portanto, uma criação interagindo com o público. Embora a autoria cooperativa, interagindo com o público que exerce uma parte da criação não seja uma coisa nova na história da produção expressiva (peças de teatro onde o público interage com os artistas eram frequentes na década de 60 e 70), o fosso entre o comportamento passivo e ativo mesmo na produção de obras fixadas (não mais só de sua interpretação) é agora muito mais tênue. As criações de código aberto e da Wikipedia são também - nesse sentido - presenciais.

33 Société des auteurs et compositeurs dramatiques (1777). « Connaissant un vif succès avec Le Barbier de Séville, Beaumarchais s'interroge sur le montant de la rétribution minime versée par la Comédie-Française. Le 3 juillet 1777, il propose la fondation de la première société des auteurs dramatiques. Sa lutte aboutit à la reconnaissance légale du droit d'auteur par l'Assemblée constituante le 13 janvier 1791 (loi ratifiée le 19 janvier 1791 par Louis XVI). La première loi édictée dans le monde pour protéger les auteurs et leurs droits (Wikipedia) »

34 "Education (despite conflicting causal interpretations) is a stronger determinant than income, but that evidence is more reliable from survey results than from econometric estimation, and arts training is often distinguished from formal education. The arts as luxury goods can only be confirmed by those rare studies controlling for the value of time, and price elasticities are often higher than expected, especially when more

Quanto a essa última modalidade, Baumol e Bowen ³⁵ notaram que a economia da produção presencial não recebeu impacto significativo dos processos de industrialização, no que tange ao aumento de produtividade. O mesmo número de músicos que foi necessário para produzir as primeiras óperas em 1601 será necessário para encenar a peça em 2011.

Assim, enquanto a produtividade permaneceu estável, os salários aumentaram assim como os demais custos, e assim ou sobem os preços da entrada, ou vai haver um déficit na receita. Mas, haveria um limite máximo para esse aumento de preços, em face da demanda. Isso criaria uma "doença dos custos", que só poderia ser suprida por intervenção estatal na modalidade de subsídios. A análise de Baumol e Bowen, no entanto, tem sido recentemente reapreciada.³⁶

Já a modalidade de produção presencial voltada diretamente para o mercado (o show de Maria Betânia, o concerto de Elton John) sofre um primeiro limitador, que é a existência de meios técnicos que, sem propiciar a singularidade da presença, permite o acesso do público consumidor a uma réplica da obra: o teatro filmado, a transmissão ao vivo, etc.

Embora tais alternativas não sejam excludentes (há um público para o show ao vivo, mesmo se simultaneamente ou subsequentemente houver retransmissão por televisão ou outros meios) parece razoável concluir que haverá pelo menos um elemento diferenciador no preço do ingresso.³⁷

Ao contrário do que ocorre com a economia da cultura ou dos sistemas de reprodução de cópias (discos, filmes, etc.), não são abundantes os estudos econômicos quanto ao modelo de produção presencial diretamente voltado para o mercado de massa.

Mas algumas características podem ser apontadas:

- (a) ao contrário do que ocorre com a encenação dos clássicos, com sua "doença de custos", o show tem configuração variável, adaptando-se a diferentes públicos;
- (b) há, em certas modalidades (por exemplo, o rock) um fator indutor a agregação de público em massas simpáticas, o que é insubstituível pela réplica mediatizada pela

disaggregated data are examined. Price inelastic demand is more likely the result of low pricing strategies of non-profit arts managements rather than any inherent result of an acquired taste for the arts, while cross-price elasticity evidence is relatively weak, even within the performing arts. Arts demand cannot adequately be estimated without also considering "life-style" variables, or non-standard socioeconomic factors such as sexual orientation, gender and socialization processes, and even the role of age has been notably complex. Quality of arts performance or organization seems important, but the econometric results are mixed. Habit formation must be distinguished from learning-by-consuming and rational addiction in examining dynamic determinants". SEAMAN, Bruce Alan. Attendance and Public Participation in the Performing Arts: A Review of the Empirical Literature (August 2005). Andrew Young School of Policy Studies Research Paper Series n° 06-25. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=895099>

35 BAUMOL'S, William J.; BOWEN, William G.. Performing Arts, the Economic Dilemma: A Study of Problems Common to Theater, Opera, Music, and Dance, The MIT Press (September 15, 1968)

36 HEILBRUN, J.; GRAY, Charles M.. The economics of art and culture. Cambridge University Press; 2ª edição (April 23, 2001). PALMA, Luis; AGUADO, Luis Fernando. Cultural Economics - A Recent Specialisation of Economics (June 1, 2010). Revista de Economía Institucional, v. 12, n° 22, 2010. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1648941>

37 "Even if it is claimed that 'there is no real substitute for live performance', the relevant comparison for the individual is between the costs of a theatre or concert ticket, plus other on-costs, such as transport and meals out, as against investing in more capital intensity in the form of stereo equipment and TV, coupled with a much lower variable cost of input. Whether the 'packaged evening' out or in will offer the same enjoyment is a matter of judgement". AT Peacock - Journal of Cultural Economics. 18: 151-161, 1994.

televisão ou DVD, e enfatiza exatamente o elemento característico da experiência presencial;³⁸

(c) há aqui, sim, ganhos de produtividades resultantes da tecnologia, eis que os sistemas de som e luz permitem o acesso a um número considerável de público pagante, diversamente do que ocorria nos concertos de câmara do sec. XVIII ou mesmo nas casas de ópera da mesma época.

(d) não há real competição entre a forma mediada e a presencial, uma atuando muitas vezes como instrumento de aumento de consumo da outra.³⁹

(e) em centros de densidade populacional e cultural, as criações presenciais podem perdurar por longos períodos, minimizando os custos iniciais de produção, e criando um sistema quase-permanente de geração de receita.⁴⁰

O modelo artefato

Os dicionários de latim não contêm a definição de “artefato”. A palavra foi construída no inglês do sec. XIX, no entanto, como um sintagma de *ars* e *factum* e por inspiração da Poética de Aristóteles: algo que resulta de uma ação do homem, e não surge naturalmente. Assim, nossos tribunais especializados usam a expressão – no sentido de artefato *técnico* –, como a manifestação física de uma invenção ou modelo de utilidade; em arqueologia se o diz dos produtos do homem achados na pesquisa; em suma, do testemunho da cultura em face da natureza.⁴¹

Usamos aqui, no entanto, o termo no sentido singular que lhe dá Stephen Davies: o fruto de uma originação humana que caracteriza uma obra de arte;⁴² mais precisamente, com

38 Um aspecto interessante neste contexto foi a involuntária opção de se transformar Woodstock num festival livre: “The promoters had failed utterly in restricting access to the site while preparations were being made with the result that some 50,000 people had already arrived there before the fences had been completed. Realizing how difficult, probably impossible, it would be to clear the field and force those early arrivals to show their tickets at the gate, by Friday afternoon on 15 August, while gate-crashers were dismantling the fences, the fateful decision was taken to bow to reality and declare that it would be henceforth a free Festival. This guaranteed that the promoters would stand to lose money on their venture; it was mitigated only by the hope that revenue from the eventual release of the film and audio recordings would help them recoup their losses (which, more than a decade later it did).” Disponível em: <http://www.woodstockpreservation.org/SignificanceStatement.htm>. Acesso em: 1/2/2011.

39 Note-se a prática que emergiu no negócio fonográfico brasileiro depois da erosão do mercado dos CDs: o artista, para gravar, se defronta com a exigência de verter parte dos ganhos de seus shows para a gravadora. Assim, o mercado fonográfico atua nesse contexto como subsidiário, e ancilar, em face do mercado da atuação presencial. Um estudo desse efeito reverso é o de EINHORN, Michael A.. *Gorillas in Our Midst: Searching for King Kong in the Music Jungle* (November 17, 2007). Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1030886>: “Live Concerts have a critical role in the music business as a means to support new releases, and established acts such as Bruce Springsteen and the Rolling Stones may also tour from time to time on remembrance tours. However, smaller labels and independent bands that cannot buy into broadcast radio have always relied more directly on live promotion, with CDs often sold directly to audiences at the event.”

40 Um exemplo interessante é a análise de cunho estatístico de SIMONOFF, Jeffrey S; MA, Lan. *An Empirical Study of Factors Relating to the Success of Broadway Shows* (2000). *Statistics Working Papers Series*, 2000. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1290218>

41 A artificialidade parece ser o núcleo semântico da palavra: em epistemologia, diz-se artefato as modificações introduzidas no objeto estudado como resultado do próprio procedimento da pesquisa.

42 DAVIES, S.. *Definitions of Art*, Ithaca and London: Cornell University Press, 1991, p. 120-141.

a preterintencionalidade a que alude George Dickie: um objeto criado para um público de arte⁴³. Assim é que – no emprego da palavra, diz Umberto Eco:

É este, portanto, o problema de uma pintura que aceite a riqueza das ambiguidades, a fecundidade do informe, o desafio do indeterminado. Pintura que pretenda oferecer ao olhar a mais livre das aventuras e ao mesmo tempo constituir um fato comunicativo, a comunicação do máximo ruído, marcada, todavia, por uma intenção que qualifique como sinal. Caso contrário, tanto faria o olho inspecionar livremente leitões de estradas e manchas sobre muros, sem necessidade de transportar para a moldura de uma tela essas livres possibilidades de mensagem que a natureza e o acaso colocam ao nosso dispor. Repare-se bem que a intenção por si só é suficiente para marcar o ruído como sinal: a transposição pura e simples de um pedaço de saco para dentro do âmbito de um quadro basta para caracterizar a matéria bruta como artefato.⁴⁴

Ainda mais especialmente, o nosso artefato é o objeto único, de quem Walter Benjamin notava a “aura” de unicidade com seu atributo peculiar.⁴⁵ O nosso ponto é que a era da reproduzibilidade mecânica (ou digital) não eliminou a economia específica da produção do artefato. Muito pelo contrário, ela se acha – como objeto histórico – viva e pujante.⁴⁶

Este objeto é, por definição, escasso, e da forma mais radical que se possa definir escassez; na proporção que a aura implique em criar um mito da unicidade,⁴⁷ qualquer desejo de ter ou fruir o objeto encontra apenas uma fonte de satisfação; e, apenas

43 DICKIE, G.. “The New Institutional Theory of Art”, in *Aesthetics: Proceedings of the Eighth International Wittgenstein Symposium, Part I*, ed. by R.Haller, Vienna: Hölder-Pichler-Tempsky, 1984, p. 63. “Artifact of a kind created to be presented to an artworld public”.

44 ECO, Umberto. *Obra Aberta: forma e indeterminações nas poéticas contemporâneas*. São Paulo: Perspectiva, 2005, p.168.

45 BENJAMIN, Walter. *The Work of Art in the Age of Mechanical Reproduction*. Disponível em: <http://www.marxists.org/reference/subject/philosophy/works/ge/benjamin.htm>. Acesso em: 24/1/2011. “Even the most perfect reproduction of a work of art is lacking in one element: its presence in time and space, its unique existence at the place where it happens to be. This unique existence of the work of art determined the history to which it was subject throughout the time of its existence. The presence of the original is the prerequisite to the concept of authenticity.” “The authenticity of a thing is the essence of all that is transmissible from its beginning, ranging from its substantive duration to its testimony to the history which it has experienced. Since the historical testimony rests on the authenticity, the former, too, is jeopardized by reproduction when substantive duration ceases to matter. And what is really jeopardized when the historical testimony is affected is the authority of the object. One might subsume the eliminated element in the term “aura” and go on to say: that which withers in the age of mechanical reproduction is the aura of the work of art.”

46 Nota a Royal Institution of Chartered Surveyors, em outubro de 2010: “The British art and antiques market is buoyant at the moment; as buyers continue to invest in material assets during uncertain economic times. After the recent £300million worth of art auctions Britain now commands 29 per cent of the global art trade and is the world second largest art market. As well as generating £8billion of sales and directly supporting 60,000 high value jobs in 2009, it also creates substantial revenue for ancillary businesses and support services, which generates another 66,000 jobs.”, Disponível em: http://www.rics.org/site/scripts/press_article.aspx?pressreleaseID=320. Para uma análise mais detalhada, vide *Art market trends*. Disponível em: <http://press.artprice.com/pdf/trends2004.pdf>.

47 “Barthes defines a myth as “the complex system of images and beliefs which a society constructs in order to sustain and authenticate its own sense of being” Myths are carved out of signs, although will provide the symbol with new meaning beyond that of the original sign. As Barthes argues, the associative total of the pre-existing sign equals the signifier, or ‘form’ of the myth. This, in conjunction with its signified, or ‘concept’ forms the signification”. LONDESBOROUGH, Samuel. “Should Colours be protected by trade mark law? What problems may arise in protecting them? Dissertação de mestrado apresentado à Kent University. Disponível em: https://www.kent.ac.uk/law/undergraduate/modules/ip/resources/ip_dissertations/2004-05/Samuel_Londesborough_IP_Dissertation.doc. Acesso em: 26/10/2006.

analisando o aspecto do artefato como um bem *de consumo*, há uma fonte derivada de satisfação que resulta apenas da unicidade: o prêmio *snob* de ter um troféu.⁴⁸

Mantido único e não reproduzido, o artefato contém em sua materialidade de *corpus mechanicum* o valor econômico; numa metáfora talvez útil, é um valor *cartular*, como se diz dos títulos de crédito em que o direito acompanha a substância do papel (por enquanto...) em que ele se contém. Mas não há que se enganar: tem-se aqui uma criação imaterial:

A escultura especificada no mármore, assim, distingue-se da matéria física; ela não é tangível. Na metáfora da estátua em que a obra surge naquilo que o artista retirou da pedra, a criação é avassaladoramente imaterial. A Arte está naquilo que era tangível, e foi retirado - seus dedos sentem a superfície polida do que ficou, mas só a imaginação e a intuição discernem o que foi retirado. É nesse espaço de contemplação, a que se referia Blackstone (ou no dizer menos jurídico de Théophile Gautier, o espaço do sonho flutuante: (...) *Sculpte, lime, cisèle;/ Que ton rêve flottant se scelle/ Dans le bloc résistant!* ("L'Art" de Théophile Gautier. Émaux et camées. 3^{ème} édition. 1858)), que circulam os bens da propriedade intelectual⁴⁹.

O que se faz aqui é renunciar à prática da reproduzibilidade (se há, na verdade, uma capacidade de reprodução técnica: uma catedral gótica não o terá) em prol de uma economia do artefato.⁵⁰

Mas o que propõe a economia do artefato é o conjunto de atributos específicos do artefato como bem de troca: atuando num mercado não regulado, o quadro de Pollock será menos sujeito a variações e incertezas do que o mercado de ações⁵¹; nota-se que

48 HARRISON, Jeffrey Lynch. Trademark Law and Status Signaling: Tattoos for the Privileged (January 10, 2007). Florida Law Review, v. 59, n° 3, 2007. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=930180>, aponta um elemento interessante dessa escassez: "The analysis of the snob effect is more complex than that of Veblen effects. This is directly related to the fact that the snob impact is not measured by the price of the good alone. Notions of difference and exclusivity suggest an interpersonal component. Obviously there is no snob appeal if the product is obtainable by all. There must be a frame of reference by which comparisons are made. Within limits, buyers presumably draw more satisfaction the greater the number of people excluded from a comparable purchase. If the process is to work, the buyer must sense that those excluded have unmet demands".

49 BARBOSA, Denis Borges. Tratado da Propriedade Intelectual, v. I, cap. I, [4] § 2. 4, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

50 "Como se viu, a noção empírica de imaterialidade ingressa no campo do Direito, em particular no que toca à Propriedade Imaterial, quando se constata que a diferença entre a coisa - livro, células, máquinas - e a concepção da obra. Uma vez que existam meios de reproduzir coisas pela reespecificação de bens físicos pela aplicação de um mesmo conceito imaterial, o sonho flutuante de Gautier se transforma numa regra de reprodução. Sempre se pode reproduzir a planta de um palácio num outro terreno, em outra construção idêntica - dois prédios diversos, mas uma só concepção. A planta descreve a regra pela qual se repete o palácio, mas a regra transcende o papel. Quando se gravam em placas de madeira, escavadas com técnica e criatividade, a imagem reversa de um desenho, a matriz de xilogravura incorpora fisicamente a regra de reprodução; mas outra placa pode ser escavada, igual, incorporando em outra matéria a mesma regra, e revelando que a regra é imaterial." BARBOSA. Tratado, op. Cit., loc. cit., [5] § 7.

51 Art Market Trends, 2004, cit., "(...) the art market is considerably less volatile. For example, from 1 January 1997 to 1 June 2004, the average quarterly fluctuation in the Artprice Global Index was two to three times smaller than the same statistic for the Dow Jones IA and the S&P 500. The art market is far less sensitive to economic crises and geopolitical events than other assets. Art prices held up well in the wake of the 11 September terrorist attacks and the Iraq war: our index contracted only 1.2% in the third quarter of 2001, and, in the first six months of 2003, it rose 7%." Vide MEI, Jianping; MOSES, Michael. Art as an Investment and the Underperformance of Masterpieces (February 2002). NYU Finance Working Paper n° 01-012. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=311701> or doi:10.2139/ssrn.311701; RALEVSKI, Olivia. Hedging the Art Market: Creating Art Derivatives (November 18, 2008). Disponível em: SSRN:

não é um mercado inteiramente determinado pela oferta e demanda, mas igualmente pela antecipação de um valor de revenda futuro.⁵²

Atentemos agora para os aspectos em que um direito de exclusiva – como o direito autoral – impactam nesse mercado. Claramente os direitos morais têm uma importância capital, pois são eles que garantem a integridade da “aura”,⁵³ quer será afetada se terceiros pudessem se atribuir obras de autores de relevância no mercado, ou se os proprietários da obra pudessem superar as regras que tutelam a integridade da obra.⁵⁴

De outro lado, a reprodução incontrolada da obra lhe retira a unicidade; assim, o direito de natureza patrimonial que previne a reprodução atua aqui também, mas não no sentido de garantir as vantagens da multiplicação (quem vende dez mil cópias de um livro tem o proveito da venda desses múltiplos). Com efeito, o efeito será de *evitar* a multiplicação.⁵⁵

<http://ssrn.com/abstract=1304602>; THOMPSON, Rex W.; MAC ANDREW, Clare. The Collateral Value of Fine Art. *Journal of Banking and Finance*, Forthcoming. Disponível em: SSRN <http://ssrn.com/abstract=878385>; MEI, Jianping; MOSES, Michael. Vested Interests, Price Estimates, and the Future Performance of Artworks. *Journal of Finance*, Forthcoming. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=663518>; BRUNELLA, Bruno; NOCERA, Giacomo. Investing in Art: The Informational Content of Italian Painting Pre-Sale Estimates (May 18, 2008). Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1179183>

52 “The art market operates in an economic model that considers more than supply and demand: is a hybrid type of prediction market where art is bought and sold for values based not only on its perceived cultural value but on its predicted future monetary value, thus valuing artworks for such a market takes into account a variety of factors. Supply and demand affect the secondary market, existing art that has been sold at least once before, more than it does the primary art market, where new art comes to the market for the first time. Once a work is sold on the primary market it enters the secondary market. Alpha consumers (trend-setters) and gallery or agent promotion are the prime forces at work in valuing works on the primary market: new, contemporary art that has no predictive market history and thus its valuation is more difficult and speculative. In the late 1980's, investment firms focusing on both the primary and secondary art markets began to spring up and study the market in-depth”. Disponível em: http://en.wikipedia.org/wiki/Art_valuation. Acesso em: 31/1/2011. O texto oferece como matriz teórica Gerard and Louis, On pricing the priceless: Comments on the economics of the visual art market, *European Economic Review*, Elsevier, vol. 39(3-4), April 1995, pp. 509-518, encontrado em <http://www.sciencedirect.com/science/article/B6V64-3YRSMF4-28/2/44fafa98be1c97504c5a1fdc722b55ba>; Campbell, The Art of Portfolio Diversification, Maastricht University, March 2004. (art. as an asset class), Disponível em: <http://i1.exhibit-e.com/collectionofmodernart/39049d22.pdf>; Castlestone Management, Major Structural Themes Influencing the Art Market, April 2009. Disponível em: <http://i1.exhibit-e.com/collectionofmodernart/ce63a3fb.pdf>. See, for example, Gerber, Primary Art Market Investments - A Safe Haven when All Else Suddenly Correlates? Prime Art Management Ltd., published in Art Fund Tracker, nov. 2008. Disponível em: http://www.primeartfunds.com/Downloads/Working%20Copy%20_%20State%20oF%20the%20Primary%20Art%20Market%20_%20Manuel%20Gerber%20_%20nov08.pdf; Schönfeld and Reinstaller, The effects of gallery and artist reputation on prices in the primary market for art, Working Paper, Department of Economics, Vienna University of Economics & B.A., May 2005. Disponível em: <http://www.wu-wien.ac.at/inst/vw1/papers/wu-wp90.pdf>.

53 Vide LANDES William M ; POSNER, Richard A., op. cit., p. 279.

54 BRASIL. LDA, “art. 24, IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra”. Interessante aqui também é o inciso VII do mesmo artigo: “o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado”.

55 Note-se que a venda da obra não importa, necessariamente, em cessão de direitos autorais: LDA Art. 37. A aquisição do original de uma obra, ou de exemplar, não confere ao adquirente qualquer dos direitos patrimoniais do autor, salvo convenção em contrário entre as partes e os casos previstos nesta Lei.

Um aspecto particular das leis de direito autoral ⁵⁶ cobre especialmente o artefato: o *droit de suite*, ou de sequência, ⁵⁷ pelo qual o autor tem direito a uma parcela da plus valia obtida no mercado secundário; o que cria, aliás, todo um segmento de análise econômica. Com efeito, sem que o autor passasse a receber a valorização subsequente à primeira venda, reduz-se o efeito indutor de produção de criações da natureza de artefato.⁵⁸ Nota Ascensão, trazendo, porém um argumento de equidade e não de incentivo: ⁵⁹

O fundamento do direito de sequência sempre foi apresentado como sendo o de compensar o artista que, sendo desconhecido, vendeu as suas obras por preço vil, do aumento de valor, entretanto ocorrido.

O artefato, cultural, é sempre também técnico. Nele haverá sempre alguma tensão entre o expressivo e o técnico, e muitas vezes com o simplesmente funcional. ⁶⁰

O modelo mediado

Neste modelo, entre o criador e o consumidor há um ato de comunicação não presencial através de uma técnica. Não se imagine que técnica presuma meio mecânicos ou digitais: a simples escrita com uma pena é uma técnica de reprodução.⁶¹ Em que é mediado? No processo entre o ato de criação e sua fruição pelo público para o qual foi destinada, a obra sofre a atuação do meio técnico ao qual acabamos de nos referir.

56 Não necessariamente do direito autoral.

57 BRASIL. LDA Art. 38. O autor tem o direito, irrenunciável e inalienável, de perceber, no mínimo, cinco por cento sobre o aumento do preço eventualmente verificável em cada revenda de obra de arte ou manuscrito, sendo originais, que houver alienado. Vide também o art. 14 da CUB. "1. O direito de sequência, ou *droit de suite*, consiste no direito do autor da obra original, ou seus herdeiros, em caráter irrenunciável e inalienável, de participação na "mais valia" que advier das vendas subsequentes dos objetos que decorrem de sua criação. Objetiva a proteção do criador intelectual e sua família em relação à exploração econômica da obra. 2. Os artigos 39 e 42 da Lei 5988/73 c/c artigo 14, ter, do Decreto 75.699/75 não afastam o direito de sequência quando a peça original é alienada, pela primeira vez, por herdeiro do autor intelectual da obra, pois a própria norma define que, em caso de morte, os herdeiros gozarão do mesmo direito. RECURSO ESPECIAL nº 594.526 - RJ (2003/0172940-5)

58 Do nosso *On artifacts and middlemen*, op. cit, loc. cit.: "But there is in such the secondary market, since its inception, an important non-efficiency effect on expressive production, which is long felt, as it is not directly capable of incentivizing creators". Sobre o tema, Caves, R. (2000), *Creative Industries: Contracts Between Art & Commerce*, Cambridge: Harvard University Press; O'Hagan, (1998), *The State and the Arts* (Cheltenham: Elgar; Frey, B. & Pommerehne, W. (1989), *Muses and Markets: Explorations in the Economics of the Arts* Oxford: Blackwell. Sax, J. (1999), *Playing Darts with a Rembrandt: Public & Private Rights in Cultural Treasures* (Ann Arbor: Uni of Michigan Press.

59 ASCENSÃO, José Oliveira. Breves observações ao projeto de substitutivo da Lei de Direitos Autorais. *Revista forense* – v. 345, doutrina, p. 65.

60 No caso específico da obra arquitetônica, o direito moral, em atenção à natureza simultaneamente funcional das criações, é contido pelo disposto na LDA "Art. 26. O autor poderá repudiar a autoria de projeto arquitetônico alterado sem o seu consentimento durante a execução ou após a conclusão da construção. Parágrafo único. O proprietário da construção responde pelos danos que causar ao autor sempre que, após o repúdio, der como sendo daquele a autoria do projeto repudiado". Recentemente, a Lei nº 12.378, de 31 de dezembro de 2010 pareceu alterar essa regra: "Art. 16. Alterações em trabalho de autoria de arquiteto e urbanista, tanto em projeto como em obra dele resultante, somente poderão ser feitas mediante consentimento por escrito da pessoa natural titular dos direitos autorais, salvo pactuação em contrário. § 1º No caso de existência de coautoria, salvo pactuação em contrário, será necessária a concordância de todos os coautores. § 2º Em caso de falecimento ou de incapacidade civil do autor do projeto original, as alterações ou modificações poderão ser feitas pelo coautor ou, em não havendo coautor, por outro profissional habilitado, independentemente de autorização, que assumirá a responsabilidade pelo projeto modificado. (...)"

61 "[we are] aware that [our] comparatively broad interpretation of the term "invention" in Article 52(1) EPC will include activities which are so familiar that their technical character tends to be overlooked, such as the act of writing using pen and paper. (T 258/03, Conselho de Recursos do EPO, 21 de abril de 2004)

Assim, este artigo que escrevo integra um processo de mediação através de papel ou meio digital; de um sistema de *reprodução* gráfico ou ainda digital, e assim por diante. Meio técnico de fixação e meio técnico *de reprodução*. Assim, poder-se-ia designar esse modelo como *reprodutivo* e não só mediado.

Sem dúvida o criador de quadro ou escultura também tem um instrumento de mediação, que é o *corpus mechanicum* de sua criação. Esse último, porém não têm meios, ou a eles renuncia, de obter a reprodução em cópias em número indeterminado; há neste caso um *médium*, mas não um processo de reprodução, como no caso deste artigo que escrevo – e a obra visual vai alojar-se no modelo artefato. O direito de exclusiva é usado de modo *negativo*.

Assim também, a interpretação presencial, fixada em vídeo, ou CD, ou qualquer meio técnico, passa a poder participar dos benefícios e desvantagens deste modelo de produção. Na verdade (como já notamos acima) os dois modelos não necessariamente afetam um ao outro, e há espaço mesmo para uma interação positiva. Aqui, na forma mediada, à diferença do modelo artefato, o uso *ativo* das exclusivas autorais para promover a reprodução não denega a economicidade do modelo presencial.

Meio técnico + mediador econômico

Historicamente, há um segundo *médium* a se agregar ao primeiro (meio *técnico*) para caracterizar o regime econômico a que nos referimos: um agente econômico distinto do criador, que provê os recursos financeiros, ou detém acesso aos meios técnicos, acumulando o capital e organização que canalizam a produção expressiva para uma *produção de mercado*.

Como vimos acima, isso se dá quando não se tem mais um *funding* de mecenato, e nem a produção do autor burguês, mas a presença do agente especializado que é o editor, produtor de ópera, etc. O *funding* da técnica se separa do *funding* da criação.

Para os efeitos de nossa análise, será “mediador” tanto o editor, etc., que toma de terceiros o influxo da produção expressiva, quanto o agente econômico que internaliza elementos da produção expressiva – por exemplo – as empresas de televisão.⁶²

Na verdade, a discussão de quem cria não é diretamente relevante a esta análise, embora o seja o do papel dos trabalhadores como um dos fatores da produção expressiva. A noção de “mediador” como utilizada neste estudo se utiliza em primeiro lugar de uma noção de que a organização empresarial atua intermediando fatores.⁶³

Deste ponto de análise, não há distinção relevante se o mediador receba seus insumos expressivos de outros agentes, ou internalize a produção expressiva. Tal decisão levará em conta essencialmente uma eficiência organizativa de controle de fatores.⁶⁴ Mas essa noção crítica não se limita a essa intermediação genérica.

62 Quanto às questões econômicas específicas destes, vide VASCONCELOS, Claudio Lins de, op. cit.

63 Conforme, por exemplo, "Firms are institutions that coordinate transactions by acting as intermediaries." SPULBE, Daniel F.. The Theory of the Firm: Microeconomics with Endogenous Entrepreneurs, Firms, Markets, and Organizations. Cambridge University Press, 2009, p. 347 e s.s.

64 Vide especialmente SPULBE, Daniel F.. Intellectual Property and the Theory of the Firm, Northwestern University, June 2010. Disponível em: <http://innovation.hoover.org/media/file/SpulberStanfordIPTTheoryFirm.pdf>. Acesso em: 10/2/2011. Segundo este último estudo, o fato de o detentor dos meios técnicos de reprodução internalizar a produção (contratando jornalistas para sua equipe) ou contratando conteúdo (recebendo matérias de free lancers) é apenas uma questão de eficiência: "The firm outsources activities when market transactions are more efficient."

Em nossa categoria de análise, haverá um “modelo mediado” sempre que um agente econômico, organizando a produção expressiva, detém simultaneamente o controle dos meios técnicos de reprodução (*médium cum media*).

Note-se que o mediador pode organizar a produção como atividade profissional (seja a internalizando ou não),⁶⁵ e exercer a decisão não só da *distribuição* da obra mediada, mas da *expressão* ela mesma. Neste caso, há um processo de produção peculiar, como um modelo de negócios específico, sem que se altere, no entanto os demais pressupostos da análise do modelo mediado, como se faz a seguir.

Tal classificação rejeita, assim, em limitar-se, do ponto de vista econômico, ao dogma de que só a pessoa natural possa ser originador de produção expressiva, como induz a lei brasileira em vigor. Pelo contrário, cabe – especialmente numa análise de caráter econômico – suscitar o entendimento de Michel Vivant e Jean Michel Bruguière:⁶⁶

Le fait est que la notion d’auteur sur la base de laquelle s’est édifié notre système ne correspond plus guère aux conditions dans lesquelles naissent aujourd’hui les œuvres” “Aujourd’hui une industrie de la création s’est imposée, l’œuvre est alors créée en équipe, et même dans le multimédia très largement à partir d’œuvres préexistantes. Aussi est-il bien difficile de conserver intacte la vision ancienne.” “Des personnes morales organisent le processus de création, distribuent leur produit, ont un intérêt à protéger leur création. En d’autres termes, risquons ce propos hérétique: des personnes morales créent. « Cette réalité économique s’est imposée au juge.

Veja-se que este mediador não é um simples agente passivo, ou um intermediário que atue apenas na esfera comercial. Uma vez que a produção se faz com vistas a um retorno, se faz de forma permanente, deliberada, e buscando um retorno de mercado, o mediador escolhe, induz e encomenda um tipo de produção que não se foca da eficácia cultural ou política da criação, mas na maximização do retorno.

Este é um elemento ativo do processo de produção criativa, tanto econômica quanto socialmente, como notava já Immanuel Kant em 1784:⁶⁷

65"Para alguns críticos, a mediação profissional de conteúdo (ou simplesmente “mídia”) deixou de ser necessária. É comum vê-los apontar, como alternativa, para outras formas de mediação, que podem ser classificadas em (a) mediação institucional; (b) mediação amadora; e (c) não-mediação. Na mediação institucional, o conteúdo é apenas um meio para se atingir, direta ou indiretamente, a um objetivo paralelo (político, comercial, etc.). (...) O conteúdo em si é apenas uma ferramenta de marketing. A mediação amadora é típica dos tempos da Internet. (...) sua mediação (ou seja: sua seleção, tratamento, crítica, etc.) é feita por não-profissionais, que se remuneram por meios “não-monetários” (notoriedade, altruísmo, etc.) e nem sempre se preocupam em cobrir investimentos de terceiros na criação/produção do conteúdo que estão distribuindo. E sempre houve claro, a possibilidade de não-mediação, em que o conteúdo é distribuído diretamente pelo criador, sem qualquer juízo crítico de viabilidade por parte de terceiros". VASCONCELOS, Cláudio Lins de. Questão de Responsabilidade Histórica. Disponível em: <http://www.frm.org.br/main.jsp?lumPageId=FF8081811D972EC5011D9B20FEE5359D&itemId=FF80808129EAC20D0129EC6D4F206ED4>. Acesso em: 10/2/2011.

66 VIVANT, Michel; BRUGUIÈRE, Jean-Michel. op. cit., loc. cit., p. 195.

67 "According to Kant, property applies only to touchable things, among which he includes the works of art. For the very principle of private property, a legitimate purchaser has the right to replicate and to share them without restrictions. Kant recognizes copyright only on written texts, by conceiving them as speeches that exclusively authorized spokespersons - the publishers - may convey to the public in the name of their authors. The rights of the authorized publishers, however, are justified only if they help the public to get the texts". PIEVATOLO, M. C.. "The Pirate from Koenigsberg: Why Closed Source Software is Not Worth of Copyright Protection", (2007). Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1016402>. A versão em português desse texto de Kant pode ser encontrada na Revista Eletrônica do IBPI n° 3, p. 229 s.s. Disponível em: <http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/c1cd349287c9c15affff802bfffffefe.pdf>.

In a very subtle analysis, Kant notes that a single artefact is a *werke*, a work of art; but the deliverance of such work to be reproduced on a multicopy fashion by a publisher is an act of communication (Habermas would say "a speech act") through a medium. That is the reason by which the reproductive model, therefore, is the mediated mode of production par excellence.⁶⁸

Assim, o modelo tecnicamente mediado se soma ao sistema de *funding* de mercado, para completar um sistema específico, que – como veremos - vem demandar uma ordem jurídica específica.

Mesmo a produção que se volta à multiplicação de cópias pode se configurar, historicamente, sem exigências de um regime jurídico especial, por exemplo, com sistemas de cópia de pergaminhos ou iluminuras, ainda que organizado de forma cooperativa ou empresarial, como as associações de copistas organizados em tono das primeiras universidades européias.⁶⁹

No entanto, este modelo se singulariza e se torna especialmente complexo na proporção que quatro coisas ocorrem:

O meio técnico permite ganhos de produtividade em face dos meios anteriores, importando em diminuição de custos, aumento ou padronização de qualidade, ou aumento de capacidade de produção. Assim, o mais do que intuitivo exemplo do processo que gera pergaminhos iluminados, substituído pela prensa de Gutemberg.

O controle e emprego dos meios técnicos importam na instituição de uma categoria econômica *professional* distinta da do criador da obra.⁷⁰ Assim, o artista plástico que produz suas próprias xilogravuras consegue exercer sua produção mediada sem o auxílio desta especialização de agentes.

O custo da reprodução se singulariza como distinto do custo de produção, suscitando a necessidade de uma dedicação específica de capital.⁷¹

Cria-se um mercado consumidor dos bens reproduzidos, em extensão e densidade suficientes para justificar não só a produção criativa, mas a reprodução das *mídias* em proporção compatível com o investimento necessário a isso.

68 KANT, Immanuel. Of artifacts and middlemen. op. cit.

69 "By the late thirteenth century in Paris (a century later in England), ateliers of scribes and illuminators were known by the name of their master artists," and "[t]he names of scribes, illuminators, parchment-makers and binders... [can be found] in tax records, though few names can be linked with surviving books". YU, Peter. Of Monks, Medieval Scribes, and Middlemen. Michigan State Law Review, 2006, p. 1-30. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=897710>

70 Moreover, the importance of intermediaries changes over time. For instance, printers, with their unique access to limited technical facilities, were very important in the fifteenth and sixteenth centuries. In the late sixteenth century, however, they "started to lose influence to copy-holding booksellers." By the seventeenth century, they became "merely the agent[s] of the publisher[s]," who had since become "the central figure[s] in the book trade" by virtue of their ability to select, organize, and finance the manufacture of books. As intermediaries continue to emerge, adapt, and disappear in the dynamic business environment, the need to protect a particular group, or groups, of middlemen from obsolescence has become highly suspect". YU, Peter. Of Monks...op. cit., loc. cit.

71 LANDES William M.; POSNER, Richard, A.. An Economic Analysis of Copyright Law, op. cit: "The cost of producing a book or other copyrightable work (we start by talking just about books and later branch out to other forms of expression) has two components. The first is the cost of creating the work. We assume that it does not vary with the number of copies produced or sold, since it consists primarily of the author's time and effort plus the cost to the publisher of soliciting and editing the manuscript and setting it in type. Consistent with copyright usage we call the sum of these costs the "cost of expression."

O momento da técnica

O efeito de tais tecnologias é tornar evidente que *corpus mechanicum* e o *corpus mysticum* não estão em uma relação alma/corpo, mas sim na função que existe entre exemplar e modelo, no que Troeller chamada *regra de reprodução*.⁷² Além disso, tal efeito introduz entre o criador e o consumidor um ato de comunicação não-presencial, através de um dispositivo técnico que se apresenta como livros e, eventualmente, como artefatos e interpretações ou execuções fixadas em cilindros de cera ou filmes, mediante sistemas de reproduções multicópia.

A questão aqui é enfaticamente de técnica. Deve-se notar que os escribas foram também detentores de uma tecnologia específica de reprodução, e mediadores profissionais entre criadores e consumidores. O que a imprensa de Gutenberg fez foi liberar expressiva produção literária de seu modelo de artefato, que anteriormente vigia. Tornou possíveis cópias múltiplas do mesmo original a um preço e quantidade tal que criou um novo modelo de produção vigente e expressiva. Simultaneamente, suscitou a necessidade de uma nova ordem jurídica.⁷³

Com a introdução dessa técnica específica de reprodução, ocorre uma progressiva convergência entre a proteção das técnicas e a proteção do modelo de produção mediado: antes de qualquer direito autoral, a demanda de exclusão de competidores de Gutenberg foi atendida por patentes.⁷⁴ Na verdade, a técnica em questão gerou mais *oportunidades de mercado* para o mediador do que qualquer estímulo à produção expressiva: nos primeiros cinquenta anos da nova indústria, não se publicaram quaisquer obras de autores então vivos.⁷⁵

Por que surge a demanda por uma nova ordem jurídica? Com os meios de reprodução técnica então a disposição, surge o risco de produzir mais do que o mercado demandaria; mais precisamente, se todos os eventuais competidores de Gutenberg pudessem livremente reproduzir cópias de um mesmo livro, a competição reduziria o retorno do investimento feito.

Com efeito, como Peter Yu nota, os livros inicialmente impressos não eram significativamente mais baratos do que as cópias manuscritas,⁷⁶ indicando uma margem considerável na receita do impressor,⁷⁷ o que provavelmente se diluiria no caso de

72 ALOIS, T. Précis du droit de la propriété immatérielle, Editions Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Stuttgart, 1978.

73 “The printing press irrevocably altered the balance of moral and economic claims to works of authorship. It also presented copyright law’s central question”, Paul Goldstein, *Copyright’s Highway: From Gutenberg to the Celestial Jukebox*, Rev. ed., Stanford, CA: Stanford University Press, 2003, p. 31. “Historical emergence [of copyright] is related to printing technology”. ROSE, M.. *Authors and Owners: The Invention of Copyright*. Cambridge: Harvard University Press, 1993, p. 9.

74 “The earliest legal response to the printing press appeared in the form of printing patents, or privilegii, in the Venetian Republic”. (Peter Yu)

75 “From the time of the invention of printing, about 1450, to the end of the fifteenth century, the works of living authors played practically no part in the German book-trade, and the question of commercial results for their writers did not call for consideration”. “There is record... of the publication before the close of the fifteenth century and early in the sixteenth, chiefly in Paris, of occasional volumes of original writings”. (Peter Yu)

76 “Second, the high prices of printed books might have segmented the market, to the point that there was only minimal competition between handwritten manuscripts and printed books, at least before the price of the printed books fell below that of handwritten manuscripts. Indeed, “[t]he earlier books issued from the presses were planned to meet the requirements of the higher class collectors, whose taste had been formed from beautiful manuscripts.” (Idem)

77 “Finally, in the early days of printing, fully printed works were very expensive, and manuscripts remained an affordable alternative for the public. In 1483, for example, the cost of hiring a scribe to reproduce Ficino’s

competição direta com outras obras impressas. Isso realmente veio a ocorrer no início do Sec. XVI.⁷⁸

Duas questões incidentais

A revolução da imprensa ocorre em uma época também caracterizada por alguns autores como o de uma economia de mercado proto-capitalista. Verificam-se exemplos de comercialização de modelos de expressão presencial que se solidifica o mais tardar no início do século XVII (para escolher aqui o exemplo do teatro de ópera, mas também todo o tipo de produção teatral como o de Shakespeare). Portanto, os incentivos de mercado para pelo menos alguma expressiva produção têm estado em vigor durante três ou quatro séculos.

A questão que nos pomos nesta seção deste estudo é: será que tal tipo peculiar de incentivo econômico (o mercado) força certos tipos de produção expressiva a florescer, enquanto estiola outras formas? A noção de *causalidade* aqui é muito importante.

Algumas análises da economia do direito autoral utilizam aqui um modelo muito simples causalidade mecânicas, como quando Landes e Posner descrevem os possíveis efeitos sociais da falta de direitos de autor sobre a produção expressiva:

Without copyright protection, authors, publishers, and copiers would have inefficient incentives with regard to the timing of various decisions. Publishers, to lengthen their head start, would have a disincentive to engage in prepublication advertising and even to announce publication dates in advance, and copiers would have an incentive to install excessively speedy production lines. There would be increased incentives to create faddish, ephemeral, and otherwise transitory works because the gains from being first in the market for such works would be likely to exceed the losses from absence of copyright protection. There would be a shift toward the production of works that are difficult to copy; authors would be more likely to circulate their works privately rather than widely, to lessen the risk of copying; and contractual restrictions on copying would multiply.

Portanto, tais decisões econômicas condicionariam diretamente e com eficácia a *natureza* da produção expressiva. A existência do direito autoral causaria a produção de obras de longo impacto, em vez de criações efêmeras; ele possibilitaria a economicidade mesmo de tipos de criação fáceis de copiar - ao invés de só se dar ao público consumidor de cultura catedrais góticas que levam séculos em construção.

Curiosamente, certos autores clássicos muito adversos à análise econômica do direito à la Posner também poderiam endossar tal nexo de causalidade mecânica.⁷⁹ Outros estilos

translation of Plato's Dialogues was a third of what the Ripoli Press charged for setting up and printing the work. Because a newly printed Gutenberg Bible "cost roughly the equivalent of more than a dozen well-fed cattle or the title to a house in town," few in the late fifteenth century could ever hope to own a copy, not to mention the abundant supply of cheap monastic labor that made unnecessary the additional expenses for reproducing ecclesiastical works through the printing press." (Idem)

78 "Around the 1490s, however, "a demand had arisen for cheap books for popular reading," and the second generation of printers took advantage of this opportunity by reducing the quality of printing and, therefore, book prices to meet the needs of the growing market. Although manuscripts became a high-priced collector's item, as a result of the deterioration of the quality of their competitors, their markets were displaced by printed books, and the scribal industry declined as a result"

79 É um modelo igualmente de casualidade mecânica o utilizado pela análise tradicional marxista para descrever o efeito da economia sobre a produção cultural: "Morality, religion, metaphysics, all the rest of

de análise econômica distinguem *pelo menos* um lapso temporal entre a causação do mercado e sua repercussão no sistema de produção expressiva.⁸⁰

No entanto (como foi sugerido acima), apenas uma parcela da produção expressiva é direcionada por incentivos econômicos, dos quais um subgrupo é especificamente orientado para o mercado. Também as considerações pessoais, políticas, culturais, entre outras (não excluindo a disponibilidade de meios técnicos) podem induzir a produção expressiva; e os determinantes econômicos certamente atuam juntamente com os outros motivos que levam os criadores a exercer seus dotes expressivos.

Mas o conjunto desses fatores, interligados e atuando como sistema faz com que entre o mercado e a produção expressiva se entreteça um nexo de causalidade não mecânica, muitos vetores incidem simultaneamente, e em diferentes graus, induzindo os criadores a escolher seus meios e os objetos de expressão. A relação da economia com a criação expressiva é de caráter sistêmico, e não mecânico.⁸¹

Após levar em conta esses fatores, é preciso reconhecer que as considerações de ordem econômica podem realmente determinar o conteúdo da produção expressiva.

Como os sistemas de *funding* podem afetar o conteúdo da expressão

Iniciemos este exercício com um dado de cunho organológico:⁸² o sabor do público e as convenções culturais tenderam a atribuir a certos instrumentos papéis expressivos singulares. Desde o início do Século XVII até muito tarde no século seguinte, as flautas doces forma associadas na música ocidental a contextos em que surgiam *bons espíritos*.⁸³ Já os trombones eram utilizados nos contextos em que se deviam suscitar entidades infernais. Mas essas convenções expressivas deixam de ser relevantes quando as próprias flautas doces abandonam os palcos.

Instrumentos de maior sutileza de timbre e dinâmica podem ser bastante expressivos em ambientes pequenos: nos sistemas de *funding* do mecenato, as flautas doces e violas da gamba dotadas de cordas orgânicas, e seu uso estilístico em suscitar os “afetos”, ou humores da música,⁸⁴ podia prosperar muito, e efetivamente isso aconteceu.

ideology and their corresponding forms of consciousness, thus no longer retain the semblance of independence. They have no history, no development; but men, developing their material production and their material intercourse, alter, along with this their real existence, their thinking and the products of their thinking” (OLLMANN, Bertell. *Alienation: Marx's Conception of Man in Capitalist Society* (Cambridge England, 1971).

80 “The transformation of the superstructure, which takes place far more slowly than that of the substructure, has taken more than half a century to manifest in all areas of culture the change in the conditions of production.”, Walter Benjamim, op. cit

81 BALIBAR, Etienne. *Structural Causality, Overdetermination, and Antagonism*, in *Postmodern Materialism and the Future of Marxist Theory: Essays in the Althusserian Tradition*, 1996.

82 “A organologia é a disciplina que trata da descrição e da classificação de qualquer instrumento musical, tendo em conta o material empregue, a forma, a qualidade do som produzido, o timbre, o modo de execução, entre outros.” Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Organologia>.

83 Vide CARPENA, Lucia Becker. *Caracterização e uso da flauta doce nas Óperas de Reinhard Keiser (1674-1739)*. Tese de doutorado na UNICAMP, 2007, p. 123. Disponível em <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/10571>. A Dança dos Espíritos Abençoados da ópera de Gluck Orfeo. ed Euridice, de 1774, foi a última ocasião em que essa convenção cultural ocorre, segundo HUNT, Edgar, *The recorder and its music*, Eulenberg Books (London) 1977.

84 “Rhetorical music” (...) “expresses the essence of the musical spirit prior to the Romantic Revolution. HAYNES, Bruce. *The End of Early Music: A Period Performer's History of Music for the Twenty-First Century*. Oxford University Press, 2007 (p. 12). Como notava o professor de um dos autores deste estudo no Conservatório real de Haia: “... music prior to 1800 speaks, while subsequent music paints. The former must be understood, since anything that is spoken presupposes understanding. The latter affects us by means of

Esses instrumentos, no entanto, são muito ineficientes para serem ouvidos em salas maiores, e o tamanho é um fator que influencia muito no tipo de *funding* de mediação, com a receita vinda dos ingressos pagos pelo público. Uma vez que é o público pagante, e não os mecenas, que fornece pão e carne para os músicos profissionais, flautas doces, cravos e gambás se retiram discretamente da história da música. E entram em cena o som mais potente, uniforme em timbre por toda extensão, e mais eficaz das flautas boehm, dos pianos de concerto, das cordas de metal dos violoncelos do sec. XIX.

A mesma mudança no financiamento de música, provavelmente influenciou a expressividade da dinâmica orquestral (embora gosto de época também possa aqui ter seu ter seu peso). Considere as variações de claro-escuro da música de Corelli, em que toda a orquestra se alterna com os solistas do *concertino*, em contrastes de timbre e volume; o público ainda reduzido dos salões de câmara degustava a oposição sutil entre os solistas e o grosso do conjunto (que se dizia o “recheio”, ou *ripieno*), assim como as “bolhas” (*sforzando piano*) de dinâmica em cada nota singular.⁸⁵ Mas essas iguarias não entrariam no como gosto do público de ópera de Rossini do século XIX (pelo menos os do fundo das torrinhas do teatro), que preferia os *crescendos* intermináveis do conjunto de 60 músicos do seu tempo. Certamente essas sutilezas se perderiam também para o público de festivais de rock.

O filtro do mercado

A segunda questão a ser considerada nesta seção é que as economias de mercado *podem realmente justificar* uma análise da causalidade mecânica, em conexão com um tipo específico de produção expressiva. Uma vez que (a) o sistema mediador é estabelecida entre criador e consumidor, e (b) o modelo reprodutivo torna-se o método dominante, alguns agentes do mercado inevitavelmente terão como alvo as oportunidades de máximo retorno do investimento feito.

Tanto a análise Plant quanto as considerações de Landes e Posner fazem pleno sentido, assim, quando se toma um segmento específico da produção expressiva: aquela voltada especificamente para o mercado de consumo.

Como notamos acima, quando o *funding* da produção é tomado por um agente de mercado, especialmente para aplicação no modelo reprodutivo, a escolha da criação quanto a qual se investe será determinada primordialmente pelo retorno de mercado. Investe-se naquele produto que, *ceteris paribus*, tenha menor risco de insucesso e mais prognóstico de receita; os aspectos de impacto cultural e eficiência social, que são importantes para a sociedade, não serão necessariamente relevantes.

Assim, tomando como exemplo o mercado de livros, o editor se concentrará num número de autores cuja produção é voltada para maximização do consumo (Grisham,

moods which need not be understood, because they should be felt." HARNONCOURT, Nikolaus. Baroque Music Today – Music As Speech: Ways to a New Understanding of Music. English translation by Mary O'Neill. Portland, Oregon: Amadeus Press, 1988 (originally published as Musik als Klangrede, 1982), p. 39) "Realising “small figures in the surface” is not simply a matter of separating them; each figure should be shaped independently, and the performer should make listeners aware of its relation (similarity, contrast, dialogue) with other figures appearing before, after or (in polyphonic textures) alongside it. Instead of a long sostenuto line, shaped almost exclusively by dynamics, rhetorical performances aim for internal shaping of figures, phrases and individual notes through the modification of dynamics, articulation, metre, and other factors". GOLOMB, Uri. Rhetoric in the Performance of Baroque Music. Disponível em: <http://www.bach-cantatas.com/Articles/Rhetorical-Performance-Golomb.pdf>. Acesso em: 4/2/2011.

85 "Light and shade must be constantly introduced... by the incessant interchange of loud and soft. QUANTZ, Johann Joachim. (1752) On Playing the Flute, Schirmer Books (1966)

Clancy, Steele, Rowling, Stephen King...). Mais, na medida em que possa escolher, concentrará seus esforços num número limitado de criações que – espera – possa dar o maior retorno para uma só edição:

A razão pela qual os publishers querem escritores que vendam um zilhão de cópias em vez de dez escritores que vendam – cada um - um décimo do infinito é por causa do custo de unidade. O custo de unidade é o custo de cada livro vendido. Se você soma todo o custo para imprimir, o tempo editorial, o tempo do projeto, e uma porcentagem do custo fixo para luz e água – e eis aí o que o que custa para fazer a um livro acontecer. Esse custo é quase mesmo se você vender 3000 livros ou 30000 livros.⁸⁶

Sempre dentro da racionalidade do modelo reprodutivo, um dos elementos necessários dessa escolha é alcançar a maior extensão de público possível, compatível com a natureza da criação. Assim, uma maior complexidade de sintaxe, uma inovação excessiva no *récit* ou na construção dos personagens de ficção, econometria conspícua ou erudição acachapante, tudo compromete a vendabilidade da obra.⁸⁷

Assim esses autores são selecionados por sua “qualidade”, a qual, na verdade, é a manutenção de um grau ótimo de pobreza informacional, que corresponda à maximização do retorno do investimento criativo. É quanto a esse fenômeno, que poderia ser descrito como de *minimização inovativa*, que notam Adorno e Horkheimer:
88

Not only are the hit songs, stars, and soap operas cyclically recurrent and rigidly invariable types, but the specific content of the entertainment itself is derived from them and only appears to change. The details are interchangeable.

No entanto, o senso exato para o ponto certo de inovação e mesmice é raro entre os criadores; e assim essa criação que pode ser *best seller* é rara, há escassez dessa fonte, e a segunda escassez – artificial - gerada pelo direito de exclusiva apenas assegura que não haja dispersão.

Em outras palavras, a exclusividade de direito é essencial para assegurar um *determinado* processo de produção de bens expressivos, caracterizado pela forma do *funding* (mediado, de mercado) e pelo modelo de geração (mediado e reprodutivo).

86 Disponível em: <http://misssnark.blogspot.com/2005/11/more-more-more.html>

87 "The novelist creates the novel by combining stock characters and situations (many of which go back to the earliest writings that have survived from antiquity) with his particular choice of words, incidents, and dramatis personae. He does not create the stock characters and situations, or buy them. Unlike the ideas for which patents can be obtained, they are not new and the novelist acquires them at zero cost, either from observation of the world around him or from works long in the public domain. Most works of fiction that anyone would want to copy are intended for a mass audience--which means they must use stock characters and situations in order to be understood." LANDES, W.; POSNER, R. A. *Economic Analysis of Copyright Law*, 18 J. Leg. Stud. 325, 325-33, 344-53 (1989). Disponível em: <http://cyber.law.harvard.edu/IPCoop/89land1.html>. Acesso em: 2/2/2011.

88 ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *The Culture Industry: Enlightenment as Mass Deception* – 1944. Disponível em: <http://www.marxists.org/reference/archive/adorno/1944/culture-industry.htm>. Acesso em: 2/2/2011.

Nesse contexto, o direito exclusivo autoral corresponde ao desenho que lhe fazem Landes e Posner.⁸⁹

Com efeito, para essa raça específica de bens expressivos, a análise de Law & Economics se encaixa a perfeição, pois aqui o lucro é o motor principal do mercado - é determinante na sua instância única e definitiva.⁹⁰ Eles são essencialmente produtos de mercado, que por acaso tem a natureza de bens culturais de inovação mínima.

A produção de tais bens culturais de mínima inovação traz também problemas curiosos para os advogados de compositores de música popular, como mencionamos no capítulo deste livro sobre plágio.⁹¹ O “popular” importa em revisitação de categorias de melodia, som e harmonia fáceis de compreender e assimilar, com variações mínimas entre as obras; e alegações de cópia se multiplicam

Porque se torna necessária uma nova ordem jurídica?

Logo acima apontamos que o momento de mutação técnica resultante da imprensa (e, a seu tempo, de outras formas técnicas de reprodução em massa) requereu uma nova ordem jurídica. Indicamos, igualmente, que isso se dava pela possibilidade de superprodução de cópias, com a multiplicação de prensas.

Examinemos aqui a justificativa, bastante assente, segundo a qual num sistema de produção de bens expressivos, num modelo reprodutivo como o de Gutemberg, seria preciso a criação de uma exclusividade jurídica – um direito exclusivo de imprimir cópias – para justificar o investimento em produzir novas obras.

Com efeito, essa doutrina afirma que a *nova* possibilidade – conferida pelas prensas – de por à disposição do mercado um numero indeterminado de cópias impediria àquele impressor que tivesse incorrido em *custos de expressão* (ou seja, os de fazer gerar uma *nova* obra ainda não livremente disponível) de recuperar seus investimentos⁹². Assim,

89 O que não reduz a outra produção expressiva ao silêncio de um monge cartuxo. Aqui existe a atuação de caráter não econômico, a intervenção estatal através de promoção direta de atividades (os teatros de ópera e, no campo cultural, mas não de produção expressiva, os museus, etc.), as atividades comunitárias e beneficentes, etc. Como tais meios podem ter um grande valor não captado diretamente pelo mercado, as atividades se mantêm estudadas no contexto da outra disciplina econômica, dita “da cultura”. Nota VASCONCELOS, op. cit. : “A decisão sobre o quê, quanto, como e para quem produzir representa o problema central de qualquer sistema econômico. No modelo capitalista, esta decisão cabe ao mercado, com todas as suas falhas. A partir da demanda, nasce a oferta de bens e serviços, que se organiza dentro da própria sociedade, no âmbito microeconômico das empresas e seus mercados relevantes. Em algumas áreas, é mais eficiente deixar que o estado os produza ou controle diretamente sua produção, caso dos bens e serviços públicos, dos estratégicos ou daqueles cuja produção é cara ou arriscada demais para os agentes privados.”

90 Neste contexto específico, mas provavelmente não em outros segmentos da produção expressiva, faz sentido a observação da Suprema Corte Americana no caso *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186, 212 (2003): “copyright law celebrates the profit motive, recognizing that the incentive to profit from the exploitation of copyrights will redound to the public benefit by resulting in the proliferation of knowledge. The profit motive is the engine that ensures the progress of science.”

91 “Since most popular songs have simple melodies and the number of melodic variations is limited, the possibility of accidental duplication of several bars is significant. Widespread playing of these songs on the radio makes it likely that the second composer will have had access to the original work, which both increases the likelihood of accidental duplication and reduces the cost of avoiding it. If proof of intentional duplication were required for infringement, composers of popular songs would have little copyright protection and social welfare would fall”. LANDES William M.; POSNER Richard A.. *An Economic Analysis of Copyright Law*, op. cit., loc. cit.

92 “To copy someone else’s new invention often costs considerably less, even if we factor in the cost of reverse-engineering. Thus, there may be a substantial incentive to take a free (or at least less costly) ride on someone else’s investment. This potential for free riding reduces the incentive to invent something new,

neste contexto, para induzir a criação de novas obras, para as quais fosse feito algum investimento, seria necessário proibir que o impressor da concorrência pudesse publicar a mesma obra, sem o custo inicial.

Como essa questão, indispensável neste contexto, já foi exposta em obra de cunho geral, por precisão vale citar tal texto ⁹³:

Voltemo-nos, assim, para a hipótese de um sistema de produção de bens incorpóreos voltadas para o mercado. Este sistema de produção para o mercado presume uma organização especial do sistema de criação intelectual expressiva ou tecnológica que induza o investimento da empresa que age na *intermediação entre criador e público consumidor* ⁹⁴. Nas situações em que a criação é estimulada ou apropriada pelo mercado, duas hipóteses foram sempre suscitadas:

- ou a da socialização dos riscos e custos incorridos para criar ⁹⁵;

- ou a apropriação privada dos resultados através da construção jurídica de uma *exclusividade artificial*, como a da patente, ou do direito autoral, etc. É desta última hipótese que falamos inicialmente como sendo o modelo preferencial das economias de mercado.

Por que exclusividade, e por que artificial? Por uma característica específica dessas criações técnicas, abstratas ou estéticas: a *natureza evanescente* desses bens imateriais. Quando eles são colocados no mercado, naturalmente se tornam acessíveis ao público, num episódio de imediata e total dispersão ⁹⁶. Ou seja, a

because the inventor may be unable to recoup her sunk costs of invention. Competition from freeriders may reduce prices such that the cost of Discovery and commercialization cannot be recovered. Moreover, to make optimal use of an invention, the inventor may need to disclose it to someone else who is better positioned to manufacture or market a tangible product that embodies the invention. But once she does so, the other party need not compensate her for the information; ideas, as we have said, tend to be nonexcludable.” BLAIR, Roger D.; COTTER, Thomas F. Intellectual property - Economic and legal dimensions of rights and remedies. New York: Cambridge, 2005, p. 14.

93 BARBOSA, Denis Borges. Tratado, Cap. I., [5], § 1. 4., op. cit, loc. cit.

94BARBOSA, Denis Borges. On artifacts and middlemen: a musician’s note on the economics of copyright, IJIPM - International Journal of Intellectual Property Law and Creative Industries, número especial, 2009: "Once the mediator system is established between creator and consumer, and the reproductive model becomes the dominant method, some market players would target on the maximum return opportunities. Those opportunities tend to be much crafted creators who are able to allow the publisher to sell the largest number of copies of the same work. Curiously, expressive production of such kind is quite scarce, what makes creators like Grisham, Clancy, Steele, Rowling, and Stephen King very valuable. Landes and Posner copyright economics analysis are most precise in such contexts of scarce offer from creators and maximum return considerations from mediators".

95 Certamente não é propósito desta seção discutir formas alternativas de estímulo à criação. Mas na proporção em que o conhecimento disperso tenha um interesse para os operadores no mercado, a divulgação indenizada serve apenas de nivelamento da competição. Ou, se não houver nivelamento, a dispersão favorecerá aqueles titulares de empresas que mais estiverem aptos na competição a aproveitar desse conhecimento em condições de mercado. Assim, iniciativas como o de usar fundos estatais para aplicações de interesse geral, sem apropriação dos resultados, poderiam ser tidas como contrárias à moralidade pública. Pareceria correto, de outro lado, reservar o uso exclusivo, com uma ampla política de licenciamento.

96Thomas Jefferson - “If nature has made any one thing less susceptible than all others of exclusive property, it is the action of the thinking power called an idea, which an individual may exclusively possess as long as he keeps it to himself; but the moment it is divulged, it forces itself into the possession of every one, and the receiver cannot dispossess himself of it (...) Its peculiar character, too, is that no one possesses the less, because every other possesses the whole of it. He who receives an idea from me, receives instruction himself without lessening mine; as he who lights his taper at mine, receives light without darkening me. That ideas

informação ínsita na criação deixa de ser escassa ⁹⁷, perdendo a sua economicidade.

As características desses bens são apontadas pela literatura ⁹⁸:

- o que certos economistas chamam de não-rivalidade. Ou seja, o uso ou consumo do bem por uma pessoa não impede o seu uso ou consumo por uma outra pessoa. O fato de alguém usar uma criação técnica ou expressiva não impossibilita outra pessoa de também fazê-lo, em toda extensão, e sem prejuízo da fruição da primeira⁹⁹.

- O que esses mesmos autores se referem como não-exclusividade: o fato de que, salvo intervenção estatal ou outras medidas artificiais, ninguém pode ser impedido de usar o bem. Assim, é difícil coletar proveito econômico comercializando publicamente no mercado esse tipo de atividade criativa. (...)

Como consequência dessas características, o livre jogo de mercado é insuficiente para garantir que se crie e mantenha o fluxo de investimento em uma tecnologia ou um filme que requeira alto custo de desenvolvimento e seja sujeito a cópia fácil.

Já que existe interesse social em que esse investimento continue mesmo numa economia de mercado ¹⁰⁰, algum tipo de ação deve ser tentada para corrigir

should freely spread from one to another over the globe, for the moral and mutual instruction of man, and improvement of his condition, seems to have been peculiarly and benevolently designed by nature”.

97 É uma das hipóteses de *res extra commercium*. “Por razões de ordem profana, eram consideradas fora do comércio (*res extra commercium humani iuris*) as coisas comuns a todos (*res communes omnium*), isto é, as indispensáveis à vida coletiva ou a ela útil, como o ar, a água corrente, o mar e as praias”. MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*, 6^o ed., São Paulo: Saraiva, 1992.

98 Citamos aqui, J.H. Reichman, *Charting the Collapse of the Patent-Copyright Dichotomy: Premises for a restructured International Intellectual Property System* 13 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 475 (1995); Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors*, 82 *Colum. L. Rev.* 1600 (1982); Michael G. Anderson & Paul F. Brown, *The Economics Behind Copyright Fair Use: A Principled and Predictable Body of Law*, 24 *Loy. U. Chi. L. J.* 143 (1993). Vide Wendy J. Gordon, *Asymmetric Market Failure and Prisoner’s Dilemma in Intellectual Property*, 17 *U. Dayton L.Rev.* 853, 861-67 (1992); do mesmo autor, *On Owning Information: Intellectual Property and the Restitutionary Impulse*, 78 *Va.L.Rev.* 149, 222-58 (1992) e *Assertive Modesty: An Economy of Intangibles*, 94 *Col.L.Rev.* 8, 2587 (1994). Vide também Samuelson, Davis, Kapor e Reichmann, *A Manifesto Concerning the Legal Protection of Computer Programs*, 94 *Col.L.Rev.* 8, 2308, 2339 (1994). Ejan Machaay, *Legal Hybrids: Beyond Property and Monopoly*, 94 *Col.L.Rev.* 8, 2637 (1994).

99 PARANCE, Béatrice. *La Possession des Biens Incorporels*, LGDJ 2008, p. 415-420. “Les propriétés intellectuelles sont douées d’une faculté d’ubiquité qui signifie qu’elles peuvent donner lieu à des usages concomitants sur la même utilité de la création. Des lors, leur exclusivisme ne peut être que juridique et en aucun cas factuel. Il s’en suit que la possession des propriétés intellectuelles, qui relève du fait, ne sera jamais assurément exclusive. Certes, à un instant donné, il se peut qu’une seule personne utilise - de fait - l’une des utilités de la chose. Mais il est impossible d’avoir la certitude que d’autres personnes n’useront pas elles aussi de la même utilité de cette chose. Par exemple, un éditeur qui publie une oeuvre littéraire n’aura jamais la certitude qu’aucun autre éditeur ne publiera en même temps la même oeuvre. Les autres éditeurs n’ont pas le droit de la publier en raison du monopole d’exploitation économique de l’éditeur, mais sur le plan des faits, ils en ont la possibilité à partir du moment où ils peuvent avoir un exemplaire de l’oeuvre entre les mains. La possession ne remplit plus son rôle d’attribution exclusive d’une chose à une personne, elle ne garantit plus l’exclusivité factuelle ».

100 O que é simplesmente uma opção antropológica, tendo como alternativa a das sociedades de história cíclica, como a dos tchucarramães ou outros povos selvagens.

esta deficiência genética da criação intelectual. A criação tecnológica ou expressiva é *naturalmente* inadequada ao ambiente de mercado ¹⁰¹.

Uma economia das obras expressivas criadas para o mercado

Assim, o mercador ou comerciante, movido apenas pelo seu próprio interesse egoísta (self-interest), é levado por uma mão invisível a promover algo que nunca fez parte do interesse dele: o bem-estar da sociedade.

Adam Smith, se não o disse, poderia possivelmente subscrever esse enunciado. Qualquer coisa que estimule o investidor a produzir para o mercado, e dele tirar denodadamente o maior retorno, importaria em um exercício de eficiência. Na proporção em que múltiplos investidores simultaneamente se prestem a esse exercício, em relação a um só produto ou serviço, num contexto de um só mercado, essa eficiência serviria não só a ele, mas a todos da sociedade pertinente.

Assim, uma vez que o objeto da produção expressiva tenha como alvo o mercado, caberia postular que o filtro do retorno resolveria o problema de eficiência social que é nosso motivo de escrever este estudo. É certo que teríamos de por entre parênteses a ponderação de que nem toda *demand*a de produção expressiva responde às forças de mercado, mas nesta parte do estudo vamos esquecer-nos das óperas e manifestações culturais que sofrem da “doença de custos” a que se referiam Baumol e Bowen, e toda a outra demanda especializada ou localizada que não justifique investimento puramente privado.

Para a maximização de eficácia dessa produção, se aplicássemos esses pressupostos que – para poupar discussões de elementos básicos da economia – atribuímos ao ícone Adam Smith, assim, bastaria deixar os editores, empresários circenses, donos de galerias de quadros e gravadoras buscarem obras que pudessem lhe trazer o maior retorno. A competição entre eles traria à sociedade o melhor da expressão humana.

A falha de mercado

No entanto, como já vimos, os bens de expressão (como os de inovação tecnológica não mantida em segredo) tem características muito específicas (“não rivalidade” e “não exclusividade”). Tendendo inexoravelmente à dispersão de seu conteúdo informacional, eles têm um vício incorrigível de escorregar para a categoria de bens públicos. Todo mundo copia e usa.

Como consequência dessas características, o livre jogo de mercado é insuficiente para garantir que se crie e mantenha o fluxo de investimento em uma tecnologia ou um filme *pelo menos quando*

101 Thomas Jefferson –“Inventions then cannot, in nature, be a subject of property. Society may give an exclusive right to the profits arising from them, as an encouragement to men to pursue ideas which may produce utility, but this may or may not be done, according to the will and convenience of the society, without claim or complaint from anybody”. O mesmo dizia D. Pedro II à Comissão de Elaboração do Código Civil no último ano de seu reinado, enfatizando o aspecto social: "O pensamento não pode ser objeto de propriedade, como as coisas corpóreas. Produto da inteligência participa da natureza dela, é um atributo da personalidade garantido pela liberdade da manifestação, direito pessoal. Uma vez manifestado, ele entra na comunhão intelectual da humanidade, não é suscetível de apropriação exclusiva. O pensamento não se transfere, comunica-se... chamo a atenção da Comissão sobre a necessidade do harmonizar os direitos do autor com a sociedade..." (Ata sessões Comiss. Org. Proj. Cód. Civ. 1889 Rev. Inst. Hist., vol. 68, 1ª parte, 33). D. Pedro II (1889)

- se requeira alto custo de expressão e
- a obra seja facilmente copiável por terceiros ¹⁰².

Definição de falha de mercado

Quando os benefícios privados não igualam os benefícios sociais, ou os custos privados não igualam custos sociais, existe uma *falha do mercado*. O resultado eficiente não é alcançado. Uma falha do mercado é quando os valores sociais e privados diferem, de modo que o mercado seja incapaz de fornecer uma solução eficiente ¹⁰³.

Exemplos de tais distúrbios seriam os monopólios, a apropriação livre por todos dos bens fora do comércio (ou no dizer do Código Civil de 2002, art. 98, bens de uso comum do povo), a existência de externalidades (por exemplo, a poluição...) ¹⁰⁴, e a hipótese de detenção desigual de informações entre agentes econômicos

A questão da livre cópia das obras expressivas inovações cairia na segunda hipótese, de bens livremente apropriáveis por todos. O conhecimento é um bem público. Os bens públicos são os bens que podem beneficiar todo e de quais ninguém, pode ser excluído. Esta é a mais importante das falhas do mercado.

Por que falha? Porque o mercado, com toda a prestidigitação de sua mão invisível, não consegue assegurar a alocação de recursos para o investimento criativo, nem lhe assegurar o retorno. Assim, torna-se indispensável intervir no mercado.

Meios alternativos de intervenção estatal

Já que existiria – em tese - interesse social em que esse investimento continue mesmo numa economia de mercado, algum tipo de ação deve ser intentada para corrigir esta deficiência genética da criação intelectual. A criação tecnológica ou expressiva é naturalmente inadequada ao ambiente de mercado. Impõe-se assim a intervenção do Estado, pela ação de algum instrumento de direito.

102 "I am not arguing that copyright and patent laws don't have an impact. They undoubtedly motivate artistic and technological production in a variety of contexts. For example, it's hard to imagine big-budget Hollywood movies being made without copyright. And many new pharmaceuticals would not have been brought to market without the inducement of the patent laws. But the exceptions shouldn't be confused with the rule. As a general matter, external incentives are not necessary for intellectual production. Copyrightable works and patentable inventions will generally flourish even in the absence of external rewards provided by the government." JOHNSON, Eric E.. Intellectual Property's Great Fallacy (January 23, 2011). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1746343>

103 A exposição de tal doutrina se encontra em GORDON, Wendy J.. Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors, 82 Colum. L. Rev. 1600 (1982). ANDERSON, Michael G.; BROWN, Paul F.. The Economics Behind Copyright Fair Use: A Principled and Predictable Body of Law, 24 Loy. U. Chi. L. J. 143 (1993). Vide GORDON, Wendy J.. Asymmetric Market Failure and Prisoner's Dilemma in Intellectual Property, 17 U. Dayton L.Rev. 853, 861-67 (1992); do mesmo autor, On Owning Information: Intellectual Property and the Restitutionary Impulse, 78 Va.L.Rev. 149, 222-58 (1992) e Assertive Modesty: An Economy of Intangibles, 94 Col.L. Rev. 8, 2587 (1994). Vide também DAVIS, Samuelson; Kapor e Reichmann. A Manifesto Concerning the Legal Protection of Computer Programs, 94 Col. L. Rev. 8, 2308, 2339 (1994). Ejan Machaay, Legal Hybrids: Beyond Property and Monopoly, 94 Col.L.Rev. 8, 2637 (1994).

104 São externalidades "any indirect effect that either a production or a consumption activity has on a utility function, a consumption set, or a production set". [Lafont] — By "indirect", it is meant that the effect is created by an economic agent other than the one who is affected; and the effect is not transmitted through prices (non-pecuniary)". Externality vs Public Goods Hanming Fang, Duke University, Disponível em: http://econ.duke.edu/hf14/teaching/econ681b_spring03/ExternalityVersusPublicGood.pdf. Acesso em: 8/2/2011.

Essa intervenção se dá – além de através dos subsídios, leis Rouannets, compras públicas de bens expressivos como ocorre no caso de livros escolares na lista do Ministério de Educação – pela instituição pelo Estado de um direito exclusivo, que inicie como matéria de direito o que sem tal intervenção não ocorreria.

A correção do desestímulo no investimento de longo prazo na inovação, assim, acontece através de uma garantia legal, por exemplo:

Pela garantia legal de um tempo mínimo no mercado para o inovador (*lead time*)

por meio de um direito exclusivo, ou seja, a apropriação privada tanto do uso, da fruição, e também da possibilidade de transferir a terceiros a totalidade desses direitos (no latim tão querido aos juristas, *usus, fructus; abusus, jus persequendi*); ou então

por um direito não exclusivo, mas também de repercussão econômica, por exemplo, o direito de fruir dos resultados do investimento, cobrando um preço de quem usasse a informação, mas sem ter o direito de proibir o uso; ou ainda

por uma garantia de indenização do Estado para quem investisse na nova criação tecnológica ou autoral (mecenato estatal, subvenção da FINEP, compras militares e espaciais).

Os pressupostos da existência dos direitos exclusivos da propriedade intelectual

O pressuposto de uma teoria dos limites da propriedade intelectual, num contexto de economia de mercado, é a assunção de que, *em primeiro lugar*, a livre concorrência deve presidir todas as relações econômicas; e que, *em segundo lugar*, é uma falha ou impossibilidade de correto funcionamento da livre concorrência que leva ao aparecimento do conjunto de restrições à concorrência em que consiste a propriedade intelectual.

Como descreve Jerome Reichman o que é o direito da propriedade intelectual ¹⁰⁵:

Este campo do direito garante ao criador um pacote de direitos exclusivos planejado para superar o problema do domínio público, resultante da natureza intangível, indivisível e inexaurível da criação intelectual, que permite aos caronas, que não compartilharam do custo e risco criativo, ter-lhe pleno acesso.

Nos termos de tal tese, a intervenção estatal, *inclusive* a propriedade intelectual, como exceção ao regime da livre concorrência, seria justificada todas as vezes que ocorressem tais distúrbios na teia da livre concorrência.

Nem sempre a falha exige correção

Como nota Landes e Posner, esse fenômeno só afeta na verdade a economicidade da produção expressiva para o mercado quando o custo de expressão somado ao custo de distribuição é maior que o custo de reprodução não autorizada:

$$DA \text{ é necessário quando } (C_{ex} + C_{dis}) < C_{pir}$$

105 REICHMAN, J.H.. Charting the Collapse of the Patent-Copyright Dichotomy: Premises for a restructured International Intellectual Property System 13 Cardozo Arts & Ent. L.J. 475 (1995).

Onde DA é a necessidade de uma exclusiva autoral, Cex é o custo de expressão, Cdis o de distribuição, e Cpir o custo do pirata.

Numa análise mais minuciosa, se vê que a necessidade para uma exclusiva só existe na realidade quando:

- 1) O custo da criação independente é muito elevado.
- 2) A cópia é substituto perfeito para o produto original, quanto à qualidade, a confiabilidade, o número e a qualidade de redes de distribuição, autenticidade e os serviços resultantes de rede e de suporte ao produto.
- 3) Os consumidores percebem os dois produtos como sendo substitutos perfeitos.
- 4) A diferença entre o custo do copista e o custo da criação independente é tão grande que o copista possa vender mais barato.
- 5) Se não houver retorno dos custos da criação independente, ninguém investiria na atividade criativa.
- 6) O criador independente pode recuperar seus custos somente por meio de vender ou licenças e não pode exercer discriminação de preços ¹⁰⁶.

A intervenção e seu custo social

A intervenção no mercado para assegurar um tipo de investimento cria um custo público, que já foi comparada a um tributo:

To begin with, a genuine "invention" (...) must be demonstrated "lest in the constant demand for new appliances the heavy hand of tribute be laid on each slight technological advance in an art." Sears, Roebuck & Co. V. Stiffel Co., 376 U.S. 225 (1964) Mr. Justice Black delivered the opinion of the Court

Com efeito, para garantir a capacidade de captar individualmente os proveitos econômicos, a criação de um direito exclusivo pelo estado retira os benefícios imediatos da dispersão de informações ¹⁰⁷; e ainda empresta a estrutura estatal sustentada pelo contribuinte para assegurar a eficácia da exclusividade.

Isso cria a necessidade de equilibrar os interesses sociais com os daqueles indivíduos que são pessoalmente favorecidos pela intervenção:

É importante notar a funcionalidade da aproximação do direito e da economia para o copyright. Os direitos exclusivos concedidos aos autores não existem em

106 GORDON, Wendy; BONE, Robert G. Copyright. Disponível em: <http://encyclo.findlaw.com/1610book.pdf>. Acesso em: 5/2/2011.

107 Quanto às questões do domínio público neste contexto, vide BARBOSA, Denis Borges. Domínio Público e Patrimônio Cultural. In: Luiz Gonzaga Silva Adolfo e Marcos Wachowicz. (Org.). Direito da Propriedade Intelectual - Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2005, p. 117-165. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/bruno.pdf>. "The public domain is now the cause célèbre among progressive intellectual property and cyber-law scholars, who extol the public domain as necessary for sustaining innovation. But scholars obscure the distributional consequences of the commons. They presume a landscape where every person can reap the riches found in the commons. This is the romance of the commons - the belief that because a resource is open to all by force of law, it will indeed be equally exploited by all. But in practice, differing circumstances - including knowledge, wealth, power, access, and ability - render some better able than others to exploit a commons. CHANDER, Anupam; SUNDER, Madhav. "The Romance of the Public Domain". California Law Review, v. 92, 2004 {<http://ssrn.com/abstract=562301>}

virtude de direitos naturais ou intrínsecos, são simplesmente meios para se chegar a um fim. Este entendimento encontra a sustentação no mandato constitucional do copyright. O Congresso recebeu poderes para decretar leis tais como o copyright com a finalidade de promover “o progresso da ciência e das artes úteis.” A Constituição não contempla conceder direitos exclusivos aos autores puramente para seu enriquecimento pessoal. Isto é consistente com uma teoria de Law & Economics para o copyright.¹⁰⁸

Sem dúvida, também no tocante aos direitos autorais se reafirma a questão *constitucional* de que eles existem não para favorecer pessoalmente o sambista ou a Metro Goldwyn Mayer, mas a sociedade como um todo na sua demanda de produção expressiva. Já o disse a Suprema Corte dos Estados Unidos:

The monopoly privileges that Congress may authorize are neither unlimited nor primarily designed to provide a special private benefit. Rather, the limited grant is a means by which an important public purpose may be achieved. It is intended to motivate the creative activity of authors and inventors by the provision of a special reward, and to allow the public access to the products of their genius after the limited period of exclusive control has expired. *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 429 (1984)

Por isso mesmo, Landes e Posner¹⁰⁹ precisam que o problema central para a formulação de um direito exclusivo sobre as produções expressivas é conseguir um *equilíbrio* entre o motivo do lucro, a barreira ao acesso criada pela exclusividade, e a demanda social a ser atendida¹¹⁰:

Uma relação entre o incentivo ao investimento em bens de criação e a barreira ao acesso à produção (...)

O problema central da lei de copyright é atingir o balanço correto entre o acesso e os incentivos. Para que a lei de copyright promova a eficiência econômica, suas doutrinas legais principais devem, pelo menos aproximadamente: (a) maximizar os benefícios de criar obras adicionais (b) minimizar *tanto* às perdas resultantes da limitação de o acesso e (c) *quanto* os custos de administrar a proteção do copyright.

Os autores tocam aqui em três diferentes questões; (a) a tese de que a intervenção estatal deve estar voltada à criação de *obras futuras*; (b) que esse incentivo deve ser construído de maneira a reduzir ao mínimo necessário a barreira de acesso que o público sofre quando a exclusiva cria a escassez da informação que, sem ela, circularia livremente; e (c) que se devem reduzir os custos de administração do sistema autoral.

108 SAG, Matthew J.. "Beyond Abstraction: The Law and Economics of Copyright Scope and Doctrinal Efficiency". *Tulane Law Review*, v. 81. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=916603>.

109 LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. *An Economic Analysis of Copyright Law* 18 J. Leg. Stud. 325, 325-33, 344-53 (1989); "For copyright law to promote economic efficiency, its principal legal doctrines must, at least approximately, maximize the benefits from creating additional works minus both the losses from limiting access and the costs of administering copyright protection."

110 "Numa simetria interessante, a lógica subjacente à Propriedade Intelectual deve ser a busca de um equilíbrio que permita a internalização dos benefícios oriundos de determinado bem intelectual produzido sem, contudo, reduzir as externalidades positivas ao ponto de anular qualquer benefício à sociedade. Logo, poderíamos entender como "poluição" do ambiente cultural o desequilíbrio causado por utilizações abusivas ou controles excessivos dos titulares de ativos intelectuais, uma vez, que a vocação natural da informação e do conhecimento é a difusão". ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro Rocha. *Ambientalismo Cultural e Propriedade Intelectual*. Manuscrito em poder de Denis Borges Barbosa.

Quanto ao primeiro aspecto, de que a exclusiva impõe uma restrição ao acesso para os fins de incentivar obras novas, temos aqui uma questão que é comum a todos os objetos da Propriedade Intelectual: o problema de competitividade. A exclusiva seria necessariamente construída - para ser socialmente eficiente - como um balanço entre as perdas de acesso presente à produção expressiva versus o ganho futuro de novas produções ¹¹¹:

Em princípio, os direitos de PI criam poder do mercado limitando a competição estática a fim promover investimentos na competição dinâmica.

O segundo aspecto, de que o direito de exclusiva diminui o acesso livre às criações, é frequentemente analisado sob o ponto de vista das eficiências da política cultural ¹¹²; mas Landes e Posner também mostram que esse é também um problema para a própria produção expressiva, quando voltada para o mercado:

(...) uma proteção desbalanceada do copyright pode realmente ser contra produtiva, aumentando o custo de expressão

Criar uma obra nova envolve tipicamente construir sobre o material do conjunto das obras pré-existentes, inclusive acrescentando expressão original a tais obras.

Uma nova obra de ficção, por exemplo, conterà a contribuição expressiva do autor, mas também caracteres, situações, detalhes da narrativa, e assim por diante, inventados por autores precedentes. Similarmente, uma nova obra musical pode incorporar mudanças de tempo e progressões harmônicas de obras anteriores.

O efeito [de uma exclusiva muito forte] seria aumentar o custo de criar novas obras - o custo da expressão, (...) e assim, paradoxalmente, talvez reduzir o número dos trabalhos criados.

Outro efeito, e importantíssimo, é o custo do direito exclusivo (e especialmente de seus recrudescimentos) no tocante à parcela das indústrias criativas que consome produção expressiva gerada fora da empresa, como insumo de sua atividade de distribuição: por exemplo, a indústria televisiva, de quem já se postulou que o aumento de proteção importa em diminuição de margem positiva ¹¹³.

111 MASKUS, Keith E.; LAHOUEL, Mohamed. Competition Policy and Intellectual Property Rights in Developing Countries: Interests in Unilateral Initiatives and a WTO Agreement. Disponível em: http://www.worldbank.org/research/abcde/washington_12/pdf_files/maskus.pdf. Acesso em: 21/02/2005. Os autores continuam: “Em mercados inovativos de produtos e de inovações dificilmente a PI resulta em poder suficiente para gerar um comportamento significativo de monopólio”. Aqui também vale notar a observação de Mathew Sag Segundo o qual o aumento de proteção que favoreça demais o autor originário vai aumentar os custos do autor subsequente: “Put simply, the efficiency of an individual copyright doctrine is determined by the extent that a change in scope it benefits first generation authors more than its costs second generation authors for a given level of copyright scope”.

112 “Externalities are ubiquitous in society, and in a wide variety of contexts, externalities are simultaneously valuable to society and yet irrelevant to investment decisions, or more generally, to resource allocation by the market”. SAG, Mathew Sag. op. cit.

113 “Nesse contexto, percebe-se que a legislação aplicável é significativamente mais eficaz (ou “efetiva”) no eixo de insumos (B2B) do que no eixo de produtos (B2C) dessas indústrias. São muitas as razões dessa assimetria, mas sua essência está na popularização das tecnologias digitais de cópia, base dos fenômenos contemporâneos da convergência e da interatividade midiática. Nessas condições, e consideradas algumas constantes, a elevação dos parâmetros de proteção intelectual, como a que se verifica desde a adoção do Acordo TRIPS da OMC, em meados da década de 1990, tende a ter um impacto direto sobre os custos de aquisição do conteúdo-insumo, mas não necessariamente sobre as receitas advindas da venda do conteúdo-produto, criando um fator de risco capaz de reduzir os incentivos aos investimentos nessa atividade

O terceiro aspecto suscitado é o dos custos de administração. A eficiência do sistema exige que obter um direito exclusivo, utilizá-lo para impedir cópias, e utilizar os meios repressivos contra os copiadorees não impossibilitem a produção em escala razoável ¹¹⁴. Como se descreve este problema? Ensina Jairo Sadi, falando do fenômeno no tocante aos custos de contratação em geral ¹¹⁵:

Cinco elementos que comporiam o custo de transação:

- custos com a atividade de busca de informações sobre o negócio pretendido;
- custos com a atividade de negociação;
- custos com a realização e formalização de contratos;
- custos com a atividade de monitoramento de parceiros, para verificar o cumprimento do contrato; e o
- custos com a correta aplicação do contrato e com a cobrança de indenização pelo eventual descumprimento.

Da uniformidade internacional da proteção como um custo social

O sistema internacional da propriedade intelectual relativos aos direitos autorais, como hoje existentes, essencialmente harmoniza as leis nacionais e uniformiza o tratamento entre os titulares nacionais e estrangeiros.

O resultado disso é que a apuração das eficiências na perspectiva posneriana se faz sem considerar se o eventual estímulo à produção expressiva resultante da exclusiva se dá *também* no contexto de uma economia nacional ou regional específica.

A racionalidade da internacionalização

Há razões para esta internacionalização do sistema. A análise que fez Edith Penrose ¹¹⁶ do sistema de patentes, justificando a necessidade inexorável de sua internacionalização pode ser evocada neste contexto.

Segundo Penrose, se há um sistema de propriedade dos bens intelectuais, ele deve ser necessariamente, internacional. O país que concede um monopólio de exploração ao titular de um uma criação intelectual está em desvantagem em relação aos que não o outorgam: seus consumidores sofrem o preço monopolista, enquanto os demais teriam o benefício da concorrência, além de não necessitarem alocar recursos para a geração de novas criações.

econômica. Nesse efeito prático, oposto ao teoricamente pretendido pela norma de propriedade intelectual, reside um paradoxo regulatório, que por suas características intrínsecas foi aqui chamado de "paradoxo da eficácia assimétrica". VASCONCELOS, Claudio Lins de, op. cit.

114 Também denominadas falhas de sistema. "As "falhas de sistema" são vicissitudes que podem resultar da fragilidade do sistema de atribuição de direitos de propriedade, devido às falhas de coordenação, à excessiva burocracia e às restrições orçamentárias impostas às organizações públicas e privadas envolvidas". DAL POZ, Maria Ester e BARBOSA, Denis Borges. Incertezas e riscos no patenteamento de Biotecnologias: a situação brasileira corrente. Propriedade Intelectual e Biotecnologia. Curitiba: Juruá, 2007, p. 93-138.

115 SADDI, Jairo. Os Custos de Transação e as Externalidades no Direito. Jornal Valor Econômico de 03 de janeiro de 2003, Caderno "Legislação e Tributos", p. E2. Quanto à questão, nota Matthew Sag, op. cit.: "An expansion of copyright scope might also increase the administrative costs of the copyright system, depending on the nature of the rule in question. For example, a rule that requires case by case adjudication would tend to cause more cases to be litigated and would thus increase state expenditure on judges, court houses, etc."

116 PENROSE, E.. La Economía del Sistema Internacional de Patentes. México : Siglo Vinteuno, 1973.

A mesma racionalidade aponta para o fato de que a internacionalização dos direitos exclusivos da tecnologia tem a vantagem de racionalizar a distribuição física dos centros produtores (na análise inspirada pela doutrina de David Ricardo). Se em determinado país a nova tecnologia pode ser melhor explorada com a qualidade da mão-de-obra local, com o acesso mais fácil ao capital financeiro e à matéria-prima, para produzir bens que serão vendidos, com exclusividade, em todo mundo, o preço e a qualidade serão os melhores possíveis.

As irracionalidades da internacionalização

No entanto, no campo da produção expressiva, condicionantes culturais de cunho local podem ser determinantes sobre quaisquer considerações de vantagem comparativa, no que – no contexto das exigências de não-discriminação dos acordos internacionais de comércio – tem-se denominado de “exceção cultural”¹¹⁷. Pode-se aumentar a produção em Hollywood, segundo o princípio ricardiano das vantagens comparativas, com isso alijando a oportunidade da produção local.

Além disso, os interesses divergentes de países importadores e exportadores de bens expressivos já justificaram a tese de que os primeiros devam estruturar uma proteção ao nível mínimo possível¹¹⁸.

Numa perspectiva dos países em desenvolvimento, mesmo sendo objeto de um regime especial de licenças compulsórias na Convenção de Berna para – em tese – compensar as desigualdades de acesso, suscitam-se igualmente as perdas resultantes da adoção de um regime internacionalizado, ao menos a curto prazo:

In the long term, stronger copyright protection may help to stimulate local cultural industries in developing countries if other conditions affecting the success of such industries are also met. But in the short to medium term, it is likely to reduce the ability of developing countries and poor people to close this gap by getting the textbooks, scientific information and computer software they need at affordable cost¹¹⁹.

Os direitos exclusivos favorecem mesmo a produção para o mercado?

Landes e Posner confessam que é difícil determinar se, no balanço, o *copyright* é uma solução eficiente. Os autores, no entanto, enfatizam que o instrumento corrige algumas

117 Vide REGOURD, S.. De l'exception à la diversité culturelle, Collection Problèmes politiques et sociaux“(La Documentation française, Paris 2004). A. Dietz, Cultural Diversity and Copyright, in: Mélanges Victor Nabhan, Hors série des Cahiers de propriété intellectuelle“ 109 (Les Éditions Yvon Blais Inc., Quebec 2004), C.B. Graber, Traditional Cultural Expressions, Copyright, Cultural Diversity and Human Rights, trabalho apresentado na ARHC Conference Copyright, Corporate Power and Human Rights“, Londres, 27 de janeiro de 2006.

118 "In particular, it has been suggested that since Australia has a net deficit of copyright royalty flows out of the country, we might — to put it baldly — benefit by free-riding on the innovative activity of the rest of the world. The ORR, for instance, has argued that Australia should not extend copyright protection beyond that actually demanded by our international treaty obligations because of the net costs of such protection.66Is the implication here that the “society” which benefits most from copyright protection would be the Western industrialised society of copyright exporters (primarily the United States and Europe)?”, RICHARDSON et alii, op. cit.. O estudo em questão é o do Office of Regulation Review, An Economic Analysis of Copyright Reform (Submission to the Copyright Law Review Committee's Review of the Copyright Act 1968 (Cth), 1995

119 Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy - Report of the Commission on Intellectual Property Rights, London, September 2002. Disponível em: <http://www.iprcommission.org>.

distorções de um ambiente econômico determinado por uma falha de mercado como a que ocorre com a produção expressiva:

- Sem proteção do copyright, os autores, os publishers, e os copistas teriam incentivos ineficientes no que diz respeito ao sincronismo de várias decisões.
- Haveria uma tendência para criar o *faddish*, o efêmero, e outras criações transitórias, porque os ganhos de ser o primeiro no mercado para tais obras excederiam as perdas da ausência da proteção do copyright.
- Haveria um deslocamento para a produção dos trabalhos que são difíceis de copiar...;
- As limitações contratuais multiplicariam em complexidade e ineficiência ¹²⁰.

Além disso, a concentração do controle do acesso às obras teria a vantagem de resolver certos problemas de uso excessivo ou uso insuficiente que certa doutrina econômica aponta como resultantes do estatuto dos bens públicos ¹²¹.

Na verdade, a prestabilidade ou não dos direitos exclusivos para suas finalidades expressas (o que é outra forma de dizer, sua eficiência) tem de distinguir entre a extensão nominal dos direitos e sua extensão pragmática.

Um problema importante neste contexto é que – até por razões de evitar os custos de transação – as leis nacionais trabalham com padronizações de direito externo quanto a prazo e escopo, enquanto que já foi determinado que o máximo de eficiência dos sistemas de propriedade intelectual presumiria prazos e escopos distintos para cada indústria, cada mercado, e cada tipo de demanda ¹²².

Do prazo

A primeira coisa a considerar é o prazo dos direitos. Em tese, ao adotar a hipótese de que a concessão se destina a propiciar *obras futuras*, qualquer duração além da vida do

120 Quanto a esse último problema, é necessário notar que alguns autores consideram que a teia contratual (entre outros instrumentos, como consolidação interna da produção nas empresas) pode na verdade corrigir certos efeitos ineficientes do excesso ou desbalanceamento de proteção. É o que nota SAG, Matthew. op. cit.. The second stage complicates the model by considering the effect of private ordering, i.e. the effective market reallocation of rights through licensing or the consolidation of production into firms. Advocates of efficient private ordering reject the automatic conclusion that increasing copyright scope is likely to increase the cost of expression more than it increases the incentive effect. They acknowledge that an increase in copyright scope may raise the cost of expression for some authors, but they argue that those costs will, on average, be off-set by their increased prospective reward”.

121 "In an approximate way, the logic of the commons has been understood for a long time, perhaps since the discovery of agriculture or the invention of private property in real estate. But it is understood mostly only in special cases which are not sufficiently generalized. Even at this late date, cattlemen leasing national land on the Western ranges demonstrate no more than an ambivalent understanding, in constantly pressuring federal authorities to increase the head count to the point where overgrazing produces erosion and weed-dominance. Likewise, the oceans of the world continue to suffer from the survival of the philosophy of the commons. Maritime nations still respond automatically to the shibboleth of the "freedom of the seas." Professing to believe in the "inexhaustible resources of the oceans," they bring species after species of fish and whales closer to extinction". HARDEN, G., (1968). "Tragedy of Commons". Disponível em: <http://dicoff.org/page95.htm>. Acesso em: 10 jan. 2007. De outro lado, vide HELLER, Michael A.. The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets, 111 HARV. L. REV. 621 (1998) que postula que o excesso de controle tem também efeitos daninhos..

122 "It has been shown, however, that the most appropriate life and strength of patent and copyright protection are contextual and vary by the product itself, the industry, and the market demand for the product". GIDDINGS, Lisa A.; SCHNEIDER, Stephen A.. Economic Dimensions of Intellectual Property. Disponível em: <http://www.nathaninc.com/sites/default/files/ccPageContentDOCFILENAME000561705546intellec.pdf>. Acesso em: 8/2/2011.

autor pouco serviria a tais propósitos; no entanto, o argumento suscitado no início da história dos direitos autorais era o do que quem se dedica a produzir obras do espírito deve poder garantir a seus descendentes uma herança comparável àqueles que se dedicam a produzir máquinas ou exportar tecidos. Assim, tranquilo, o autor poderia dedicar-se inteiramente a sua vocação.

O aumento sistemático de prazos de proteção dos 14 anos do Estatuto de Anne até os 120 após a morte de certos Tratados de Livre Comércio negociados recentemente parecem, no entanto um tanto desponderado. Certamente esse aumento gera receita quanto à obra *passada*, em princípio favorecendo ao investidor, mas não significa um incentivo de produção futura (possivelmente, o contrário).

Aliás, para qualquer análise de eficiência - do ponto de vista social - da produção expressiva *nova*, o aumento de prazo (ou mesmo a sua atual duração) parece ser irrelevante. Posner, numa proposta curiosa, alvitra que se devessem prever prazos de renovação em intervalos curtos (por exemplo... 14 anos...) de forma que as obras de mercado pudessem ter proteção eterna e as de puro interesse da cultura caíssem logo em domínio público.

O escopo dos direitos

Um segundo elemento a considerar, além do prazo, é a o escopo coberto pelos direitos de exclusiva. Por exemplo, a primeira versão do Estatuto da Rainha Anne proibia apenas a cópia literal; razão pela qual se multiplicavam as reclamações dos interessados quanto aos resumos, *abridgements*, etc., que são discutidos no capítulo relativo ao plágio.

A ampliação dos direitos em relação a algo mais do que a cópia literal (o que em direito de patentes se denomina “doutrina dos equivalentes”) certamente aumenta a possibilidade de retorno do investimento – mas só até certo ponto¹²³.

O que integra a noção de “escopo dos direitos”? Pelo menos, os seguintes fatores integrantes:

O nível mínimo de acesso à proteção

A dicotomia Ideia v. Expressão

O tratamento das obras derivadas

A questão das limitações aos direitos

A eficácia das medidas físicas de proteção contra cópia.

123 SAG, Matthew, op. cit. : “Assume for the moment that the scope of copyright was so narrow as to permit any kind of re-use of a work unless it was a virtually identical reproduction of the original work. In that case, an expansion of copyright scope would almost certainly be welfare improving, as the positive effects of increased incentives would dominate any concerns as to the increased cost of expression. In this scenario, rival publishers could reprint an author’s work with only superficial changes, thus making it more difficult for the author to recover her investment or make a profit. Expanding the scope of copyright from this narrow starting point is likely to increase the author’s ability to price over marginal cost and will create better incentives for the investment of time and resources into the production of copyrightable works. But note that because almost every copyrightable work relates in some fashion to works that preceded it, increasing copyright scope to the point of infinite breadth will increase the author’s cost of expression more than it adds to her investment incentives”.

Contributo mínimo

Muitos sistemas jurídicos criam um patamar mínimo de contribuição aos requisitos expressivos da sociedade para que se atribua proteção. Assim, os direitos exclusivos só são conferidos a criações expressivas cuja produção justifique o custo social da exclusão. Vide, quanto a isso, o que se discute nos capítulos deste livro dedicados à autoria, originalidade e forma livre ¹²⁴.

O problema quanto a essa forma de filtro de acesso à exclusiva é – entre outros – o de que grande parte da produção tutelada pelos direitos autorais presume exatamente a existência da *inovação mínima* que lhe assegure acesso a um mercado amplo.

Alguns sistemas nacionais criam, a par dos direitos autorais, outro sistema de tutela, baseado, por exemplo, no *lead time*, para assegurar aos investidores em bens informacionais de pouca contribuição, mas de custo considerável, alguma forma de superação da falha de mercado ¹²⁵.

Pertinência ao sistema

Com a oferta de múltiplos sistemas de proteção através de direitos exclusivos, a eficiência social de cada um deles presume que somente certos objetos (no nosso caso, as criações expressivas) se submeterão ao regime pertinente. Os demais serão remetidos aos outros sistemas e suas racionalidades peculiares, ou mantidos no regime de dispersão informacional (como ocorre na hipótese estudada a seguir).

Ideias

Como nota Landes e Posner,

(...) a proteção das ideias (...) incentivaria a busca pela renda não produtiva. Já que os custos de desenvolver uma ideia nova são provavelmente mais baixos - na maioria de casos - do que a receita potencial de licenciar a ideia a terceiros, haveria uma arremetida alucinada no sentido de desenvolver e proteger ideias. Os investimentos seriam sugados em ideias de mínima importância, e as ideias desenvolvidas assim seriam protegidas na esperança que um autor menos engenhoso pagasse por seu uso.

E enfatizando o custo dessa proteção exatamente nas produções de inovação mínima destinadas ao mercado:

124 "In the past the economist's view has commonly been that, provided not too much is expected of the skill element, this is broadly consistent with the economic idea that the protection encourages innovation not creativity per se. But a higher standard of originality applies in the United States, where mere "sweat of the brow" productions are excluded, and in Europe, where the standard is generally one entailing personal intellectual effort. (...) But there are problems also associated with expecting courts to assess the significance of intellectual effort. The transaction costs associated with such a nebulous and subjective standard could be very high", RICHARDSON et alii, op. cit..

125 "In Germany, it is expressly stated in copyright law that protectable works are only personal intellectual creations. The case law shows that thanks to the so-called *kleine Münze* (small change) doctrine, an "easy" copyright has always been granted to catalogues, price lists, and other trivial works such as address books or directories". CERINA, Paul. The Originality Requirement in the Protection of Databases in Europe and the United States, IIC 1993 Heft 5 579. Vide SCHULZE, "Die kleine Münze und ihre Abgrenzungsprobleme bei den Werkarten des Urheberrechts", HochschulVerlag in Freiburg, (1983) e a Decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, 1 BvR 1571-1502. Disponível em: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20050126_1bvr157102.html. Outro exemplo é a proteção de certos desenhos industriais não registrados, garantido no sistema europeu pelo Regulamento (CE) n.º 6 / 2002 de 12 de Dezembro de 2001.

(...) Embora o desenvolvimento de ideias novas fosse acelerado, sua disseminação poderia não ser. A maioria dos trabalhos de ficção que induzem cópia são concebidos para um público de massa – ou seja, devem usar os caracteres e as situações já em estoque a fim serem compreendidos. Para dar ao autor de uma obra que incorporasse essas “ideias” (como se fala no mercado) proteção além da forma em que ele as molda em uma novela particular ou história (“expressão”) aumentaria o custo da expressão de uns autores mais recentes sem gerar benefícios correspondentes.

Uma série de outras doutrinas do direito autoral também tem merecido estudo específico
126

Obras derivadas

A questão da proteção em face de obra derivadas se centra no fato de que elas estendem o monopólio do autor em mercados além do mercado da obra original. Assim, o titular dos direitos se assegura do controle sobre os usos de sua obra que não servem como substitutos para a obra original¹²⁷ e que exigem investimento independente do autor da obra derivada.

Por exemplo, o autor de um romance tem direito a impedir a produção de filmes baseados em sua obra. Em consequência, recebe retorno econômico não somente do mercado original, mas também do mercado derivativo para películas¹²⁸. Assim, a exigência de se submeter ao mesmo regime os usos meramente reprodutivos (a colorização de filmes e preto e branco, citada em outro capítulo deste livro) e usos realmente transformativos importa em uma ineficiência considerável.

Limitações

As limitações ao direito de autor têm sido descritas como oportunidades imanentes de uso do objeto protegido em face de interesses constitucionalmente protegidos que, no contexto específico, preponderam sobre a exclusividade deferida ao titular.

126 Por exemplo, quanto recusa de proteção a simples fatos, HUGHES, Justin. Created Facts and the Flawed Ontology of Copyright Law, 83 Notre Dame L. Rev. 43 (2007-2008). Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/tnd183&div=9&id=&page=>

127 “The Supreme Court has drawn a distinction between derivative uses that are “reproductive” and those that are “transformative.” Reproductive uses are those that simply make a verbatim copy of the original work. As such, they are thought to be more likely to compete directly with the original work on which they are based. Transformative use combines the existing work with other elements to create a new work. Derivative uses that are transformative are often thought to be less likely to compete with the original. In addition, protecting transformative uses is often regarded as being more consistent with the goals of copyright, since they necessarily involve additional creativity. Narrowing the derivative use right with respect to transformative works would arguably foster new creativity while having less of an adverse impact on the incentives to create the original work.” YOO, Christopher S.. Copyright and Public Good Economics: A Misunderstood Relation. University of Pennsylvania Law Review, v. 155, 2007; Vanderbilt Public Law Research Paper No. 06-22; Vanderbilt Law and Economics Research Paper No. 06-22. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=948229>

128 GORDON; BONE, op. cit.. "The right over derivative works extends the author's monopoly into markets other than the market for the original work. It does this by giving the author control over copies (uses) of her work that do not serve as substitutes for her original work and which are costly for the maker of the derivative work to produce. For example, the author of a novel has a derivative work right that gives her control over movies based on her novel. As a result, she receives an economic return not only from the original market for novels but also from the derivative market for films. In such cases, virtually none of the core prisoner's-dilemma conditions apply. Even if the law did not vest control over derivative works, authors might still be able to recoup their fixed costs by selling copies in the original market (for example, the market of book buyers). As a result, whether the grant of a derivative-work right is necessary to bring forth cost-justified new works is highly debatable (Landes and Posner, 1989; Gordon, 1992b)".

Já dissemos que ¹²⁹:

As limitações legais em matéria de propriedade intelectual – patentes, registro de cultivares, direitos autorais, etc. - representam uma conciliação entre interesses constitucionais fundamentais. De um lado, a esfera moral e patrimonial da criação humana, protegida pelo texto básico; de outros, interesses tais como a tutela à educação, o direito de citação, o direito à informação, o cultivo das artes no ambiente doméstico, etc.

Argumentar-se-ia, talvez, que tais limitações seriam tomadas sempre como exceções, a serem restritamente interpretadas. Mas exceções não são, e sim confrontos entre interesses de fundo constitucional. Como já tive também a oportunidade de considerar, citando Canotilho: “As ideias de ponderação (Abwägung) ou de balanceamento (balancing) surge em todo o lado onde haja necessidade de “encontrar o Direito” para resolver “casos de tensão” (Ossenbühl) entre bens juridicamente protegidos. (...)”

Assim, não é interpretação restrita, mas equilíbrio, balanceamento e racionalidade que se impõe. Outra ponderação que se poderia fazer é que a interpretação se faria sempre em favor do autor. Assim, sempre se restringiriam as limitações ao direito autoral do art. 46 à sua expressão mais augusta. Porem não se argua de outro lado, o intuito protetor da lei autoral, que faz interpretar em favor do autor as disposições negociais. No caso, não estamos interpretando negócios jurídicos, mas texto legal, e existem dois objetos de tutela igualmente dignos de proteção – a criatividade e a fruição pública da arte. Assim, a racionalidade e a funcionalidade são os critérios heurísticos relevantes, não o viés *pro autorem*, que se aplica no contexto privado.

As limitações aos direitos autorais, na esfera internacional, seguem a chamada regra de três passos, assim configurados ¹³⁰:

Convenção de Berna, 9.2: Às legislações dos países da União reserva-se a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras em certos casos especiais [1º passo], contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra [2º passo] nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor [3º passo].

TRIPS/ADPIC art. 13: “Os Membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais [1º passo], que não conflitem com a exploração normal da obra [2º passo] e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito [3º passo].”

Assim só seria admissíveis limitações nos casos *especiais* (ou seja, restritos e claramente definidos); e não seria possível qualquer limitação que não fosse casuística.

129 BARBOSA, Denis Borges. (1999) Direito Autoral - Apresentações Gratuitas. Disponível em: http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/2980/DIREITO_AUTORAL_-_APRESENTACOES_GRATUITAS. Acesso em: 7/2/2011.

130 Sigo aqui a definição jurisprudencial do caso case WT/DS160, de 2000, como comentada por Ginsburg, Jane C., Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the 'Three-Step Test' for Copyright Exceptions. *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, January 2001. Encontrado em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=253867> or DOI: 10.2139/ssrn.253867. Sobre as críticas à regra dos três passos no campo autoral, vide Declaração sobre o “Teste do Três Passos” do Direito do Autor. *Revista da ABPI*, (98): 63-67, jan.-fev. 2009. (Documento).

Superado tal *passo*, verificar-se-ia se a limitação afeta a *exploração normal* da obra. “Normal” inclui, no caso, tanto o que vem ocorrendo no mercado, como o que potencialmente possa vir a ocorrer; a regra é que a limitação não possa transformar o seu beneficiário em competidor do titular dos direitos ¹³¹.

Superado o segundo passo, considera-se então se a limitação pertinente aos *interesses legítimos* do titular. Os “interesses” podem ser patrimoniais ou de outra natureza. “Legítimos” serão tanto os interesses decorrentes de norma jurídica, quanto aqueles *não conflitantes* com o sistema jurídico. A noção do que é “injustificadamente” seria distinta do simplesmente razoável: pode-se admitir, por exemplo, uma certa perda de receita em favor de outros objetivos da lei nacional, mas se a lesão for considerável, há que instituir alguma forma de compensação.

É nesse contexto que se torna preciosa a análise de cunho econômico de Gordon e Bone:

A ideia básica é tornar lícita a cópia sempre que os obstáculos à entrada no mercado sejam tão elevados que frustrassem o acesso através de licenciamento, venda, ou outras modalidades de transferência consensual.

Se um mercado não se desenvolva para uma obra ou um uso criativo em razão dos elevados custos de transação, a proibição de cópia não tem sentido econômico.

Tal proibição impediria usos sociais importantes sem nenhum retorno monetário aos criadores.

Além de se voltar à questão do custo de transação, as limitações também têm respondido a outras imperfeições do mercado tais como as externalidades benéficas que a ação do copista gera efeitos econômicos que distorcem a motivação de consumo e tornam obscuras as razões de maximização da utilidade, ou a presença de interesses não-patrimoniais .

As questões do custo de transação

Também integra o escopo *pragmático* do direito de exclusiva os custos e possibilidades da implementação das exclusivas. Com efeito pode ser impossível exercer o direito de exclusiva, seja por não haver interesse na repressão (camelôs, falta de fundos para responder à sanção), não haver meios institucionais (por exemplo, falta de repressão policial), ou – fenômeno que estudaremos logo a seguir) pela inexistência de *gatekeepers*: (editores respondem por consumidores... mas fazendeiros são numerosos demais para processar...) ¹³².

Num contexto de produção de conteúdo, por exemplo, por empresas televisivas, a doutrina aponta ainda como relevante os custos de *clearance* (ou seja, a determinação de inexistência de direitos de terceiros sobre o material utilizado como insumo criativo), e outros do mesmo gênero. Assim, temos igualmente um custo de transação que poderíamos descrever com *iatrogênico* causado pela complexidade e incerteza dos

131 Paine: “all forms of exploiting a work, which have, or are likely to acquire, considerable economic or practical importance, must be reserved to the authors.” “Thus, it appears that one way of measuring the normative connotation of normal exploitation is to consider, in addition to those forms of exploitation that currently generate significant or tangible revenue, those forms of exploitation which, with a certain degree of likelihood and plausibility, could acquire considerable economic or practical importance.” Decisão, par. 6.179 e 6.180.

132 KRAAKMAN, Reinier H.. Gatekeepers: The Anatomy of a Thirdparty Enforcement Strategy. 2 J. L. Econ. & Org. 53, 53–54 (1986).

direitos de exclusiva, que se exerce nas fases subsequentes do processo de produção expressiva ¹³³.

Neste contexto, muito se indica como relevante a função da regulação privada ¹³⁴, através de sistemas contratuais, da existência de instituições como o ECAD, etc.

Quando uma obra seria criada

Passemos daqui em diante a resumir, em alguns aspectos cruciais, a análise de Landes e Posner quanto ao tema ¹³⁵. Dentro da racionalidade dessa análise, só haveria criação de uma obra – quando ela é destinada ao mercado – quando se *espera* um retorno que compense seus custos.

Retornando ao que mencionamos logo acima, os custos de produção neste contexto são:

- Custo da expressão (custo fixo) ¹³⁶
- Custo da cópia (em tese, variável)

Para que uma obra nova seja criada, o retorno previsto deve exceder o custo previsto. O editor fará cópias até o ponto onde o custo marginal de uma mais cópia igualar seu rendimento marginal previsto ¹³⁷.

No entanto, sempre haverá uma assunção de risco quanto ao sucesso ou não do lançamento da obra no mercado; os autores notam que - já que a decisão de criar a obra deve ser feita antes que se saiba a demanda para cópias -, a obra seria criada somente se a diferença entre rendimentos previstos e o custo de fazer cópias iguala ou excede o

133 “Assim, além dos custos diretamente relacionados com a remuneração das cessões, licenciamentos e autorizações de uso, é preciso considerar uma série de “custos de transação”, representados, por exemplo, pelos esforços de identificação dos itens passíveis de proteção e seus respectivos titulares; pela análise do risco jurídico envolvido no uso não-autorizado; e pelo tempo, mão de obra e outros custos associados à negociação com cada um desses titulares. Em muitas situações, os custos de transação podem ser maiores que o custo de aquisição do direito em si, o que nem sempre encoraja medidas elisivas no setor.” VASCONCELOS, op. cit., loc. cit.

134 Private ordering (± Auto-regulação) é o processo de criação de normas sociais pelas partes envolvidas numa atividade regulada (em alguma maneira), e não pelo Estado. A finalidade do processo é alcançar objetivos públicos, tais como a eficiência, realçando o mercado, e protegendo direitos. (vide Sadi, op. Cit. Quanto à questão, menciona-se mais uma vez Sag, Matthew J., "Beyond Abstraction: The Law and Economics of Copyright Scope and Doctrinal Efficiency". Tulane Law Review, v. 81. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=916603>

135Um resumo dos aspectos formais da análise disponível em: <http://www.ucm.es/info/econap4/english/erasmus/Materiales/landesandposnercopyright.pdf>, a que remetemos o leitor.

136 Cabe aqui repetir o que já se citou: “Landes and Posner, An Economic Analysis of Copyright Law, op. cit: “The cost of producing a book or other copyrightable work (we start by talking just about books and later branch out to other forms of expression) has two components. The first is the cost of creating the work. We assume that it does not vary with the number of copies produced or sold, since it consists primarily of the author’s time and effort plus the cost to the publisher of soliciting and editing the manuscript and setting it in type. Consistent with copyright usage we call the sum of these costs the “cost of expression.”. Um aspecto curioso é o impacto da mutação da tecnologia sobre este custo: grande parte dos estudos centra sobre a questão tecnológica impactando os custos de distribuição. Vide PAPASTERGIOU, Fotis. The record industry: Digitalization and the Cost of Expression, Dissertação de mestrado na Universidade Erasmus, de Rotterdam, 2009. Disponível em: http://oaithesis.eur.nl/ir/repub/asset/6335/FP_Master_Thesis.pdf. Acesso em: 6/2/2011.

137 O custo marginal é a mudança no custo total de produção advinda da variação em uma unidade da quantidade produzida. Matematicamente, a função de custo marginal (C_{mg}) é expressa como a derivada da função de custo total (CT) sobre a quantidade de produção (Q): $C_{mg} = \frac{dCT}{dQ}$

custo da expressão, *tal como percebidos pelo empreendedor* que lança no mercado a obra reproduzida:

A incerteza sobre a demanda é um problema particularmente sério com respeito às obras artísticas, tais como livros, aos jogos, aos filmes, e às gravações. Mesmo com proteção do copyright, as vendas podem ser insuficientes cobrir o custo da expressão e podem mesmo não cobrir o custo variável de fazer cópias. Assim, a diferença entre o preço e o custo marginal da obra bem sucedida não deve somente cobrir o custo da expressão, mas também compensar o risco de insucesso.

Os custos irão, obviamente, condicionar os preços. No entanto, é crucial nesse contexto perceber o efeito importante, quanto ao retorno do investimento, da possibilidade de efetuar discriminação de preços:

(...) para muitos tipos de propriedade intelectual alguma discriminação do preço pode ser possível porque as obras individuais não são substitutos perfeitos e a arbitragem é controlável.

Assim, um publisher do livro fará geralmente preços mais elevados para edições de capa dura e reduzirá mais tarde o preço para as pessoas que querem esperar a edição de bolso aparecer. Similarmente, os preços cobrados para quem expõe primeiro o filme serão geralmente mais elevados do que os preços no aftermarket (televisão a cabo, DVD, e televisão aberta) ¹³⁸.

Outra coisa ainda é considerar o fenômeno (um tanto curioso para quem defende a soberania do autor e a unicidade demiúrgica da obra) de que o mercado determina competição entre obras análogas:

(...) a demanda para cópias de certa obra depende não somente do número das cópias, mas do número de obras disputando o mesmo mercado.

Quanto maior o número de tais alternativas (anteriores e presentes), menor a demanda para cada obra individual. Assim, o número das obras e o número das cópias por obra serão determinados simultaneamente, e o efeito líquido desta interação será reduzir o número das obras criadas ¹³⁹.

A doutrina do efeito indutor

Nossa questão aqui é a real eficácia do direito autoral em estimular a *produção expressiva*. Como é essa nossa perspectiva neste estudo, cabe aqui demorarmos um tanto nesta análise.

138 “An efficient pricing model is rather one that would permit copyright owners to charge different prices corresponding to the different values that different users or classes of users apparently place on the use. Low value as well as high value users can gain access to the information product when under a single price model the high value users would have been prepared to pay more and the low value users would be excluded. While no pricing model can capture all the social benefits associated with the use of copyright material (and the risk is that in seeking to do so some valuable uses may actually be precluded), it is feasible to construct a model which can distinguish between high and low value uses and price accordingly.”, RICHARDSON et alii, op. cit.

139 “A copyright owner may in practice have no more market power than a restaurant located on a street. There are often substitute products available that limit a copyright owner’s ability to raise prices and exclude use”. RICHARDSON et alii, op. cit., loc. cit.

A tese do número absoluto de obras

Como mencionamos no início deste texto, cabe aqui discutir a tese de que a criação de uma exclusividade de direito estimularia a produção do *número absoluto* de novas obras¹⁴⁰. Algumas considerações históricas põem a prova essa tese¹⁴¹.

O período anterior à coletivização de a criação dos monopólios privados autorais, em especial o período do início do século 17 aos fins do século dezoito, testemunha um interessante o fenômeno da fusão dos papéis do autor e do empresário ou editor, como notamos acima. Importantes autores musicais ou dramáticos, e citamos especialmente Handel, Vivaldi e Telemann¹⁴², assumiram a produção de seus espetáculos¹⁴³ e a publicação de suas obras. Compunham, conduziam a orquestra e liam diretamente da partitura original. Controlando assim fisicamente os originais de suas peças, compensavam em parte a falta da exclusiva¹⁴⁴.

Mas é outra peculiaridade da produção desses autores-empresários que tem especial interesse para a análise econômica da produção expressiva.

Tendo como fonte crucial de renda o pagamento dos ingressos pelo público de seus espetáculos¹⁴⁵, tais autores (e muitos outros de seu tempo) compunham e

140 É essa a afirmação canônica que se estende entre os economistas desde PLANT, Arnold. (1934). *The Economic Aspects of Copyright in Books*, London School of Economics Series of Reprints, n° 16, p. xxv-xxvi. Disponível em: <http://www.compilerpress.ca/Competitiveness/Anno/Anno%20Plant%20Copyright.htm>. Acesso em: 1/2/2011.

141 A análise completa destas considerações históricas estão em *On Artifacts and middlemen*, op. cit., fonte da qual se cita extensamente a seguir.

142 Citam-se aqui apenas os mais famosos, ou os de preferência deste autor como instrumentista. Era um padrão europeu na época. Graupner compôs pelo menos 2000 obras, dos quais 113 sinfonias, 85 ouvertures (suites), 44 concertos, 8 operas, 1418 cantatas religiosas e 24 seculares, 66 sonatas, 44 concertos, e 40 partitas para cravo; a produção reflete o período em que compunha para o mercado (a ópera de Hamburgo, onde dividia encargos de instrumentista com outro colega da Faculdade de Direito local – Handel), mas representa especialmente a demanda do regime de mecenato posterior à falência de tal teatro de ópera. Albinoni compôs 50 óperas; Johann Adolph Hasse 120; Johann Joachim Quantz 300 concertos; Alessandro Scarlatti 100 óperas; Cimarosa 101, etc – sempre usando como metodologia de escolha o fato do autor do presente estudo ter sido executante das obras dos autores, e não qualquer pesquisa para o Guinness.

143 Quanto a Vivaldi, vide Pincherle, Marc. *Vivaldi: Genius of the Baroque*. 1 ed., 1957, 279 pages. Translated from the French by Ch. Hatch. Heller, Karl. *Antonio Vivaldi: The Red Priest of Venice*. English edition, 1997, 360 pages. Talbot, Michael. *Vivaldi*. Second edition, 1993, 256 pages, encontradas em <http://www.anima-veneziana.narod.ru/index.html>, visitado em 24/1/2011. De uma carta transcrita por Pincherle: “Vivaldi writes excitedly from Verona, where his new opera (Catone in Utica) is enjoying great success, having covered its costs after only six performances. (...) He boasts of being an independent entrepreneur, capable of meeting costs from his own pocket without taking loans (3 May 1737)”

144 Da rejeição a publicação de obras, em face da venda de originais copiados a mão, vide a correspondência citada por Pincherle: “I had this day some discourse with your friend Vivaldi who told me that he had resolved not to publish any more concertos, because he says it prevents his selling his compositions in MSS which he thinks will turn more to account; as certainly it would if he finds a good market for he expects a guinea for every piece. Perhaps you might deal with him if you were here to choose what you like, but I am sure I shall not venture to choose for you at that price. I had before been informed by others that this was Vivaldi’s resolution. I suppose you already know that he has published 17 concertos.”

145 Além de contratos permanentes de emprego com personalidades principescas e comunidades locais, a venda de originais para serem executados por esse tipo de demanda integrava a economia dos produtores da época. A impressão de música, que era anteriormente feita com tipos móveis (tecnologia de Attaignant do sec. XVI) passou então por uma mudança tecnológica, concomitante à prevalência da indústria impressora holandesa – que copiava livremente as obras disponíveis. Vide a nota anterior. Aliás, os próprios compositores aproveitavam livremente as composições dos outros, não só por transformação criativa (como JS Bach, que canibalizou bastante de Vivaldi) como pela prática do *pasticcio*, ou construções de operas e outras realizações, aproveitando peças alheias, normalmente as de maior sucesso de público no momento

representavam novos concertos, oratórios, e óperas em quantidade inacreditável para os padrões atuais.

A mais marcante característica desses criadores voltados para o mercado foi sua produtividade alucinante. Vivaldi compôs mais de 500 concertos, 43 óperas, publicou mais de 100 opi durante sua vida (o total catalogado, segundo Ryom-Verzeichnis, é de 812). Handel encenou 50 das suas óperas, 23 oratórios (versões religiosas da mesma coisa) e um grande número de concertos ¹⁴⁶. Telemann fez brotar um recorde Guinness de mais de 8.000 opi ¹⁴⁷.

O tamanho da produção de Beethoven – já operando sob alguma proteção de direitos autorais - é 849 opi, dos quais 8 concertos e 9 sinfonias 9. Esses números podem ainda não refletir o novo enquadramento jurídico, mas certamente o tempo de Gershwin operava sobre completo impacto de exclusivas autorais: só 19 peças clássicas, 35 shows da Broadway inteiros, e mais de contribuições para outros 22 execuções; e sete filmes. Leonard Bernstein fez três sinfonias, duas óperas e cinco musicais, uma carga de trabalho ridículo em comparação com seus antecessores barrocos; mas ganhou nove Grammy e duas Tonies e, provavelmente, frui a renda resultante.

Vamos tomar agora um grupo de teste de contemporâneos de Bernstein e Gershwin, produzindo aproximadamente para o mesmo tipo público; são os compositores do espaço soviético.

Em ambientes que não seriam exatamente iguais ao mercado onde operavam seus colegas americanos, Aram Khachaturian (um compositor de qualidade global, utilizado sem pagamento Stanley Kubrick em seu filme de 2001) supriu ao mundo três balés, seis concertos, três sinfonias, 23 concertos e peças de música de câmara, composições para 13 filmes e arranjos para mais 15 filmes, em um total de total 108 OPI. Sergei Prokofiev produção compreende 138 opi, 81 deles sob o modo soviético de produção, e sete filmes, incluindo as obras de Alexandre Nevski e Ivan o Terrível. Dmitri Shostakovich produziu de 147 opi.

Tais dados são compatíveis com a conclusão de que o pleno efeito dos direitos exclusivos de autor numa economia de mercado, enquanto que certamente assegura melhor qualidade de vida aos criadores, ao mesmo tempo priva a sociedade de criações de alta qualidade, nos números fornecidos por Vivaldi e seus colegas.

Assim, parece discutível que o efeito do direito de exclusiva tenha como efeito característico o estímulo ao número absoluto de obras produzidas. Conclusões comparáveis a que acabamos de chegar podem ser extraídas do estudo de Frederic

146 Mesmo antes de existir direitos exclusivos em favor de compositores e autores dramáticos (ver Boncompain, J. (2002) *La Révolution des Auteurs*. França: Fayard., op. cit., p. 40), havia disposições contratuais prevendo pagamento fixo ou variável, calculado sobre as receitas de bilhetes para os compositores e, em alguns casos, também para os executantes: Handel legou aos seus herdeiros o direito sobre execuções públicas de sua obra "Messias". Vide, CAVALLI, J.. *Génesis del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de Septiembre de 1886*. (2006), p. 40. Vale mencionar que disposições contratuais também foram a maneira alternativa de proteção para o período em que o software não contava com a proteção de direitos autorais: DAVIS, Samuelson; Kapor e Reichmann, A. (1994), *Manifesto Concerning the Legal Protection of Computer Programs*, 94 *Col.L.Rev.* 8, 2308, 2339. *supra* nota 5, p. 2373: "Initially, software was delivered physically whit a mainframe machine during the installation and acceptance process. Given the high cost and relative infrequency of the transactions involved in buying a mainframe, traditional contract and trade secrecy law provided sufficient protection for innovation".

147 Na verdade o recordista é um compositor obscuro do sec. XIX, Simon Sechter, professor de Schubert e Bruckner, e teórico musical, que não teve qualquer projeção no mercado musical.

Scherer sobre Verdi: o direito autoral, até pela garantia de um retorno mais controlável, pode e tende a levar à diminuição do *número absoluto* de obras produzidas ¹⁴⁸.

A tese da obra efêmera

A produção musical na época reportada do sec. XVIII tinha muito do que ocorre com o ciclo curto da moda; o público consumia as composições correntes, com frequentes mudanças de gosto ¹⁴⁹ e, diferente do que hoje ocorre, sem consumir em ampla extensão a música dos séculos anteriores ¹⁵⁰.

Desta feita, criavam uma giratória de ciclos de consumo - como ocorre na mutação semanal dos filmes em cartaz - explorando eficazmente um mercado limitado. Mas simultaneamente impedia a competição de copiadores, através da exploração do *lead time* ¹⁵¹, a renovação incessante da criação criando uma obsolescência em ciclo curto. Como ocorre com a indústria da moda, que essencialmente não se fia no sistema da propriedade intelectual ¹⁵².

Este panorama é refletido, negativamente, na noção de Landes e Posner, segundo a qual a inexistência de direitos autorais importaria na produção contínua de obras de consumo

148 O mérito de Scherer foi superar a análise um pouco “post it propter it” que resulta de nossas considerações acima. Ele diz; “Verdi’s abundant surviving correspondence makes it clear that the maestro viewed opera composition as exhausting drudgery. As his wealth accumulated, Verdi reduced his compositional effort — from 14 operas in the 1840s to seven in the 1850s, two in the 1860s, and one each in the succeeding three decades. The reduction in effort cannot be attributed to declining ability; some of Verdi’s great operas are among the handful of late compositions. Rather, his correspondence makes clear, the higher “price” elicited for each opera made it possible to reduce effort along a classic backward-bending supply curve.” SCHERER, Frederic M.. The Emergence of Musical Copyright in Europe from 1709 to 1850 (December 20, 2008). Review of Economic Research on Copyright Issues, v. 5, n°2, 2008, p. 3-18. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1336802>

149 Ainda do livro de Pincherle, uma carta de Brosses, datada de 29 de agosto de 1739 menciona os anos finais de Vivaldi: “To my great astonishment, I have found that he is not as well regarded as he deserves in these parts, where everything has to be fashionable, where his works have been heard for too long, and where last year’s music no longer brings in revenue”. Fenômeno similar ocorreu com muitos de seus contemporâneos, especialmente JS Bach.

150 O que passou a acontecer especialmente depois que as formas de desconstrução de linguagem pós-Schoenberg alienaram a música corrente de parte significativa do público. “When a great deal of modern music resulted in the alienation of the public at large, [William] Schuman remained an advocate for the emotive aspect of music, eschewing the purely formulaic or serial modes of composing in favor of a more “accessible” “syntax”. Disponível em: http://www.newworldencyclopedia.org/entry/William_Schuman. Acesso em: 2/2/2011.

151 Supondo a inexistência de uma barreira artificial de entrada (como uma exclusiva autoral) o tempo necessário para um copista entrar no mercado, passando a competir com o criador. Vide o documento da OMPI Intellectual Property (Ip) Rights And Innovation In Small And Medium-Sized Enterprises: “Given some of the barriers faced in using the patent system, SMEs often use alternative means of appropriating their innovations. Some of the alternatives to patenting include secrecy, exploitation of lead-time advantages, moving rapidly down the learning curve, use of complementary sales and service capabilities, technical complexity, on-going innovation, relationships based on trust and use of trademarks to differentiate their products from those of imitators. It is often noted that secrecy and lead-time advantages may be the most common way of appropriating innovations among firms, particularly (though not exclusively) among SMEs”. Disponível em: http://www.wipo.int/sme/en/documents/pdf/iprs_innovation.pdf. Acesso em: 22/5/2007.

152 “Why, when other major content industries have obtained increasingly powerful IP protections for their products, does fashion design remain mostly unprotected - and economically successful? The fashion industry is a puzzle for the orthodox justification for IP rights. This paper explores this puzzle. We argue that the fashion industry counter-intuitively operates within a low-IP equilibrium in which copying does not deter innovation and may actually promote it. We call this the piracy paradox”. Raustiala, Kal and Sprigman, Christopher Jon, The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design. Virginia Law Review, Vol. 92, p. 1687, 2006; UCLA School of Law Research Paper No. 06-04. Encontrado em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=878401>

instantâneo, efêmeras, ou transitórias¹⁵³. A inexistência de uma barreira à livre cópia impossibilitaria o investimento a longo prazo em obras de impacto duradouro.

Tal pressuposto recebeu observações no tocante a certas formas improvisatórias (que na nossa classificação seria do modelo presencial), como o *blues*, a aplicação de uma exclusividade autoral impediria, e não propiciaria a estabilidade do tipo produção¹⁵⁴.

Outros estudos documentam a continuidade do uso de obras – mesmo em produções destinadas ao mercado de consumo – mesmo ao fim da proteção por direito exclusivo. Assim, o uso de músicas de sucesso após a expiração o direito autoral em filmes, e o mesmo se notou em livros *best sellers*¹⁵⁵.

A nemésia, ou a massificação da reprodução em massa

O sucesso relativo do direito de autor para garantir retorno no modelo de reprodução de incentivar a produção de resultados expressivos em parte considerava do número limitado de mediadores em cada mercado. A demanda de *funding* tende a ser muito maior para a realização de meios técnicos de reprodução do que o custo de expressão. Há muito menos agentes de mercado dispostos a tomar risco por uma atividade editorial, do que poetas com inspiração.

A questão principal aqui, entretanto, é que os meios tecnológicos de reprodução têm sido – durante quase toda a história dos direitos autorais – coisas relativamente caras e muitas vezes sujeitas a um controle político. A tecnologia era um fator dispendioso, mesmo para os caronas que não assumiam o custo de expressão e os riscos de rejeição dos consumidores. O número de possíveis copiadotes não autorizados foi sempre bastante reduzido.

Por todo esse período, a escassez de detentores da tecnologia de reprodução permitiu um controle eficiente: como é ineficiente brigar contra todos os consumidores que liam romance em cópias piratas, os titulares de direitos podiam escolher o seu concorrente

153 "It is easy to note particular distortions that copyright law corrects. Without copyright protection... there would be increased incentives to create faddish, ephemeral, and otherwise transitory works because the gains from being first in the market for such works would be likely to exceed the losses from absence of copyright protection. LANDES, William M.; POSNER, Richard A.. An Economic Analysis of Copyright Law, 18 J. LEGAL STUD. 325, 331–32 (1989)

154 "In fact, as the blues example illustrates, under some circumstances intellectual property and related law does more to encourage cultural durability when it chooses not to protect cultural products". MADISON, Michael J.. Intellectual Property and Americana, or Why IP Gets the Blues. Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal, v. 18, 2008, p. 677; U. of Pittsburgh Legal Studies Research Paper n° 2008-12. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1124097>.

155 "The study of the most popular musical compositions published from 1913-32 as they appear in movies from 1968-2007 suggests that the film market for public domain music functions as efficiently as the market for copyrighted music without any special governmental intervention, such as retroactive copyright term extension. This confirms similar research conducted on the exploitation of bestselling fiction from the same era. These studies cannot prove that copyright protection beyond that necessary to stimulate the creation of a work in the first instance is never necessary, but they suggest that the over- and under-exploitation hypotheses are over-stated". HEALD, Paul J.. Testing the Over- and Under-Exploitation Hypotheses: Bestselling Musical Compositions (1913-32) and Their Use in Cinema (1968-2007) (April 1, 2008). U of Chicago, Public Law Working Paper n° 234; U of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 429; University of Georgia School of Law Legal Studies Research Paper No. 1115405; 3rd Annual Conference on Empirical Legal Studies Papers. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1115405>.

não-autorizado como o alvo dos seus ataques, fechando o derramamento do dique com um dedo só ¹⁵⁶.

A estratégia que faz Propriedade Intelectual eficaz é exatamente isso: atacar os *gatekeepers*. A multidão de agricultores cria às vezes uma situação impossível fazer valer os direitos dos titulares de variedades vegetais, a falta de recursos para pagar indenização faz que os camelôs sejam péssimos réus em ações de violação de marcas ¹⁵⁷, e o uso da polícia para tirar pirata das ruas vai consumir recursos dos contribuintes.

A verdade é que os direitos exclusivos da Propriedade Intelectual são ferramentas que só funcionam num ambiente de concorrência no mercado. Durante quase toda a história os direitos autorais, os consumidores nunca puderam copiar as obras expressivas de tal forma a competir eficazmente com o mediador em seu mercado.

O questionamento da eficácia do direito autoral (agora, mais pelos “otimistas” do direito) surgiu com estardalhaço na proporção em que as “técnicas” de reprodução se tornaram disponíveis para o público consumidor. O capital levantado por Gutemberg para instituir sua indústria de livros não mais é necessário como uma atividade especializada de investimento e – mais – os meios técnicos disponíveis permitem (em alguma extensão) a cada um até mesmo competir com o titular dos direitos em seu mercado.

Um discreto ocaso do autor singular

Também é importantíssimo neste contexto o fenômeno da diluição da autoria singular, *romântica* e subjetiva, objeto de outro capítulo deste livro. Aproveitando-se dos meios resultantes da revolução digital, torna-se mais relevante para a produção intelectual, inclusive expressiva, a agregação de criadores individuais em organizações complexas para geração de obras de elevada complexidade.

Quando essa organização se volta para fins diretos de mercado, a análise até aqui empreendida quanto ao papel do mediador se aplica. De outro lado, há aqui também a exurgência de atividades colaborativas não diretamente visando um retorno de caráter rentista ¹⁵⁸. Sobre esses, nota Ascensão ¹⁵⁹:

156 GINSBURG, Jane C., Putting Cars On The “Information Superhighway”: Authors, Exploiters, and Copyright in Cyberspace, 95 Colum. L. Rev. 1466, 1488 (1995). Notou que os titulares de direitos de PI sempre evitaram atacar os usuários finais de obras protegidas. Isso se dava porque, em parte, é antieconômico e sempre impopular. Mas a principal razão de não fazê-lo é que os usuários não copiavam as obras ou, se o faziam, a reprodução era insignificante e raramente resultava em futura disseminação.

157 “The sheer numbers of farmers sometimes create an impossible enforcing situation for plant variety holders, the lack of assets makes street peddlers unviable defendants in infringement actions, and the expenditure of scarce tax-payer money is required to call for criminal enforcement. Those are known Intellectual Property failures.” Borges Barbosa, Denis and Lessa, Marcus, The New Brazilian Government Draft Law on Plant Varieties (Or... How a Developing Country May Want to Enhance IP Protection Because It May Actually Need It) (June 6, 2009). YU, Peter. SECOND SUMMER INSTITUTE IN INTELLECTUAL PROPERTY, BIOTECHNOLOGY AND AGRICULTURAL SCIENCES, Drake University Law School, 2009. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1415406>

158 Não tratamos aqui, por merecer extenso tratamento, a questão da produção coletiva ou em rede. Sobre isso, vide os estudos de Yochai Benkler, de quem se nota: “Benkler argues that the West is engaged in an escalating culture war between the industrial information economy - a one-way, capital-intensive, and professionally-produced model that has held sway for 150 years - and the networked information economy (NIE) - many-to-many, low-capital, and cooperative model that has been emerging in the last 15 years. The NIE is built on the infrastructure of the internet and is characterized by characterized by (1) non-proprietary strategies, (2) rising non-market production, and (3) more effective, large-scale cooperative efforts; in other words, peer production of information, knowledge, and culture.” BRINK, James. “Book Review - Yochai

A disponibilização, de direitos intelectuais à comunidade, total ou parcial, particularmente através do potentíssimo meio de comunicação que é a internet, é um gesto de solidariedade e de dedicação pelo agregado em que nos integramos que há todos os motivos para louvar e fomentar.

O titular dos direitos, particularmente quando este coincide com o criador intelectual titular originário, está em geral disponível para liberar a utilização da obra para fins que considere justificados, mesmo quando não recebe nenhuma remuneração e não se propõe qualquer forma de lucro indireto. Ele quer antes de mais que a obra chegue ao público e presta-se a favorecê-lo quando obstáculos práticos frustrariam esse desfrute. Por isso facilmente disponibiliza a obra quando a ocasião se propicia.

Fá-lo mais individualmente que pelo recurso a esquemas institucionalizados, como os *creative commons*. Supomos que por inércia e não por rejeição desses esquemas. Poupa assim um esforço de informação da técnica e significado desses procedimentos. É lamentável que assim aconteça, pois a integração nesses esquemas permitiria ter ao seu serviço uma categoria de significado pré-definido, nas modalidades que preferisse. É, pois desejável que os esforços de informação prossigam, para facilitar a escolha e poupar surpresas aos gestos de solidariedade dos autores.

Notando a importância dessa questão, deixamos sua análise econômica para texto específico.

Um mundo sem direitos autorais?

Por outro lado, a mesma transformação tecnológica permitiu que os criadores assumissem a reprodução e distribuição de sua produção expressiva. A incorporação dos meios técnicos como ferramentas não profissionais, como elementos de estilo de vida, ajuda a superar as vantagens da especialização da atividade de distribuição em face da atividade de expressão.

Obviamente, há vantagens econômicas distintas na obtenção de uma edição impressa tradicional. A produção expressiva tem fluxos bastante flexíveis, e novos meios de comunicação, muitas vezes, não afetam a demanda por mídias mais antigas, ainda que mudando a demanda por essas.

O que parece claramente ineficaz, entretanto, é a reconstrução dos meios jurídicos para garantir o retorno dos investimentos dos mediadores da reprodução, especialmente nos casos em que a viabilidade econômica da produção é afetada pelo aparecimento de meios técnicos de reprodução em massa de baixo custo e mínimo controle político. Pode-se postular que, em conexão com as áreas devastadas pela mutação da tecnologia, os pressupostos que levaram ao surgimento dos direitos de autor não são mais operacionais

160

Benkler, the Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom?. CLPE Research Paper n° 6/2007 Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=967505>.

159 ASCENSÃO, José Oliveira. Modelos Colaborativos em Direitos Autorais, in GRAU-KUNTZ, Karin e BARBOSA, Denis Borges. Ensaio de Direito Imaterial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Vide, também, ARAÚJO, Bráulio Santos Rabelo de, O Direito Autoral, a economia colaborativa e o creative commons, in "Propriedade Intelectual. Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso", v. 2, Curitiba: Juruá, 2008, p. 225-291.

160 "The concept of copyright is rooted in the technology of print. The recognition of a copyright and the practice of paying royalties emerged with the printing press.... Copyright was a specific adaptation to a

Uma vez mais, o ponto chave na apuração da eficiência dos direitos exclusivos é determinar o custo social de sua manutenção. Os custos de administração dos direitos tem visivelmente subido - e pelo menos uma parcela considerável desses custos (de polícia e execução penal, o seu em expansão do Judiciário, a atuação internacional, etc.) é pago pelos contribuintes, diminuindo a justificativa social para a criação de direitos exclusiva em favor de particulares.

Mesmo considerando que a produção de bens simbólicos é uma atividade econômica de importância primordial, haveria um limite razoável para tais despesas públicas. Os direitos exclusivos são apenas *um* meio para reduzir o custo público em propiciar a produção de novas obras expressivas. Se custar mais para o contribuinte policiar e prender os violadores de direitos autorais do que pagar aos criadores diretamente dos cofres públicos e lançar suas criações ao consumo de todos, não há justificativa racional para a preservação do sistema ¹⁶¹.

Por outro lado, os criadores podem agora participar no discurso kantiano explorando sozinhos os meios de distribuição. Alguns autores sugerem que se deveriam instituir normas assegurando um incentivo direcionado ao criador, e não ao mediador ¹⁶². Esse incentivo não pode ser completamente igual ao direito exclusivo anterior.

Alternativamente, os criadores podem praticar à vontade os métodos de malabarismo que deram tão certo para os compositores barrocos, usando os artifícios do *lead time*, complexas relações contratuais com ou sem *private ordering*, e produção em grande escala – tudo isso sem ter de empreender as longas viagens a cavalo em estradas cheias de lama que afligiam os músicos do século XVIII. Certamente para eles há uma vida depois dos direitos autorais.

O fim do modelo mediado?

Como sublinha Peter Yu, um escriba medieval (ou, pelo menos, uma organização empresarial de escribas como as existentes no fim da Idade Média) não é ontologicamente diferente da empresa de Gutenberg: ambos são mediadores entre os criadores e consumidores de bens expressivos. Mas Gutenberg e seus seguidores tinham os meios de fazer o trabalho de escrevente em uma maneira mais rápida, comparativamente mais barato e eficiente mesmo sem a aura de cópias de seus predecessores.

specific technology, and to the problems and opportunities it created. The law recognized that..." Ithiel de Sola Pool, *Technologies without Boundaries: On Telecommunications in a Global Age* (1990), p. 254–59.

161 Uma solução interessante para os intermediários da produção expressiva seria utilizar o dinheiro do contribuinte para aumentar os custos do copiar: "The "cost of copying" is partially under the control of the seller, who could use a "digital rights management system," some anticopying technology, or threats of legal action which would increase the cost of copying and, therefore, increase the price that it could charge for its product" Varian (2004) found at <http://people.ischool.berkeley.edu/~hal/people/hal/papers.html>. Mas há um nível máximo de eficiência social a partir do qual é melhor aumentar a produção expressiva paga diretamente pelo estado do que criar numas delegacias especializadas anti-pirataria. Para determinar qual é esse nível, é preciso somar os custos da repressão aos outros custos sociais de se manter um sistema de direitos exclusivos. Como comenta LOREN, Pallas em *The Pope's Copyright? "Aligning Incentives with Reality by Using Creative Motivation to Shape Copyright Protection"*. Louisiana Law Review Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1134035>: "Despite its extremely low threshold, copyright protection is not cost-free: granting exclusive rights in expression makes subsequent expression more costly, imposes wealth distribution costs, and creates distributive consequences affecting opportunities for expression. Society should avoid shouldering these costs when they are unnecessary".

162 KU, Raymond. op. cit.. "(...) Haveria muito mais eficiência de recursos premiando o criador-divulgador pelo número de downloads"

A *quantidade* de cópias por tempo permitido pela nova tecnologia, no entanto, resultou em uma mudança *qualitativa* na economia da produção expressiva ¹⁶³.

Agora, todo mundo é Gutemberg, quando à copiadora (inclusive a de marca Xerox) se sucede o vídeo, o cassete, o diskette, *et coetera* ¹⁶⁴. A ideia Schumpeteriana da destruição criativa, em uma vertente estrutural e não numa atrição microeconômica, atinge o objeto escolhido pelas exclusivas autorais; como diz Raymond Ku:

Na produção de obras digitais o copyright é desnecessário. (...) A retórica do direito autoral é a retórica do mediador... Se o mediador é prescindível, a função de incentivar a produção deve voltar-se ao criador.¹⁶⁵

O problema, assim, é que para impedir a cópia não mais se pode dar uma flechada no *gatekeeper*: é preciso usar armas de destruição em massa. Os instrumentos antes utilizáveis para dirigir os investimentos para fins sociais não são mais eficientes. Assim, é razoável entender que se tenha uma nova mudança *qualitativa* na economia da produção expressiva – pelo menos no tocante ao modelo mediado e reprodutivo, voltado para o mercado.

Provavelmente essa mutação não importará na extinção do sistema anterior, e nem da exclusão do mediador. Cabe aqui voltar ao que dizia Peter Yu sobre a mudança anterior de estrutura de produção expressiva:

os escribas não foram à extinção rapidamente. Certamente, a venda dos manuscritos continuou a florescer no mínimo uma geração ou duas, e as publicações manuscritas continuaram a existir pelo menos até o décimo sétimo século ¹⁶⁶

Como o autor nota, mesmo a importância e a *natureza* dos mediadores mudou com o tempo. Por exemplo, os impressores, com seu acesso único aos meios técnicos limitados do tempo, foram muito importantes nos XV e XVI sec. No fim do XVI, “começaram perder a influência em favor dos livreiros, titulares de direitos. No sec. XVII, esses perdem poder em favor do *publisher*, a (...) “a figura central [s] no comércio de livro” em virtude de sua habilidade de selecionar, organizar, e financiar a manufatura de livros. (Peter Yu...)

Novos sistemas de negócio, a recuperação dos modelos de private ordering e diversificação de produtos podem ajudar a preservar os mediadores ¹⁶⁷. A atração do

163 Cita-se aqui a carta de Marx a Engels de 22 de junho de 1867: “I outline the transformation of the master of a trade into a capitalist — as a result of purely quantitative changes — that in the text there I quote Hegel’s discovery of the law of the transformation of a merely quantitative change into a qualitative one as being attested by history and natural science alike.” Disponível em: http://www.marxists.org/archive/marx/works/1867/letters/67_06_22.htm#n5. Acesso em: 7/2/2011.

164 “In the age of Xerox, every man is a publisher.” These words by Marshall McLuhan, the Canadian communications researcher, aptly describe the situation which has arisen for publishers and copyright law as a result of the development of modern reprographic technology”, KOLLE, Gert. *Reprography and Copyright Law: A Comparative Law Study Concerning the Role of Copyright Law in the Age of Information* IIC 1975 Heft 4, p. 382.

165 KU, Raymond Shih Ray, “The Creative Destruction of Copyright: Napster and the New Economics of Digital Technology”. Encontrado em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=266964>.

166 “(...) scribes did not go out of extinction quickly. Indeed, the sale of manuscripts continued to flourish for at least a generation or two, and scribal publications continued to exist until at least the seventeenth century. The pace of change, therefore, was much slower, and the transitional period was far longer than what the entertainment industry is currently experiencing.”

167 ANDERSON, Chris. *Free – The Future of a Radical Price*. Nova York: Hyperion, 2009. p.241. “In a competitive market, price falls to the marginal cost. The Internet is the most competitive market the world

mercado parece ainda persistir em geral na produção expressiva, e apenas o setor de inovação mínima para o mercado de massa parece especialmente prejudicado.

Mesmo quanto a esses investidores em produtos de baixo conteúdo, não é absolutamente certa o fim de sua era. Numa observação de Joshua Sarnoff:

(...) what is threatening about new models (until the means of their production gets consolidated) - they offer the creator the opportunity to dispense with the middlemen and thus to distribute without the content filter and (more importantly) based on different economic returns that would justify the production of very different kinds of works and their dissemination. Hence, they threaten not the market, but by creating new decentralized markets ¹⁶⁸.

Além disso, mesmo a falência da indústria expressiva que se baseia no princípio do máximo retorno de criações destinadas ao público de massa provavelmente não afetará à totalidade da atividade expressiva.

has ever seen, and the marginal costs of the technologies on which it runs — processing, bandwidth, and storage — get closer and closer to zero every year. Free becomes not just an option but an inevitability. Bits want to be free.”

168 Correspondência a um dos autores datada de 28 de maio de 2008.

REFERÊNCIAS

- Adorno, T. and Horkheimer, M. (1944) (2001), *Enlightenment as Mass Deception, The Culture Industry, Selected Essays on Mass Culture*, 2nd Edition, Rutledge.
- Alois, T. (1978), *Précis du droit de la propriété immatérielle*, Editions Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Stuttgart.
- Anderson, G. & Brown P.F. (1993), *The Economics Behind Copyright Fair Use: A Principled and Predictable Body of Law*, 24 Loy. U. Chi. L. J. 143.
- Balibar, E. (1996), *Structural Causality, Overdetermination, and Antagonism, in Postmodern Materialism and the Future of Marxist Theory: Essays in the Althusserian Tradition*.
- Benjamin, W., *Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit*, as translated in <http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=9C04E5DF133BF934A3575BC0A96E958260>, (Visited May 2, 2008).
- Boncompain, J. (2002) *La Révolution des Auteurs*. França: Fayard.
- Borges Barbosa, D. (2007), "Why Intellectual Property May Create Competition Problems". Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1006085>.
- Cavalli, J. (2006), *Génesis del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de Septiembre de 1886*.
- Caves, R. (2000), *Creative Industries: Contracts Between Art & Commerce*, Cambridge: Harvard University Press
- Chossat, V. *Author's Right and Creativity Incentives: The Case of Gastronomy*, found at <http://www.dime-eu.org/files/active/0/ChossatPAPER.pdf>, (Visited May 2, 2008).
- Cole, J. H. (2001) *Patents and Copyrights: Do the Benefits Exceed the Costs?*, 15 J. LIBERTARIAN. STUD. 79, 83.
- Cowen, T. (2002), *What Price Fame?* Harvard University Press.
- Donaldson v. Beckett, (1774), *Proceedings in the Lords on the Question of Literary Property, February 4 through February 22*, found at www.copyrighthistory.com/donaldson.html, (Visited May 1st. 2008).
- Donington, R. (1973), *The choice of instruments in baroque music*, Early Music, Vol. I, no. 3, OUP, p. 131.
- Fichte, J.G. (1793) *Proof of the Illegality of Reprinting: A Rationale and a Parable*, trans. Woodmansee, M. found at http://www.case.edu/affil/sce/authorship/Fichte_Proof.doc, (Visited April 30, 2008).
- Frey, B. & Pommerehne, W. (1989), *Muses and Markets: Explorations in the Economics of the Arts* Oxford: Blackwell.
- Ginsburg, J. C. (1995), *Putting Cars On The "Information Superhighway": Authors, Exploiters, and Copyright in Cyberspace*, 95 Colum. L. Rev. 1466, 1488.

- Goldstein, P. (2003), *Copyright's Highway: From Gutenberg To The Celestial Jukebox* 31.
- Gordon, W. J. (1982), *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors*, 82 Colum. L. Rev. 1600.
- Gordon, W.J., (1992), *Asymmetric Market Failure and Prisoner's Dilemma in Intellectual Property*, 17 U.Dayton L.Rev. 853, 861-67.
- Gordon, W.J.,(1992) *Intellectual Property and the Restitutionary Impulse*, 78 Va.L.Rev. 149, 222-58.
- Gordon, W.J.,(1994) *Assertive Modesty: An Economy of Intangibles*, 94 Col.L.Rev. 8, 2587.
- Heald, P. J.,(2008), *"Testing the Over- and Under-Exploitation Hypotheses: Bestselling Musical Compositions (1913-32) and Their Use in Cinema (1968-2007)"* (Visited April 1, 2008).
- Kant, I. (1784), *Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks*, at <http://www.ikp.uni-bonn.de/kant/aa08/077.html>
- Koelman, K. J. (2004), *Copyright Law and Economics in the EU Copyright Directive: Is the Droit d'Auteur Passé?* IIC Heft 6.
- Kraakman, R. H. (1986), *Gatekeepers: The Anatomy of a Third-party Enforcement Strategy*, 2 J. L. Econ. & Org. 53, 53–54.
- Ku, R. S. R., *"The Creative Destruction of Copyright: Napster and the New Economics of Digital Technology"*. University of Chicago Law Review, Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=266964> or DOI: 10.2139/ssrn.266964
- Landes, W. & Posner, R. (2003), *The Economic Structure of Intellectual Property Law* (Cambridge: Harvard University Press)
- Landes, W. M. and Posner, R. A. (1989), *An Economic Analysis of Copyright Law*, 18 J. Leg. Stud. 325-53.
- Machaay, E. (1994), *Legal Hybrids: Beyond Property and Monopoly*, 94 Col.L.Rev. 8, 2637.
- Madison, M. J. (2008), *"Intellectual Property and Americana, or Why IP Gets the Blues"*. Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal, Vol. 18, p. 677, Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1124097>
- Mises, L. V. *Human Action*, Laissez Faire Books; 4th Rev Edition,
- O'Hagan, (1998), *The State and the Arts* (Cheltenham: Elgar)
- Ollmann, B. (1971), *Alienation: Marx's Conception of Man in Capitalist Society* (Cambridge England).
- Pallas Loren, L. *"The Pope's Copyright? Aligning Incentives with Reality by Using Creative Motivation to Shape Copyright Protection"*. Louisiana Law Review, Forthcoming Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1134035>
- Pievatolo, M. C., (2007), *"The Pirate from Koenigsberg: Why Closed Source Software is Not Worth of Copyright Protection"*. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1016402>
- Plant, A. (1934), *The Economic Aspects of Copyright in Books*"

- Posner, R. (2007), *The Little Book of Plagiarism*, Pantheon.
- Raustiala, K. and Sprigman, C. (2006), "*The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design*". Virginia Law Review, Vol. 92, p. 1687, Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=878401>.
- Reichman, J.H. (1995), *Charting the Collapse of the Patent-Copyright Dichotomy: Premises for a restructured International Intellectual Property System* 13 Cardozo Arts & Ent. L.J. 475.
- Reitlinger, G. (1982), *The Economics of Taste*, Hacker Art Books; New Ed edition.
- Robertson, A. and Stevens, D. (1963), ed., *The Pelican History of Music*, Penguin Books, p. 72.
- Rose, M. (1993), *Authors And Owners: The Invention Of Copyright* 9.
- Sag, M. J., "*Beyond Abstraction: The Law and Economics of Copyright Scope and Doctrinal Efficiency*". Tulane Law Review, Vol. 81 Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=916603>
- Sag, M. J., "*Beyond Abstraction: The Law and Economics of Copyright Scope and Doctrinal Efficiency*". Tulane Law Review, Vol. 81 Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=916603>
- Samuelson, Davis, Kapor e Reichmann, A. (1994), *Manifesto Concerning the Legal Protection of Computer Programs*, 94 Col.L.Rev. 8, 2308, 2339.
- Samuelson, P. (1994), et al.; a *Manifesto Concerning the Legal Protection of Computer Programs*, 94 COLUM. L. Rev. 2308, 2320 supra note 5, at 2373
- Sax, J. (1999), *Playing Darts with a Rembrandt: Public & Private Rights in Cultural Treasures* (Ann Arbor: Uni of Michigan Press).
- Throsby, D. (1994), *The Production and Consumption of the Arts: A View of Cultural Economics*, - *Journal of Economic Literature*.
- Varian, H. (2004), *Copying and Copyright*, found at <http://people.ischool.berkeley.edu/~hal/people/hal/papers.html>, (Visited May 2, 2008).
- Vasconcelos, Claudio Lins de. *Mídia e Propriedade Intelectual: A Crônica de um Modelo em Transformação*". Lumen Juris (Rio de Janeiro, 2010).