

COSTURANDO UM MODELO DE PROTEÇÃO DA MODA PELO DIREITO DE AUTOR¹

Os desafios e perspectivas dos direitos autorais na proteção às criações de moda

*Angelo Gamba Prata de Carvalho*²

Resumo:

A indústria da moda, mercado de grande importância para a economia brasileira, envolve a circulação de mercadorias decorrentes de um esforço intelectual e criativo peculiar. A moda surge da inovação, da distinção de estilos que acabam por formar tendências que definem épocas. Por essa razão, é de extrema importância que sejam desenvolvidos mecanismos para a proteção das criações de moda pelo direito de autor, de modo a garantir a inovação. Este trabalho procurará trabalhar com as possibilidades do direito brasileiro no âmbito do direito de autor para a garantia desse tipo de proteção, combatendo o ponto de vista segundo o qual a pirataria pode ser benéfica ao mercado. Para tanto, será analisada a experiência do Direito Comparado, tanto no sistema de *Copyright* quanto no de *Droit d'Auteur* e suas convergências com a evolução da jurisprudência e doutrina brasileiras no sentido da proteção das criações de moda pelos direitos autorais.

Palavras-chave: Propriedade intelectual. *Copyright*. *Fashion Law*.

Abstract:

The fashion industry is a market of huge importance for the Brazilian economy and involves the circulation of goods produced in a peculiar intellectual and creative effort. Fashion emerges from innovation, from the distinction of styles which produce trends and define times. For this reason, it is utterly important that some mechanisms be developed for the protection of fashion creations by copyright, looking forward to the protection of innovation. This paper intends to work with the possibilities of Brazilian Law for the warrant of this kind of protection, arguing against the view that defends piracy may be good to the market. This paper is going to analyze the comparative law standards in the Copyright system and also in the *Droit d'auteur*, looking for points of convergence with the evolution of Brazilian case law and Law theory in the sense of the protection of fashion by copyright law.

Keywords: Intellectual Property. Copyright. Fashion Law.

I. INTRODUÇÃO

¹ O texto foi elaborado no mês de outubro de 2015.

² Estudante de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Bolsista de Iniciação Científica PIBIC/CNPq.

Atribui-se a Coco Chanel a máxima de que a moda deve escorregar de nossas mãos. A própria ideia de proteger artes sazonais, segundo a lendária estilista francesa, é infantil. Não precisamos nos preocupar com algo que morre no momento em que nasce³.

No entanto, a mesma Coco Chanel foi, junto outras estilistas de renome como Jeanne Paquin e Madeleine Vionnet, uma das principais integrantes de um movimento do início do século XX que procurou proteger da pirataria os exemplares produzidos pela efervescente *haute couture* francesa. As campanhas iniciais das *couturières*, lideradas principalmente por Jeanne Paquin, procuravam combater a divulgação de desenhos de suas peças em revistas de moda. Tais campanhas ganharam força nos anos 1920, quando Madeleine Vionnet formou uma associação⁴ para “defender criadores do roubo de suas ideias e da contrafação de seus modelos”⁵.

As ações judiciais movidas pelas estilistas encontravam fundamento na *Loi du 14 juillet 1909 sur les dessins et modèles*, que garantia a exclusividade de exploração e a proteção da autoria das criações de moda francesas. Todavia, tal desenvolvimento da proteção das criações de moda é uma peculiaridade do *Droit d’Auteur* francês. A realidade do *Copyright* norte-americano, por exemplo, é bastante diferente: a indústria da moda dos Estados Unidos está largamente baseada na cópia de modelos europeus⁶. Esse estado de coisas se dá em razão da legislação de direitos autorais norte-americana, que até o *Innovative Design Protection Act* de 2012 excluía de sua proteção os artigos úteis, ou seja, que tivessem funções utilitárias intrínsecas.⁷

O mercado da moda no Brasil movimentava bilhões de reais ao ano, seja no setor de vestuário, seja no de calçados⁸, porém é ainda incipiente a discussão – tanto

³ SCAFIDI, Susan. Intellectual Property and Fashion Design. **Intellectual Property and Information Wealth**, v. 1, n. 115, p. 115–131, 2006. p. 124.

⁴ Um dos grandes processos movidos pela associação de Vionnet, do qual inclusive participou Chanel, procurava coibir uma *maison de belles copies* que vendia por cerca de mil e quinhentos francos as cópias de alguns modelos que custavam até cinco mil francos. Cf. STEWART, Mary Lynn. Copying and Copyrighting Haute Couture: Democratizing Fashion, 1900 – 1930s. **French Historical Studies**, v. 28, n. 1, p. 103-130, 2005. p. 125.

⁵ STEWART. Ibid. p. 124-129.

⁶ EGUCHI, Aya. Curtailing copycat couture: The merits of the innovative design protection and piracy prevention act and a licensing scheme for the fashion industry. **Cornell Law Review**. v. 97, n.1, p. 131-157, nov. 2011. p. 135.

⁷ EGUCHI. Ibid. p. 139.

⁸ De acordo com dados levantados pelo IBOPE através da plataforma Pyxys Consumo, o mercado de vestuário apresentou potencial de consumo de cerca de 130 bilhões de reais em 2013, ao passo que os

jurisprudencial quanto doutrinária – sobre a proteção das criações de moda pelo Direito de Autor. Por mais que o modelo francês de proteção dos direitos autorais reverbera no direito brasileiro no que diz respeito à proteção dos direitos morais do autor⁹, o aspecto da utilidade foi em larga medida utilizado para o afastamento da proteção às criações de moda.

Ainda que a jurisprudência brasileira apresente alguns casos nos quais foi considerada a proteção da moda pelo direito de autor, não existem na legislação critérios que tratem especificamente de tais criações, de maneira a não haver ainda posicionamento doutrinário difundido ou um padrão jurisprudencial. Nesse sentido, este trabalho terá como objetivo traçar as linhas principais da tutela das criações de moda pelo Direito de Autor no Brasil, com base no que se produziu até o presente momento no plano da jurisprudência e da doutrina.

A perspectiva do Direito Comparado será um instrumento importante para a análise do desenvolvimento dessa modalidade de propriedade intelectual no direito pátrio. Serão explorados os principais aspectos da atual proteção das criações de moda e de suas recentes mudanças tanto em ordenamentos da família do *common law*, mais próximos do *Copyright*, quanto da família do *civil law*, mais próximos ao modelo do *Droit d'Auteur*. Com isso, será possível verificar em que medida a jurisprudência brasileira tem acompanhado as mudanças recentes nesse campo e de que forma tais modelos podem convergir para uma melhor proteção das criações intelectuais no contexto da moda.

As características peculiares do universo da moda – sobretudo no que diz respeito ao aspecto mercadológico, fortemente influenciado pela sazonalidade – também serão exploradas neste trabalho, a fim de se verificar a importância da proteção dessas criações pelo Direito de Autor.

resultados no setor de calçados foram de cerca de 40 bilhões. Disponível em: <<http://pyxisconsumo.com.br/>>

⁹ No *droit d'auteur*, é atribuída maior prioridade aos direitos morais do autor, visando a sua proteção, de modo a formular os termos desses direitos de forma mais genérica.. Contrariamente, no *copyright* a ênfase é dada à dimensão patrimonial dos direitos autorais, permitindo-se inclusive sua alienação, ao passo que no sistema francês somente se permite seu licenciamento. Cf. BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2.ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003. p. 128.

II. AS VÁRIAS FACES DA INDÚSTRIA DA MODA

A moda, até mesmo por sua natureza fluida, dificilmente pode ser definida em termos estanques. O mercado da moda possui uma estrutura complexa, de modo que dificilmente se poderia falar em apenas um mercado da moda. Seria temerário, por exemplo, reduzir a análise da proteção dos direitos autorais sobre a moda à alta costura, porém também não seria prudente descartar a força da moda no mercado de luxo.

A indústria da moda pode ser, como fizeram Raustiala e Sprigman, segmentada em categorias organizadas de acordo com o preço das peças. Os autores dividiram o mercado da moda em uma estrutura piramidal: no topo da pirâmide, se encontram as linhas de maior mudança sazonal e de *design* mais sofisticado, grupo que abarcaria o que se conhece por “alta costura”, atingindo grandes grifes como *Giorgio Armani* e *Dolce & Gabbana*; logo abaixo, ainda com alto grau de mudança sazonal e refinação do *design*, encontram-se as linhas *prêt-à-porter* das grandes grifes, a exemplo do *Emporio Armani* e da marca *D+G*, relacionadas respectivamente às grifes supramencionadas¹⁰.

Abaixo da categoria de maiores valores, encontra-se uma categoria intermediária que os autores denominam “moda ‘melhor’” (“*better*” *fashion*), uma categoria substancialmente maior que as anteriores cujos artigos teriam preços moderados. Na base da pirâmide encontram-se os artigos comercializados pelas grandes lojas de departamentos¹¹.

Essa última categoria diz respeito a um mercado muito mais amplo, porém dotado de menos características distintivas de *design*, adquirindo características de *commodity*, com grande resistência às mudanças ocasionadas pela sazonalidade. À medida que nos aproximamos do topo da pirâmide, a moda cada vez mais apresenta aspectos de unicidade, de clara distintividade. A diversidade desses segmentos demonstra a necessidade de uma maior compreensão acerca do fenômeno da moda e da forma como tais artigos se reproduzem na sociedade.

¹⁰ RAUSTIALA, Karl; SPRIGMAN, Christopher. The piracy paradox: Innovation and intellectual property in fashion design. *Virginia Law Review*. v. 92, n.9, p. 1687-1777. Dez. 2006, p. 1693-1694.

¹¹ Id.

O plágio e a pirataria não são problemas exclusivos dos tempos de Coco Chanel e de Madeleine Vionnet. Como já se mencionou, a indústria da moda americana por várias décadas esteve baseada em cópias de modelos franceses. No entanto, a indústria da moda em muito depende da difusão dos artigos, isto é, do atributo de não somente serem criações de moda de maneira geral, mas de “estarem na moda”. Alguns autores defendem, nesse sentido, que a pirataria seria um veículo interessante para a propagação das criações de moda, o que é veementemente repellido por outra corrente que defende a proteção dos *designs* pelo Direito de Autor.

Nos itens a seguir, serão analisadas as duas supracitadas correntes acerca da importância da proteção da moda pelo direito de autor. Antes, no entanto, vale percorrer alguns dos argumentos de fundo para o desenvolvimento dessas correntes, concernentes à natureza da moda que, ao mesmo tempo que é mercadoria, reflete culturas e estilos de vida.

II.1 Moda e tendência

O fenômeno da moda é de tamanha magnitude que pode ser compreendido desde o plano da necessidade até o plano da extravagância. A moda pode refletir um *status* relativo à classe social, porém também representa importante aspecto cultural ao compor estilos de vida. Nesse sentido, Hemphill e Suk confrontam duas concepções acerca da natureza da moda – que os autores chamam de *Status* e *Zeitgeist* – para construir um argumento sobre a promoção da inovação na esfera da moda.

A face da moda que diz respeito ao *Status* consiste em sua associação à riqueza e às características da alta sociedade. A moda seria um lugar de diferenciação entre classes sociais. As tendências, sob esse ponto de vista, se formaria a partir da observação pela sociedade da forma como se vestem as classes mais abastadas, o que levaria às classes mais baixas um impulso por emular a moda imposta unilateralmente¹².

Tal concepção está fortemente relacionada à *Teoria da Classe Ociosa*, publicada por Thornstein Veblen na virada do século XIX para o XX. Veblen

¹² HEMPHILL, C. Scott; SUK, Jeannie. The Law, Culture and Economics of Fashion. *Stanford Law Review*. v. 61, p. 1147-1199, mar. 2009. p. 1156.

desenvolve em sua obra clássica a ideia de consumo conspícuo, segundo a qual o consumo exacerbado – tendo em vista que se pode comprar muito – e especializado – uma vez que se pode comprar artigos da melhor qualidade – é prova da riqueza e, portanto, honorífico, pois transparece o pertencimento a uma classe social que dispensa o trabalho (próprio) e se orgulha do ócio. O padrão de vida das classes superiores se impõe, de maneira a ser percebido como um ideal pelas classes menos favorecidas. A incapacidade de consumir na devida quantidade e qualidade, portanto, passa a significar inferioridade e demérito¹³.

Os bens descritos por Thornstein Veblen no âmbito da construção do conceito de consumo conspícuo passaram a ser chamados de “bens de Veblen”. Tais bens são desejáveis à medida que determinado grupo de pessoas o possui (a classe ociosa), mas a demanda por eles decai ao passo que mais pessoas os possuem. Raustiala e Sprigman chamam esse fenômeno, característico do mundo da moda, de “obsolescência induzida” (*induced obsolescence*)¹⁴. A partir dessa ideia de obsolescência induzida, Raustiala e Sprigman desenvolvem seu argumento segundo o qual a baixa proteção da moda pela propriedade intelectual em geral é paradoxalmente vantajosa para a indústria. É o que os autores chamam de “paradoxo da pirataria” (*piracy paradox*), a ser desenvolvido mais adiante.

À concepção da moda como *Status*, pode ser contraposta sua manifestação como expressão cultural, que Hemphill e Suk denominam *Zeitgeist*. A moda, por essa ótica, emerge de um processo coletivo no qual gostos coletivos são originados de escolhas individuais entre diversos estilos, para então culminar na formação de tendências. Trata-se, aqui, de uma crítica direta à visão unilateral e impositiva do *status*, pois parte-se do pressuposto de que o motor da moda não é necessariamente a imitação

¹³ “Assim, no estágio quase pacífico, o senhor não somente consome mais do que o mínimo necessário à sua subsistência e eficiência física, como o seu consumo se especializa quanto à qualidade dos bens consumidos. Ele consome livremente e do melhor, no tocando a alimento, bebida, narcóticos, abrigo, serviços, ornamentos, vestuário, armas e munições, s divertimentos, amuletos, ídolos e divindades [...] Por ser o consumo dos bens de maior excelência prova da riqueza, ele se torna honorífico; reciprocamente, a incapacidade de consumir na devida quantidade e qualidade se torna uma marca de inferioridade e de demérito.” Cf. VEBLEN, T. **Teoria da Classe Ociosa**: um estudo econômico das instituições. 3.ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988. p. 37.

¹⁴ Para ilustrar tal ponto de vista, os autores reproduzem uma frase célebre de Jean Cocteau, segundo a qual a arte produz coisas feias que frequentemente se tornam mais bonitas com o tempo; a moda, por outro lado, produz coisas bonitas que sempre se tornam feias com o tempo. Cf. RAUSTIALA; SPRIGMAN. Op. cit. p. 1719.

do estilo da alta sociedade¹⁵. As pessoas seguem a moda porque querem estar “na moda”. “That is, people want to associate themselves with things that are new, innovative, and state of the art. They want to keep pace with change.”¹⁶

A teoria do *Zeitgeist* é caracterizada por dois comportamentos que existem simultaneamente: a diferenciação (*differentiation*) e o agrupamento (*flocking*). A diferenciação consiste na construção de uma identidade por meio da moda, isto é, no sentimento de que determinado estilo é único e inimitável. No entanto, a moda também se caracteriza por seu caráter coletivo. Ainda que os indivíduos tentem afirmar sua identidade própria e inimitável, a moda diz respeito à identificação com um grupo e à participação a um movimento. É esse segundo aspecto (*flocking*) que levaria os consumidores a comprarem novas roupas não por necessidade, mas porque as roupas de seus armários estão ultrapassadas. É a relação entre essas duas dimensões que forma o que chamamos de moda¹⁷.

A grande discussão acerca da natureza da moda e de sua relação com a proteção pelos direitos autorais está, na verdade, na forma como se estabelecem e se criam as tendências. No item a seguir, será explorado o argumento principal do trabalho de Raustiala e Sprigman – o paradoxo da pirataria – a fim de confrontá-lo com suas críticas e, então, construir o argumento principal desse trabalho, o da importância da proteção da moda pelos direitos autorais.

A criação de uma tendência no modelo do *status*, por exemplo, é uma exceção à relação *differentiation-flocking*, pois tais aspectos seriam irrelevantes se determinado artigo está na moda apenas por ser de uma marca ou de outra¹⁸. O poder detido pelas grifes para ditar tendências dificilmente seria menor do que o poder da

¹⁵ “On this theory, fashion emerges from a collective process wherein many people, through their individual choices among many competing styles, come to form collective tastes that are expressed in fashion trends.” HEMPHILL; SUK. Op. cit. p. 1157.

¹⁶ HEMPHILL; SUK. Ibid. p. 1158. Tradução livre: Isto é, as pessoas querem se associar com coisas novas, inovadoras, que estejam no estado da arte. Elas querem acompanhar a mudança”.

¹⁷ HEMPHILL; SUK. Op. cit. p. 1164-1165.

¹⁸ HEMPHILL; SUK. Op. cit. p. 1167.

pirataria e fazê-lo. O fato de uma peça ser de determinada marca, por si só, pode vir a transformar uma peça em tendência¹⁹.

II.2 O “paradoxo da pirataria” e a necessidade da proteção das criações de moda

Segundo Raustiala e Sprigman²⁰, em razão do ciclo da indústria da moda ao qual dá causa o fenômeno da obsolescência induzida, a pirataria do *design* de moda pode ser vantajosa para a indústria como um todo. A pirataria contribuiria para a difusão dos artigos e, dessa forma, trabalharia para a renovação das coleções e a movimentação econômica da indústria. No momento da massificação daquilo que já foi tendência, as grandes marcas passam para a construção de uma nova²¹. Tal movimento também favoreceria os consumidores, que poderiam comprar peças de *design* superior – ainda que sejam cópias – por preços mais acessíveis. Tal argumento é, em larga medida, baseado na reflexão de Veblen sobre o consumo conspícuo no mercado da moda:

A exigência imperiosa do vestuário adotado como última moda, bem como o fato dessa moda adotada mudar freqüentemente de estação para estação, é suficientemente conhecida de todos; mas a teoria desse fluxo e mudança ainda não se descobriu. Podemos naturalmente dizer, com perfeita consciência e veracidade, que esse princípio de “novidade” da moda é outro corolário resultante da lei do dispêndio conspícuo. Obviamente, se a cada vestuário é permitido servir por apenas uma breve temporada, e se nenhum da última estação é transportado e usado na seguinte, o dispêndio perdulário do traje é grandemente aumentado²².

O segundo argumento desses autores em favor da baixa proteção aos direitos autorais é o que chamam de “ancoragem” (*anchoring*), que consiste na possibilidade de definição de tendências distinguíveis entre as várias peças, de modo a compor um estilo particular àquela estação. A pirataria contribuiria substancialmente para esse processo por ser um veículo de difusão da moda, permitindo inclusive que os consumidores percebam mais facilmente as mudanças da moda²³.

¹⁹ Tal compreensão é perceptível em um diálogo do filme *As Patricinhas de Beverly Hills* (no original, *Clueless*), um clássico dos anos 1990. “Mel: What the hell is that? / Cher: A dress / Mel: Says who? / Cher: Calvin Klein.” Em tradução livre: Mel: O que diabos é aquilo? / Cher: Um vestido / Mel: Quem disse? / Cher: Calvin Klein. Cf. HECKERLING, Amy. **As Patricinhas de Beverly Hills**. [Filme-vídeo]. Produção de Robert Lawrence e Scott Rudin, direção de Amy Heckerling. Estados Unidos, Paramount Pictures, 1995. Cópia digital, 97 min. Cor.

²⁰ RAUSTIALA; SPRIGMAN. Op. cit. p. 1723.

²¹ Ibid. p. 1722.

²² VEBLEN. Op. cit. p. 79.

²³ Ibid. p. 1728-1729.

O argumento em favor do *piracy paradox* é prontamente combatido por autores como Hemphill e Suk, que afirmam que “estar” na moda não diz respeito apenas à consecução de determinado *status*, mas a uma manifestação individual de adesão a um movimento coletivo (*zeitgeist*). Dessa forma, a inovação é socialmente desejável por traduzir a mudança de uma forma de expressão²⁴.

A produção de tendências envolve tanto uma percepção coletiva da moda, compartilhada pelo mercado, quanto a individualidade de cada estilista ou *designer*, razão pela qual é preciso distinguir cópia de tendência. A discussão se complexifica à medida que se insere na disputa pelo mercado – e pela constituição de tendências – a chamada *fast fashion*, cuja produção é massificada, em contraposição à dos estilistas da alta costura. A *fast fashion* pode ser tanto criativa quanto pirata. A pirataria nesse âmbito, sobretudo no atual estado de desenvolvimento tecnológico²⁵, tem custos baixos e é produzida em massa, podendo aproveitar os pontos mais altos das tendências²⁶.

Segundo Hemphill e Suk, a cópia em larga escala pode causar uma redução nos lucros das empresas criativas, de maneira a distorcer a inovação. Além disso, é possível argumentar para a relevância da proteção específica ao *design*. A moda pode ser protegida, entre outras formas, através de marca ou de *trade dress* (conjunto imagem), que consiste na proteção a caracteres identificativos do produto dotados de significado secundário que identifique a marca²⁷.

Esse tipo de proteção foi aplicado na jurisprudência americana, por exemplo, no caso *Christian Louboutin S.A. v. Yves Saint Laurent Am. Holding, Inc.*, no qual a Corte de Apelações do Segundo Circuito reconheceu que a sola vermelha dos sapatos *Loubotin* pode ser diretamente associada à marca, de modo que é protegida pelo direito marcário²⁸. É a falta de proteção ao *design*, aliada a determinados tipos de

²⁴ HEMPHILL; SUK. Op. cit. p. 1165.

²⁵ O processo de contrafação de artigos de moda pode adquirir proporções e rapidez nunca antes vistas no mercado da moda através da disseminação da impressão tridimensional. Nesse sentido, ver: DEPOORTER, Ben. Intellectual Property Infringements & 3D Printing: Decentralized Piracy. **Hastings Law Journal**. v. 65, n.1, p. 1483-1504, dec. 2013.

²⁶ HEMPHILL; SUK. Op. cit. p. 1171.

²⁷ Ibid. p. 1177.

²⁸ *Christian Louboutin S.A. v. Yves Saint Laurent America, Inc.*, 778 F.Supp.2d 445, 451, 457 (S.D.N.Y.2011)

proteção já existentes pode causar não somente barreiras à inovação, mas à entrada no mercado.

A experiência histórica da popularização da moda demonstra que a disseminação dessas criações não precisa acontecer pela via da pirataria, que diminui os incentivos à criação. A criação do *prêt-à-porter* na França decorreu da massificação da alta costura, já nascendo com um prestígio considerável – diferentemente do *ready-to-wear* norte-americano, que se baseava em peças pouco originais – e ganhou força com o estilista Pierre Cardin, que lançou uma coleção *prêt-à-porter* na loja de departamentos *Printemps* em 1959 e, em 1963, abriu o primeiro *atelier prêt-à-porter*²⁹.

Fenômeno semelhante ocorreu com as lojas de departamentos francesas nos anos 1920 e 1930, cuja produção estava largamente baseada em cópias de peças da *haute couture* em nome da resposta à demanda dos clientes por aquele tipo de vestuário. No entanto, esse cenário mudou quando as *Galleries Lafayette* passaram a investir na venda de produtos licenciados de *maisons* de alta costura. As *Galleries* se tornaram sócias das principais *maisons* francesas no período entreguerras – notadamente as já aqui mencionadas Vionnet e Chanel – e passaram a vender suas criações³⁰.

A proteção das criações de moda pelo Direito de Autor é necessária e, como já se viu, pode ser conectada à lógica do mercado de forma idônea, distinta da pirataria. A seguir, serão explorados os principais paradigmas de proteção do Direito de Autor para que sejam confrontados com o estado da legislação e da jurisprudência brasileiras sobre o assunto, com vistas a descrever o instrumental de que dispõe o ordenamento brasileiro para esse tipo de proteção.

III. AS CRIAÇÕES DE MODA E O SISTEMA DE PROTEÇÃO DO DIREITO DE AUTOR

A proteção das obras das chamadas artes aplicadas pelos direitos autorais é fruto de grande controvérsia no Direito brasileiro. Tal controvérsia é fruto vedação de proteção pelos direitos autorais de obras de caráter utilitário, o que provém da aplicação

²⁹ MARTINELLI, F. Gatsby, Dior e a produção do luxo na moda no século XX. **VI Encontro Nacional de Estudos do Consumo**. Rio de Janeiro: 2012. p. 1-20.

³⁰ CHAMPSAUR, Florence Brachet. Les Galeries Lafayette et le financement de la couture dans l'entre-deux-guerres : le cas Jean Patou. **Enterprises et histoire**. n.64, p. 183-185, 2011.

ou não do princípio da indiferença da destinação das obras (*indifférence de la destination des oeuvres*). Tal princípio é plenamente aplicado na França, onde as obras de arte são protegidas por qualquer que seja sua função, seja ela apenas pela própria arte ou para a indústria. No Brasil e em Portugal, a doutrina clássica aponta para um critério distinto: a dissociabilidade do valor artístico com relação ao valor utilitário da obra³¹, como se extrai da compreensão de José de Oliveira Ascensão:

Nas obras de destinação utilitária temos antes de mais nada essa função, e não uma função literária ou artística. Nenhum motivo há para deixar automaticamente essas obras transpor o limiar do direito de autor. Só o poderão fazer se como resultado de uma apreciação se concluir que, além do seu caráter utilitário, têm ainda um mérito particular, que justifica que as consideremos também obras literárias ou artísticas.

Considerando estas figuras, vemos que nas obras artísticas de destinação utilitária a lei reclama que sejam criação artística, o que não faz para as outras categorias de obras artísticas. Isto só pode significar uma exigência reforçada para efeitos de proteção.

Não há que ser particularmente indulgente nesta avaliação. Uma criação da moda “elegante”, por exemplo, não equivale a uma criação “artística”. Quanto à moda, em si, como estilo, não é protegida³².

Ainda que não seja automática a proteção da moda pelos direitos autorais, percebe-se pela citação de José de Oliveira Ascensão que elas podem ser consideradas obras artísticas. Seria desarrazoado, mesmo pela natureza complexa da indústria da moda e pela larga compreensão dos significados da arte que não se lhe admitisse. Nas palavras de Newton Silveira, “o valor de uma obra deve ser apreciado independentemente de sua utilidade”³³.

As obras utilitárias, segundo Bittar³⁴, não seriam objeto de proteção do Direito de Autor, mas dos direitos Propriedade Industrial. No entanto, Bittar diferencia a utilidade intelectual da utilidade técnica, sendo que a primeira se insere no âmbito do Direito de Autor. “As primeiras realizam, por si, fins estéticos, enquanto que as

³¹ COLOMBET, Claude. **Grands principes du droit d’auteur et des droits voisins dans le monde: approche de droit compare**. Paris: Librairie de la Cour de cassation; Unesco, 1990. p. 16.

³² ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 60.

³³ SILVEIRA, Newton. **A propriedade intelectual e as novas leis autorais**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 4.

³⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 6.

segundas apresentam um sentido de utilidade técnica”.³⁵ A utilidade técnica se trataria, nesse sentido, de dispositivos e produtos para a aplicação industrial. Tais criações devem ser diferenciadas daquelas que se encaixam na categoria do *design*, que “representa a união entre a técnica e a estética, fenômeno do sistema industrial moderno que não pode ser reduzido aos critérios convencionais da arte e da técnica”³⁶.

O esforço para a demonstração do caráter artístico singular das criações de moda é importante não apenas por se tratar de obra utilitária – dado que as criações de moda podem, sim, serem frutos da expressão artística – mas em razão da fixação de tendências das quais emanam características em comum para a formação da moda de certo período ou estação. Os traços genéricos da moda sazonal são excluídos da proteção, concentrando-se nas variações imaginadas ao redor do tema comum pela engenhosidade dos concorrentes³⁷. Tal critério é aplicável inclusive em ordenamentos como o da França, cujo *Code de la Propriété Intellectuelle* cita expressamente as indústrias de moda sazonal protegidas pelos direitos autorais:

Art. L. 112-2. Sont considérés notamment comme œuvres de l'esprit au sens du présent code :

14° Les créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure. Sont réputées industries saisonnières de l'habillement et de la parure les industries qui, en raison des exigences de la mode, renouvellent fréquemment la forme de leurs produits, et notamment la couture, la fourrure, la lingerie, la broderie, la mode, la chaussure, la ganterie, la maroquinerie, la fabrique de tissus de haute nouveauté ou spéciaux à la haute couture, les productions des paruriers et des bottiers et les fabriques de tissus d'ameublement.³⁸

³⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor na obra publicitária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 32.

³⁶ SILVEIRA, Newton. Op. cit. p. 34.

³⁷ Do original: Les experts s'attachent à discerner ceux qui sont propres à la robe reproduite ou imitée, et ceux qui sont communs à la plupart des modèles d'une même saison; les tribunaux excluent de la protection les traits génériques de la mode saisonnière, pour ne retenir que les variations imaginées autour d'un thème commun par l'ingéniosité des concurrents. Cf. DESBOIS, Henri. **Le Droit d'Auteur: Droit français**. Convention de Berne révisée. Paris: Librairie Dalloz, 1950. p. 105-106.

³⁸ Tradução livre: Art. L. 112-2. São consideradas notadamente como obras do espírito no sentido do presente código: 14° As criações das indústrias sazonais de vestuário e de joalheria. São reputadas indústrias sazonais de vestuário e de joalheria as indústrias que, em razão das exigências da moda, renovam frequentemente a forma de seus produtos, notadamente a da costura, de peles, da *lingerie*, do bordado, da moda, dos sapatos, das luvas, dos artigos de couro, da fabricação de tecidos de alta novidade ou especiais à alta costura, das produções dos dos joalheiros e dos sapateiros e dos fabricantes de tecidos de mobiliário.

Alguns ordenamentos, como é o caso do italiano, procuram conciliar a necessidade de proteção pelo direito autoral com a sazonalidade da moda ao estabelecer um prazo curto de duração dos direitos. O *Regolamento CE n. 6/2002* protege por três anos os modelos que diferem significativamente dos demais modelos disponíveis ao público, exigindo-se a construção de um juízo de originalidade e de “confundibilidade” (*giudizio di confondibilità*) sobre a obra³⁹.

Segundo a legislação norte-americana, um artigo útil possui função utilitária intrínseca que não serve meramente para retratar sua aparência ou para veicular informação⁴⁰. A mesma legislação dispõe que esses artigos, embora não protegidos pelo *copyright*, podem ser considerados criações artísticas (*pictorial, graphic, or scultural work*) se tais elementos gráficos puderem ser identificados separadamente da criação utilitária.

A imagem ou texto impressos em uma camiseta, é claro, serão protegidos pelo direito de autor. É esse um primeiro passo para a proteção da moda por esse ramo do direito. Foi nesse sentido a decisão do Superior Tribunal de Justiça em caso no qual a empresa *Arezzo* foi processada por contrafação de desenhos criados por um artesão. Os desenhos do artesão eram impressos por marchetaria – “seguindo o estilo *hippie*” – em couro e foram reproduzidos em pulseiras e chinelos da coleção de primavera/verão de 2002/2003 da *Arezzo*, que foi condenada a indenizar o artesão⁴¹. Em direção semelhante foi a decisão mantida pelo Agravo de Instrumento nº 1.089.940, na qual se condenou a empresa *C&A* a indenizar a autora de desenhos que estamparam bolsas e mochilas da loja⁴².

O caso da *Arezzo*, no entanto, não diz respeito à proteção do *design* em si, mas às estampas de autoria do artesão. Da mesma forma, não se confunde com a

³⁹ BERGAMASCHI, Marco. **Imitazione e concorrenza nell’abbigliamento di moda: un’interpretazione economico-aziendale della normativa vigente**. Paper numero 98. Brescia: 2009. Disponível em: <<http://www.unibs.it/sites/default/files/ricerca/allegati/Paper98.pdf>> Acesso em: 25 out 2015.

⁴⁰ Traduzido do original: A “useful article” is an article having an intrinsic utilitarian function that is not merely to portray the appearance of the article or to convey information. U.S. Code, Title 17, Chapter 1, § 101.

⁴¹ STJ. AREsp 20.660/RS. Rel. Min. João Otávio Noronha. Data de Publicação: 12.08.2011.

⁴² STJ. AI nº 1.089.940. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Data de Publicação: 12.04.2010.

proteção pelo direito de autor a proteção de marca impressa no artigo. No caso das bolsas *Louis Vuitton*, por exemplo, os artigos já são protegidos pela propriedade intelectual, porém no ramo da propriedade industrial em razão da marca impressa repetidas vezes sobre a bolsa⁴³. Ainda que a marca esteja protegida, na ausência de mecanismos de proteção à bolsa em si, bastaria que a marca fosse retirada do artigo ou mesmo alterada substancialmente para que a proteção não se aplicasse.

A jurisprudência norte-americana, como já se viu, passou várias décadas afastando a proteção da moda pelo *copyright* em razão do critério da utilidade. Todavia, a situação mudou com a aprovação do *Innovative Design Protection Act* de 2012, que expressamente dispôs que o *design* poderá ser protegido⁴⁴, tanto nos elementos originais dos artigos de vestuário quanto na incorporação de elementos originais a artigos de vestuário e ornamentos. As condições para a proteção são: (i) a obra deve ser resultado do esforço criativo do *designer*; (ii) a obra deve ser única, distinguível, não trivial e não deve ser apenas uma variação não utilitária de *designs* já existentes. O *Act* coloca, ainda, que a produção de cópia singular de uma criação de moda, fruto da costura caseira, constitui exceção à proteção e não configura infração aos direitos autorais (*home sewing exception*).

O sistema de *copyright* norte-americano, que por tanto tempo repeliu a proteção das criações de moda, positivou-a em nome do combate à pirataria, à proteção dos autores e da inovação. O sistema brasileiro também tem caminhado nesse sentido, ainda que não tenha modificado a Lei de Direitos Autorais até o presente momento. Já se desenvolvem, na jurisprudência pátria, critérios para a proteção desses direitos, como se percebe pelo caso que chegou ao STJ no qual se buscava a proteção de *lingeries* estampadas com “carinhas animadas”. O tribunal de origem entendeu que a utilização dessas estampas configura tendência de mercado, sem que sua utilização configure concorrência desleal, mas mera situação de concorrência mercadológica. O requisito da originalidade, segundo o julgado, deve estar presente juntamente da novidade, razão

⁴³ HOLTON, Paige. Intellectual Property Laws for Fashion Designers Need No Embellishments: They Are Already in Style. *The Journal of Corporation Law*. v. 39, n.2, p. 415-436, 2014. p. 419.

⁴⁴ Do original: Sec. 2. Amendments to title 17, United States Code. (4) Fashion Design. – A fashion design is subject to protection under this chapter.

pela qual não se concedeu a indenização, pois a utilização das ditas “carinhas” já era prática corriqueira no mercado⁴⁵.

O caso mais significativo da jurisprudência brasileira nesse âmbito foi o julgado proferido pela 24ª Vara cível de São Paulo no qual a empresa 284 foi condenada a indenizar a grife *Hermès* por copiar o *design* da bolsa *Birkin*. O juiz entendeu que a bolsa produzida pela 284 era idêntica àquela produzida pela *Hermès*, diferindo somente no material de confecção. A bolsa *Birkin*, segundo a decisão, “reflete um *design* criativo de sucesso e anos de investimento na divulgação da bolsa e em seu posicionamento estratégico de mercado”. A bolsa da 284 foi considerada desprovida de originalidade e, por esse motivo, auferia rendimentos à custa do desempenho alheio, importando em enriquecimento ilícito da parte. Além do enriquecimento sem causa, considerou-se que a possibilidade de confusão entre os artigos poderia lesionar a reputação da *Hermès*. Com base nesses fundamentos, o Juízo determinou, em sede de antecipação de tutela, que a parte se abstivesse de “produzir, importar, exportar, manter em depósito e comercializar a ‘bolsa 284’, descrita na petição inicial”⁴⁶.

A jurisprudência nacional tem dado, por conseguinte, importantes passos no sentido da proteção das criações de moda pelo direito de autor, que já apresenta mecanismos capazes de garantir o que é devido aos responsáveis pela inovação no mercado da moda.

IV. CONCLUSÃO

A proteção das criações de moda pelos direitos de autor ainda não se encontra pacificada pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras, razão pela qual se faz importante a construção de argumentos consistentes sobre a importância da proteção dessas criações, tanto pela ótica da defesa dos direitos dos autores sobre suas criações quanto pela da característica eminentemente inovadora do mercado da moda, sem a qual a própria indústria se desnatura.

⁴⁵ STJ. AREsp nº 148.499/SP. Rel. Min. Massami Uyeda. Data de publicação: 29.06.2012.

⁴⁶ TJ-SP. 24ª Vara Cível da cidade de São Paulo. Processo nº 583.00.2010.187707-5 (Reconvenção). Juíza: Tamara Hochgreb Matos. Data de Publicação: 02.06.2011.

O *Fashion Law* como um todo, que envolve não apenas a proteção da moda pelos direitos autorais, mas todas as implicações que essa indústria pode apresentar no mundo jurídico, se encontra em franco desenvolvimento na prática jurídica brasileira. Urge, frente à atual conformação da indústria da moda em termos econômicos, artísticos e culturais, que o direito brasileiro passe a formular respostas para as questões emergentes das disputas decorrentes desse mercado.

A doutrina sobre propriedade intelectual também deve ser atualizada e reformulada para que sejam abarcadas as questões do mercado da moda, de maneira a superar barreiras dogmáticas antigas⁴⁷. A análise do Direito Comparado, nesse sentido, pode trazer parâmetros interessantes para o desenvolvimento de uma proteção da moda tipicamente brasileira a partir da verificação dos percalços enfrentados em outros ordenamentos.

O que se observa pelo desenvolvimento da compreensão sobre os direitos autorais é que há uma convergência generalizada acerca da necessidade de proteção das criações de moda. Os sistemas francês e italiano – que, por sua vez, também bebe na fonte do *Droit d’Auteur* – há muito já oferecem mecanismos para a proteção desses artigos e de seus autores. O sistema do *copyright* norte-americano, tradicionalmente repelente a esse ponto de vista, já admitiu, inclusive no campo da legislação que essas criações de moda devem ser protegidas. Com menos esforço deve a compreensão brasileira sobre Direito de Autor, calcada em larga medida sobre o *Droit d’Auteur* francês, acertadamente tem admitido um desenvolvimento jurisprudencial desse tipo de proteção que, ainda que incipiente, é de suma importância para o fomento à indústria da moda e por quem deve ser seu principal motor: as criadoras e criadores.

REFERÊNCIAS

- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2.ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003.

⁴⁷ Um exemplo interessante é o artigo *Direito autoral na moda: visão jurisprudencial* publicado recentemente pela Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, que trouxe um panorama importante do trato que tem dado a jurisprudência nacional aos casos concernentes à proteção das criações de moda. Cf. PEDROZO, Denise Abdalla Freire. *Direito autoral na moda: visão jurisprudencial*. **Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual**. v. 136, p. 17-30, mai./jun. 2015.

- BERGAMASCHI, Marco. **Imitazione e concorrenza nell'abbigliamento di moda: un'interpretazione economico-aziendale della normativa vigente**. Paper numero 98. Brescia: 2009. Disponível em: <<http://www.unibs.it/sites/default/files/ricerca/allegati/Paper98.pdf>> Acesso em: 25 out 2015.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**.4.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- _____. **Direito de autor na obra publicitária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- CHAMPSAUR, Florence Brachet. Les Galeries Lafayette et le financement de la couture dans l'entre-deux-guerres : le cas Jean Patou. **Enterprises et histoire**. n.64, p. 183-185, 2011.
- COLOMBET, Claude. **Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde**: approche de droit compare. Paris: Libraire de la Cour de cassation; Unesco, 1990.
- DEPOORTER, Ben. Intellectual Property Infringements & 3D Printing: Decentralized Piracy. **Hastings Law Journal**. v. 65, n.1, p. 1483-1504, dec. 2013.
- DESBOIS, Henri. **Le Droit d'Auteur**: Droit français. Convention de Berne révisée. Paris: Librairie Dalloz, 1950.
- EGUCHI, Aya. Curtailing copycat couture: The merits of the innovative design protection and piracy prevention act and a licensing scheme for the fashion industry. **Cornell Law Review**. v. 97, n.1, p. 131-157, nov. 2011.
- HECKERLING, Amy. **As Patricinhas de Beverly Hills**. [Filme-vídeo]. Produção de Robert Lawrence e Scott Rudin, direção de Amy Heckerling. Estados Unidos, Paramount Pictures, 1995. Cópia digital, 97 min. Cor.
- HEMPHILL, C. Scott; SUK, Jeannie. The Law, Culture and Economics of Fashion. **Stanford Law Review**. v. 61, p. 1147-1199, mar. 2009.
- HOLTON, Paige. Intellectual Property Laws for Fashion Designers Need No Embellishments: They Are Already in Style. **The Journal of Corporation Law**. v. 39, n.2, p. 415-436, 2014.
- MARTINELLI, F. Gatsby, Dior e a produção do luxo na moda no século XX. **VI Encontro Nacional de Estudos do Consumo**. Rio de Janeiro: 2012. p. 1-20.
- PEDROZO, Denise Abdalla Freire. Direito autoral na moda: visão jurisprudencial. **Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual**. v. 136, p. 17-30, mai./jun. 2015.
- RAUSTIALA, Karl; SPRIGMAN, Christopher. The piracy paradox: Innovation and intellectual property in fashion design. **Virginia Law Review**. v. 92, n.9, p. 1687-1777. Dez. 2006
- SCAFIDI, Susan. Intellectual Property and Fashion Design. **Intellectual Property and Information Wealth**, v. 1, n. 115, p. 115-131, 2006.
- SILVEIRA, Newton. **A propriedade intelectual e as novas leis autorais**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- STEWART, Mary Lynn. Copying and Copyrighting Haute Couture: Democratizing Fashion, 1900 – 1930s. **French Historical Studies**, v. 28, n. 1, p. 103-130, 2005.
- VEBLEN, T. **Teoria da Classe Ociosa**: um estudo econômico das instituições. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

Recebido 13/01/2016
Aprovado 25/01/2016
Publicado 29/02/2016