

Das limitações da relação entre direito da moda e direito de propriedade intelectual

Mariele ZORATTO*

Antônio Carlos EFING**

RESUMO: Diante do impacto socioeconômico que tem a cadeia de moda, profissionais do Direito enxergaram nesse setor um campo promissor para a atuação jurídica e têm sustentado a existência de uma nova especialidade: o direito da moda. A fim de contribuir com a construção e difusão do direito da moda no país, esse trabalho visa a esclarecer os limites da relação entre direito da moda e direito de propriedade intelectual, isso feito por meio do método dedutivo e pesquisa descritiva. Quanto aos procedimentos técnicos utilizados, os resultados apoiam-se em revisão bibliográfica e legislações. Os resultados da análise apontam que a relação entre direito da moda e direito de propriedade intelectual é, na prática, bastante pontual, o que compromete a necessidade de uma especialidade jurídica cujo escopo principal seja a proteção das criações de moda. Entretanto, ainda é possível que o direito da moda se justifique por meio da atuação em outras vertentes.

PALAVRAS-CHAVE: Direito da moda; direito de propriedade intelectual; cadeia de moda; teoria *Zeitgeist*.

SUMÁRIO: Introdução; – 1. O direito que protege as criações de moda; – 2. A tutela de um sistema de livre apropriação; – 3. Limitações da relação entre direito da moda e direito de propriedade intelectual; – Considerações finais; – Referências.

TITLE: *The Boundaries of the Relation between Fashion Law and Intellectual Property Law*

ABSTRACT: *Considering the socioeconomic impact that the fashion chain has, Law professionals have seen this sector as a promising field for legal practice and have sustained the existence of a new specialty: fashion law. In order to contribute to the construction and diffusion of fashion law in the country, this paper aims to clarify the limits of the relationship between fashion law and intellectual property law, by using the deductive method and descriptive research. As for the technical procedures used, the results are supported by bibliographic review and legislation. The results of the analysis show that the relationship between fashion law and intellectual property law is, in practice, very punctual, which compromises the necessity for a legal specialty whose main scope is the protection of fashion creations. However, it is still possible that fashion law is justified by acting in other fields.*

KEYWORDS: *Fashion law; intellectual property law; fashion industry; Zeitgeist theory.*

CONTENTS: *Introduction – 1. The Law that protects fashion creations; – 2. The protection of a system of free appropriation; – 3. The boundaries of the relation between fashion law and intellectual property law; – Final remarks; – References.*

* Mestre em Direito (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR). Advogada.

** Doutor em Direito (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP). Professor no curso de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR. Advogado.

Introdução

Diante do impacto socioeconômico que tem a cadeia de moda, os profissionais do Direito enxergaram nesse setor um campo promissor para a atuação jurídica. Tendo em vista sua dinâmica e suas peculiaridades, bem como a ampla gama de problemas que podem surgir ao longo do ciclo produtivo de vestuário, advogados têm sustentado a existência de uma nova especialidade: o direito da moda.

Desenvolvido nos Estados Unidos, ele extrapolou fronteiras e conquistou interessados no mundo e no Brasil. Sua origem tem raízes estabelecidas no direito privado, embora o conteúdo do direito da moda possa abranger também questões públicas – que não são, entretanto, o objeto de estudo dessa pesquisa.

A fim de contribuir com a construção e difusão do direito da moda no país, esse trabalho visa a esclarecer um ponto aparentemente pacífico na disciplina, mas que, se analisado criticamente, apresenta fragilidades: a relação entre direito da moda e direito de propriedade intelectual.

Os profissionais que atuam e estudiosos da nova especialidade jurídica sustentam que tal relação é simbiótica e o principal conteúdo do direito da moda seria a proteção das criações. Entretanto, existem ressalvas consideráveis a essa aproximação em tese tão forte. O conhecimento acerca da dinâmica da moda e da tutela da propriedade intelectual revela uma incompatibilidade que não pode ser ignorada.

Por meio do método dedutivo, essas duas dinâmicas serão apresentadas, e a pesquisa pode ser classificada como descritiva, na medida em que verificará a existência de pontos de congruência e divergência entre direito da moda e direito de propriedade intelectual. Quanto aos procedimentos técnicos utilizados, os resultados apoiam-se em revisão bibliográfica e legislações.

O trabalho é organizado da seguinte maneira. Inicialmente será traçada a noção mais detalhada do que seja direito da moda, sua origem e finalidade, e como se aproximou do direito de propriedade intelectual. No tópico seguinte, serão trabalhados o conceito e finalidade do direito da moda. Em seguida, para fundamentar a crítica desse trabalho, apresenta-se como acontece a dinâmica da moda, para então, no último tópico, desconstruir alguns axiomas relativos ao direito da moda enquanto especialidade jurídica voltada à proteção do design de moda.

1. O direito que protege as criações de moda

O direito da moda é uma novidade do mundo jurídico que ainda está em construção e desenvolvimento. A pesquisa sobre o tema ainda é pouca, e não existe a seu respeito um conceito amplamente aceito e difundido. Existe, sim, uma ideia geral de que é uma especialidade jurídica dedicada a questões legais que surgem do funcionamento da cadeia de moda.

O primeiro passo nesse sentido foi a obra francesa *Droit International de la Mode*, de Jeanne Belumeur, publicada nos anos 2000, acerca da proteção jurídica das peças de luxo e de cunho artístico. Porém o escopo da análise da autora era bastante limitado a essas temáticas, ignorando a extensão da cadeia de moda que acontece além das peças de alta costura.¹

A temática começou a ser desenvolvida a partir de uma perspectiva industrial alguns anos depois nos Estados Unidos. É comum indicar Susan Scafidi como fundadora do direito da moda, uma vez que inaugurou um instituto para o estudo da disciplina em 2010 em Nova Iorque. Em sua perspectiva, ele seria o ramo do direito dedicado a tratar dos possíveis problemas que podem surgir ao longo da vida útil de uma peça de roupa.²

Porém, um ano antes, foi publicado um artigo que tratava das aproximações entre direito e moda, que se tornou bastante influente no desenvolvimento do assunto. Nesse sentido, a obra de Hemphill e Suk³ estabeleceu o primeiro precedente norte-americano relevante na construção do direito da moda.

Depois, Guillermo Jimenez alcançou destaque na construção do direito da moda, para quem ele seria a área do direito que trata dos problemas comerciais cotidianos da indústria da moda, revelando-se como uma compilação de várias disciplinas jurídicas.⁴

¹ BELHUMEUR, Jeanne. *Droit international de la mode* (Direito internacional da moda). Canova: Società Libreria Editrice, 2000. Disponível em: <https://docplayer.fr/116576142-Jeanne-belumeur-droit-international-de-la-mode.html>. Acesso em: 20 abr. 2020.

² OSMAN, Bruna Homem de Souza. *Fashion Law: desconstrução do direito da moda no Brasil*. 2017. 105 f. Dissertação - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/3408>. Acesso em: 20 abr. 2020. p. 47.

³ HEMPHILL, C. Scott; SUK, Jeannie. *The Law, Culture and Economics of Fashion* (O direito, cultura e economia da moda). In: *Stanford Law Review*, vol. 61, nº 5, 2009. Disponível em: <https://www.ssrn.com/abstract=1323487>. Acesso em: 20 abr. 2020.

⁴ JIMENEZ, Guillermo C. *Fashion Law: Overview of a New Legal Discipline* (Direito da moda: panorama de uma nova disciplina jurídica). In: JIMENEZ, Guillermo C.; KOLSUN, Barbara (Org.). *Fashion Law: a Guide for Designers, Fashion Executives and Attorneys* (Direito da moda: um guia para designers, executivos de moda e advogados). New York: Fairchild Books, 2013.

Isso significa que o direito da moda seria uma especialidade bastante abrangente, capaz de englobar temas de cunho público e privado, e mesclar atuações em diversas áreas, como direito empresarial, tributário, trabalhista, ambiental etc.

Entretanto, apesar de todas as áreas que possam compor o conteúdo do direito da moda, o foco está em sua relação com o direito de propriedade intelectual. Essa ideia está presente nas obras dos autores já citados acima, e é compilada por Krčmářová, que ao listar as áreas em que o direito da moda se subdivide – propriedade intelectual da moda (*fashion intellectual property*), direito empresarial da moda (*fashion business law*) e direito público da moda (*fashion public law*), ressalta que a primeira é eleita a mais crucial para a disciplina.⁵

A indústria da moda sempre esteve fortemente ligada ao direito de propriedade intelectual desde seu início. De fato, a maioria do público acadêmico acredita que o direito de propriedade intelectual é o centro do direito da moda, e outros sub-ramos são secundários.⁶

Nesse sentido, o direito da moda se apresenta com o intuito de tutelar as criações de moda. Isso fazer com que seu objeto de proteção seja o design, o que leva autores como Osman a sugerir que o nome da especialidade seria mais adequado se fosse “direito do design de moda”.⁷ A partir desse prisma, ele claramente é uma especialidade dentro do direito privado, que eventualmente resvala em temas de direito público. Ela está muito ligada à prática privada da advocacia, e isso naturalmente faz com que os temas com maior vazão sejam aqueles imbuídos de cunho empresarial, e nessa linha se insere a proteção da propriedade intelectual.

O argumento principal é de que as criações de moda devem ser protegidas, uma vez que as cópias desestimulam a criação, enfraquecem as marcas e comprometem as vendas.⁸

O arcabouço legislativo para a atuação nesse sentido é formado pela Constituição Fede-

⁵ KRČMÁROVÁ, Anna. *Fashion Law* (Direito da Moda). 2017. Tese (Doutorado em Direito. *Faculty of Law, Charles University, Praga, República Checa, 2017. Disponível em: <https://is.cuni.cz/webapps/zzp/download/150038497>. Acesso em: 20 abr. 2020. p. 20.*

⁶ “The fashion industry has been strongly linked with the intellectual property law since its outset. In fact, the vast majority of academic public believes that the intellectual property law is the core of the fashion law and other subfields are secondary”. KRČMÁROVÁ, Anna. *Fashion Law* (Direito da Moda). 2017. Tese (Doutorado). Charles University, Praga. Disponível em: <https://is.cuni.cz/webapps/zzp/download/150038497>. Acesso em: 20 abr. 2020, p.71.

⁷ OSMAN, Bruna Homem de Souza. *Fashion Law: desconstrução do direito da moda no Brasil*. 2017. 105 f. Dissertação - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/3408>. Acesso em: 20 abr. 2020. P. 66.

⁸ OSMAN, Bruna Homem de Souza. *Fashion Law: desconstrução do direito da moda no Brasil*. 2017. 105 f. Dissertação - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/3408>. Acesso em: 20 abr. 2020; ROSINA, Mônica Steffen Guise; CURY, Maria Fernanda (coord.). *Fashion Law: direito e moda no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ral (art. 5º, XXVII),⁹ Lei nº 9.610/98¹⁰ (dispõe sobre direito de autor) e Lei nº 9.279/96¹¹ (dispõe sobre propriedade industrial).

O design implica em processo criativo que, em tese, pode ser protegido genericamente pelo direito de autor – como qualquer criação do espírito expressa por qualquer meio e fixada em qualquer suporte¹² –, ou pela tutela da propriedade industrial sobre modelos que se destinam a ser reproduzidos na indústria.

Entretanto, isso traz alguns questionamentos quanto à real aplicabilidade dos institutos de proteção. A análise crítica dessas questões pode comprometer a relevância do direito da moda enquanto especialidade jurídica se pautado essencialmente nesses temas, como será visto a seguir. Entretanto, antes de adentrar nesse mérito, é indispensável compreender a dinâmica da moda e as peculiaridades desse setor.

2. A tutela de um sistema de livre apropriação

Pautar o direito da moda na proteção do design importa em duas premissas: primeira delas, que as cópias são indiscutivelmente lesivas; segundo, que o Direito é capaz de acompanhar o ritmo da moda. Porém, nenhuma das duas é verdadeira.

A moda, similar a um sistema de moto-contínuo, tem em sua essência a renovação, que acontecerá independentemente de artifícios, uma vez que acompanha as transformações de sua época. Ela vive de mudança e renovação, que, ao invés de esvaziá-la, ao contrário, revigora-na. Isso acontece porque a moda opera num sistema endógeno, em que se alimenta de seus próprios elementos – no caso, modelos já criados e replicados de diversas formas.¹³

Entretanto, o ritmo de variação que operava na base de décadas (ou períodos até maiores) até o século passado, no século XXI passou por um encurtamento acentuado entre o florescer e o murchar de uma tendência, culminando no modelo de produção chamado *fast fashion*:

⁹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 abr. 2020.

¹⁰ BRASIL, Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 20 abr. 2020.

¹¹ BRASIL, Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm. Acesso em: 20 abr. 2020.

¹² BRASIL, Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 20 abr. 2020. Art. 7º.

¹³ BAUMAN, Zygmunt. 44 Cartas do Mundo Líquido Moderno. Tradução: Vera Pereira. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 78.

A moda rápida, mais conhecida como fast fashion, é uma prática de grandes empresas internacionais de moda e redes de distribuição que conseguiram seduzir sua clientela graças à atualização constante do design de suas peças e aos baixos preços de seus produtos.¹⁴

Embora ele esteja intimamente relacionado a grandes redes varejistas, as marcas de luxo também estão sujeitas a um acentuado ritmo de produção. De acordo com a pirâmide proposta por Doringer e Crean, o design muda mais rapidamente no topo da pirâmide (onde se encontram as marcas de luxo), ao contrário do que intuitivamente se pensa a respeito do *fast fashion*.¹⁵

A substituição contínua de tendências, que culminam na produção de peças de vestuário, hoje atinge todas as estratificações da moda, e por motivos ainda discutíveis. É possível sustentar que a demanda constante por renovação é própria da estrutura do capitalismo de consumo. Conforme explica Lipovetsky,¹⁶ houve uma revolução consumista, que mudou o sistema econômico, deixando de ser pautado na satisfação, e se orientando para a arte da oferta. São tempos de economia da variedade e da reatividade, em que novos critérios competitivos se apresentam para as empresas, como tempo, inovação e renovação dos produtos.

O reconhecimento desse caráter dinâmico e transitório traz importantes consequências para a legitimidade dos argumentos de que as cópias prejudicam a inovação na indústria da moda e que é indispensável a proteção legal das criações.

Hemphill e Suk¹⁷ se valem da teoria *Zeitgeist* para diferenciar cópias de participação em tendências. De acordo com a teoria, a moda emerge de escolhas individuais, que, uma vez semelhantes, se unem para formar um gosto coletivo, composto por certas tendências que caracterizam determinado período histórico. Dessa forma é natural que, por certo período, existam produtos similares no mercado, uma vez que todos estão sujeitos às mesmas tendências de época. Isso faz com que as cópias sejam apenas um subproduto de um processo maior de imitação. Elas podem ser diferenciadas entre as cópias ser-

¹⁴ SALCEDO, Elena. Moda ética para um futuro sustentável. Tradução: Denis Fracalossi. São Paulo: G. Gilli, 2014. p. 26.

¹⁵ Apud RAUSTIALA, Kal; SPRINGMAN, Christopher. The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design (O paradox da pirataria: inovação e propriedade intelectual no design de moda). In: Virginia Law Review, vol. 92, n° 8, dezembro, 2006. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=878401. Acesso em: 20 abr. 2020. p. 1693-1694.

¹⁶ LIPOVETSKY, Gilles. A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. Tradução: Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

¹⁷ HEMPHILL, C. Scott; SUK, Jeannie. The Law, Culture and Economics of Fashion (O direito, cultura e economia da moda). In: Stanford Law Review, vol. 61, n° 5, 2009. Disponível em: <https://www.ssrn.com/abstract=1323487>. Acesso em: 20 abr. 2020. p. 1163.

vis (*close copies*), que substituem ou reduzem o valor do produto original, e as interpretações, que complementam a tendência.

Os mesmos autores argumentam que as cópias servis comercializadas em grandes lojas de *fast fashion* dilapidam o valor do design e das marcas originais, uma vez que comprometem as escolhas do consumidor, e que isso representaria uma ameaça ao desenvolvimento de novas criações.¹⁸ Porém, para que esse raciocínio seja coerente, é preciso que o consumidor em questão seja da mesma categoria.

Se o produto copiado pertencer a um seguimento de mercado totalmente diferente – por exemplo, a diferença entre produtos de alta costura e aqueles vendidos em grandes varejistas –, a cópia nem sequer atingirá o perfil de clientes do produto original. Embora as camas mais baixas da pirâmide de moda se inspire nas produções do topo, o perfil de consumidor desses produtos não é necessariamente o mesmo. Outros problemas podem surgir, como a diluição do valor da marca, mas o comprometimento das escolhas de compra certamente não é algo a ser seriamente considerado.

A grande questão das cópias é o comprometimento das escolhas. O consumidor pode ser levado a erro diante de produtos similares, e por qualquer motivo (geralmente econômico), acabar escolhendo a contrafação. Essa ideia está contida no conceito de concorrência desleal prevista na Lei de Propriedade Industrial brasileira.¹⁹

Muito da doutrina pátria sobre o tema direito da moda se utiliza da aplicação desse conceito para condenar as cópias.²⁰ De fato, é uma linha de argumentação plausível, que se utiliza de um tipo aberto, e constrói um sistema de proteção que já encontrou respaldo nos Tribunais.²¹

É possível aplicar ainda, em casos mais graves, a proteção prevista no Código Penal. A pirataria se enquadra no tipo penal previsto no artigo 184, que estipula pena para o crime de violação de direito autoral. Tal tipo penal está na categoria de crimes contra a

¹⁸ Cit., p. 1174.

¹⁹ BRASIL, Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm. Acesso em: 20 abr. 2020.

²⁰ OSMAN, Bruna Homem de Souza. *Fashion Law: desconstrução do direito da moda no Brasil*. 2017. 105 f. Dissertação - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/3408>. Acesso em: 20 abr. 2020; ROSINA, Mônica Steffen Guise; CURY, Maria Fernanda (coord.). *Fashion Law: direito e moda no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

²¹ Vide decisões mencionadas em: ROSINA, Mônica Steffen Guise; CURY, Maria Fernanda (coord.). *Fashion Law: direito e moda no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

propriedade intelectual, que por sua vez faz parte do rol de crimes contra a propriedade imaterial.²²

Existe diferença entre as aplicações dos dois institutos. Enquanto a pirataria é de interesse público ser combatida, em todas as esferas, tanto que está presente no Código Penal, o combate à concorrência desleal ocorre na esfera privada, e demanda uma prova muito bem construída nos autos. A alegação de concorrência desleal envolve nuances, que ficam ainda mais difíceis de serem evidenciadas em produtos meramente inspirados, que contam com certo grau de inovação e não podem ser reputados como falsificações. Ao se considerar a teoria *Zeitgeist*, nesse caso não há que se falar em qualquer tipo de lesão, uma vez que há apenas participação nas tendências que marcam a época.

Ainda é possível analisar a questão a partir do ponto de vista criativo, que é muito mencionado pelos defensores da proteção da propriedade intelectual, mas agora sob outra perspectiva: “a defesa ortodoxa da propriedade intelectual minimiza o papel fundamental que apropriação, citação e alusão têm no processo criativo”.²³ Muito influenciado pela teoria *Zeitgeist*, Lethem afirma que uma época é marcada não tanto pelas ideias que são discutidas, mas sim por aquelas que se tornaram lugar-comum. É aquilo que não precisa de defesa que marca uma era. Nesse sentido, o direito autoral é uma negociação social em curso, que acontece em uma cultura de mercado em que tudo tem valor, e tudo deve pertencer a alguém, que se assemelha muito a um monopólio sobre o uso, claramente contrário ao interesse público.²⁴

Ao trazer a linha de raciocínio da arte para a moda (que também pode ser arte), as criações têm por base algo que já foi visto, já foi criado, e isso influencia o novo – uma vez que se trata de um sistema endógeno. Uma análise legalista da questão verá plágio em todo e qualquer processo criativo, porque toda ideia emerge da congregação de outras ideias, e negar essa realidade se assemelha a uma hipocrisia quanto às fontes.²⁵

Além do ponto de vista da participação em um panorama maior chamado de tendência de época, e também da inevitabilidade da influência de outras criações no processo criativo, há ainda que se sopesar o real peso das cópias da indústria da moda.

²² BRASIL, Decreto-lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 abr. 2020.

²³ LETHEM, Johnatan. O êxtase da influência: um plágio. Tradução: Alexandre Barbosa de Souza e Bruno Costa. Revista Serrote, n° 12, São Paulo: IMS, 2012. p. 117.

²⁴ Cit., p. 127-129.

²⁵ LETHEM, Johnatan. O êxtase da influência: um plágio. Tradução: Alexandre Barbosa de Souza e Bruno Costa. Revista Serrote, n° 12, São Paulo: IMS, 2012. p. 132.

A alegação de que as cópias são um mal a ser duramente combatido pela lei de propriedade intelectual, uma vez que teria o condão de prejudicar os designers e desestimular as criações, é refutada por Raustiala e Springman,²⁶ que por meio de um raciocínio contraintuitivo apresentam o chamado paradoxo da pirataria. Na visão dos autores, ao contrário de prejudicar, as cópias auxiliam na renovação da moda e manutenção de seu ciclo econômico.

Existe uma anomalia na indústria da moda: ela é um seguimento de mercado altamente criativo, que opera sem um sistema forte de proteção da propriedade intelectual, e, apesar disso, a inovação e o investimento continuam vibrantes. Isso é incabível do ponto de vista da doutrina ortodoxa sobre propriedade intelectual. Isso acontece porque esta sempre enxerga a pirataria como uma séria ameaça ao trabalho criativo. As indústrias da música, filmes, software e editorial buscaram se valer ao máximo dessa visão na busca de mais proteção. Já a indústria da moda, apesar das flagrantes apropriações que acontecem, até o momento não se mobilizou seriamente nesse sentido.²⁷

A justificativa dos autores para tal fenômeno é explicado por meio do que eles intitularam paradoxo da pirataria. Utilizando-se da teoria do status para explicar as mudanças na moda, as criações são originadas com determinado valor social para a classe dominante, e na medida em que tais produtos são disseminados às classes inferiores, por meio de cópias mais baratas, o valor da mercadoria se perde, e a indústria deve promover novas criações investidas de valor. Assim, ao invés de prejudicar as invenções, as cópias aceleram o ciclo da moda, e ajudando na rápida rotatividade e manutenção dos volumes de venda.²⁸

O seguimento opera no que os autores chamam de equilíbrio de baixa propriedade intelectual (*low-IP equilibrium*). Isso significa que instrumentos como marca, patente e direito de autor oferecem proteção bastante limitada às criações, dando origem a um regime de livre apropriação, e isso é politicamente estável. A grande questão é por que tal sistema se sustenta e é pouco questionado.²⁹

²⁶ RAUSTIALA, Kal; SPRINGMAN, Christopher. The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design (O paradox da pirataria: inovação e propriedade intelectual no design de moda). In: Virginia Law Review, vol. 92, n° 8, dezembro, 2006. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=878401. Acesso em: 20 abr. 2020. p. 1691.

²⁷ Cit., p. 1689 e 1717.

²⁸ RAUSTIALA, Kal; SPRINGMAN, Christopher. The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design (O paradox da pirataria: inovação e propriedade intelectual no design de moda). In: Virginia Law Review, vol. 92, n° 8, dezembro, 2006. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=878401. Acesso em: 20 abr. 2020. p. 1718-1722.

²⁹ Cit., p. 1699.

Isso acontece pelo fato de que a apropriação acontece em todos os níveis da pirâmide da moda. Por ser um sistema endógeno, a moda se alimenta de suas próprias criações passadas. Com o passar do tempo, é mais provável que os designers se tornem mais copistas do que criadores, uma vez que ideias originais são poucas. A própria existência de tendências mostra que muitos atores copiam ou releem ideias de antigos criadores. Alguns criam mais que outros, mas em algum momento todos serão copistas – isso é o que a indústria prefere chamar de *referenciação* – dentro de um sistema de livre apropriação.³⁰

Isso mostra que copiar é um futuro tão certo quanto ser copiado, razão pela qual uma ostensiva proteção não pode ser entendida como vantajosa a priori. Em resumo, a cadeia de moda é um seguimento criativo sui generis, com peculiaridades que o individualizam. Isso somado aos argumentos já trabalhados - mudança rápida e inevitável, participação em tendências e referenciação – faz com que a tutela da propriedade intelectual às criações de moda seja ora inconveniente, ora desacertada.

3. Limitações da relação entre direito da moda e direito de propriedade intelectual

Argumentar que as criações de moda merecem proteção não é uma tarefa tão complexa, conforme já visto em tópico anterior. É quase intuitivo. Diante de um sistema jurídico que protege os direitos de autor a nível constitucional (CF, art. 5º, XXVII)³¹, sendo que qualquer criação do espírito, expressa por qualquer meio ou fixada em qualquer suporte (Lei nº 9.610/98)³² está sob tutela legal sem necessidade de registro, é uma conclusão fácil a que sustenta ser o design também objeto de proteção. Entretanto, existem alguns requisitos e algumas ressalvas que merecem ser consideradas, e que são capazes de quebrar esse raciocínio aparentemente tão óbvio e linear.

Ao continuar na linha do direito de autor, regulado pela Lei nº 9.610/98, conforme visto acima, sua tutela se estende de maneira automática às criações do espírito que sejam de fato expressas. Dentre o rol de obras tuteladas, no caso da moda ganham destaque os desenhos (art. 7º, VIII). Nesse sentido, qualquer desenho de moda é passível de proteção pela referida lei.

³⁰ Cit., p. 1715, 1727 e 17728.

³¹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 abr. 2020.

³² BRASIL, Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 20 abr. 2020.

Porém, o detalhe está na ressalva feita pelo artigo 8º, VII, do mesmo diploma legal: o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras não é tutelado pelo direito de autor. Ou seja, uma vez que a moda é um seguimento de indústria e comércio, quando os desenhos são empregados na produção industrial, eles perdem a qualidade de criações do espírito e se tornam modelo para reprodução de peças. Em resumo, nos termos da Lei nº 9.610/98, o desenho em si é protegido, sua aplicação industrial, não.

Silveira sustenta que se a criação tiver valor artístico, embora tenha aplicação industrial, ela continuará sendo objeto de proteção.³³ Porém, essa é uma situação excepcional, mais provável de acontecer no seguimento da alta costura, e incomum no dia-a-dia das confecções.

Essa realidade leva ao conteúdo de outro diploma legal, a Lei nº 9.279/96,³⁴ que disciplina a propriedade industrial. Uma vez que a moda é uma cadeia formada majoritariamente de etapas industriais, há fortes indícios de que esse seja o ramo mais adequado para sua tutela. Dentre os institutos de propriedade industrial, existem três que podem ser aplicáveis à moda: patentes, desenho industrial e marca. Contudo, a aplicabilidade deles é bastante pontual.

Embora o direito de autor demande, como único requisito, a originalidade das criações, no campo da propriedade industrial exige-se novidade. Enquanto a primeira é subjetivamente considerada (está na esfera pessoal do autor), a segunda é auferida por critérios objetivos, traduzida naquilo que estiver além do estado da técnica e se revela como conhecimento novo para a coletividade.³⁵

Quanto às patentes, o requisito novidade está previsto no art. 8º da lei em questão, entendido como aquilo que não está compreendido no estado da técnica (art. 11). Acontece que a moda é um sistema endógeno, conforme já visto, que recicla modelos passados e inova muito pouco nos padrões de peças que comumente se produz. Para ilustrar: embora o tecido, a cor, e alguns detalhes das calças possam variar, seu formato geral (duas pernas e um cós) não muda. Isso faz com que a patente possa ser aplicada mais

³³ SILVEIRA, Newton. Propriedade intelectual: propriedade industrial, direito de autor, software, cultiva-res, nome empresarial, título de estabelecimento, abuso de patentes. 6 ed. Barueri: Manole, 2018. p. 8.

³⁴ BRASIL, Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm. Acesso em: 20 abr. 2019.

³⁵ SILVEIRA, Newton. Propriedade intelectual: propriedade industrial, direito de autor, software, cultiva-res, nome empresarial, título de estabelecimento, abuso de patentes. 6 ed. Barueri: Manole, 2018. p. 7.

provavelmente a novos tecidos, maquinários, insumos etc., mas não às criações de moda que compõe as novas coleções.

Esse mesmo raciocínio pode ser usado para afastar a concessão de direitos de desenho industrial (artigos 95 e 96), que também exigem o requisito novidade. Além disso, está expressamente excluída da proteção legal – como *não registrável* – a forma necessária, comum ou vulgar do objeto (art. 100, II). Isso leva mais uma vez ao exemplo das calças, e também da esmagadora maioria das peças de vestuário que se possa imaginar.

Resta ainda a possibilidade de se valer da proteção das marcas, que são sinais distintivos de uma atividade empresária (art. 122). Porém, elas não se destinam a proteger os diversos produtos produzíveis por uma atividade empresária, se limitando apenas aos sinais distintivos da mesma, que permitam que ela seja reconhecida pelos consumidores e público em geral.³⁶

Gianchetta e Santos³⁷ sintetizam os argumentos acima expostos. Direito de autor não é compatível, porque demanda dissociação do caráter industrial, e, em regra, as criações tem caráter utilitário, e serão produzidas em indústrias. Já as patentes demandam um nível de inovação que só pode ser percebido em invenções como novos tecidos ou fibras. Já a proteção às marcas não se estende às criações. Quanto ao desenho industrial, o requisito “novidade” é difícil de cumprir, uma vez que as criações combinam elementos já conhecidos.

Há um instituto estrangeiro intitulado *trade dress*, oriundo dos Estados Unidos, que visa à proteção da aparência global de um produto, e tem sido aplicado no Brasil, ainda que de forma bastante limitada, em situações em que se verificou concorrência desleal.³⁸ Porém, além da inexistência de incorporação desse instituto ao arcabouço nacional de proteção à propriedade industrial, a própria aplicabilidade do instituto de concorrência desleal é comprometida pela ausência de previsão. Uma leitura minuciosa do conteúdo do art. 195 da Lei n° 9.279/96 revela que, ao menos a priori, nenhum de seus incisos compreende a situação de uma peça de roupa ser copiada por um concorrente.

³⁶ Cit., p. 9.

³⁷ GIANCHETTA, André Zonaro; SANTOS, Matheus Chucris dos. A proteção do design das criações de moda pela propriedade intelectual: breve análise do panorama atual de proteção e reflexões sobre a necessidade de proteção específica para o design de criações de moda. In: ROSINA, Mônica Steffen Guise; CURY, Maria Fernanda (coord.). *Fashion Law: direito e moda no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 34-40.

³⁸ ROSINA, Mônica Steffen Guise; CURY, Maria Fernanda (coord.). *Fashion Law: direito e moda no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

Apesar da inexistência de previsão legal expressa, é sabido que o instituto de concorrência desleal é mais abrangente que o rol apresentado na Lei nº 9.279/96. Já na Convenção de Paris ficou estabelecido que ato desleal é todo aquele que seja contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial. Em relação ao objeto de estudo desse trabalho, ganha destaque o disposto no art. 10 bis, inciso 3, tópico 1º define como desleais atos suscetíveis de, por qualquer meio, estabelecer confusão com produtos de um concorrente.³⁹

Silveira destaca que recorre exatamente à tutela contra concorrência desleal aquele que não ostenta tutela dos modelos que produz. Quando o empresário não possui registro ou não estiver amparado pelo direito de autor, ele pode se valer da repressão à concorrência desleal para garantir exclusividade para os produtos de sua indústria. Isso acontece para punir a ofensa à obrigação de diferenciação que ocorre no mercado. A fim de evitar atos confusórios, os concorrentes, ao fabricarem modelos de domínio público, devem introduzir pequenas modificações a fim de diferenciá-los.⁴⁰

É improvável que esse raciocínio possa ser aplicado amplamente à cadeia de moda. Isso demandaria poder avaliar, sempre, que criou determinada peça em primeiro lugar, dotada de inquestionável originalidade, e então passou a ser indevidamente copiado. Em um ambiente onde continuamente ocorre referência, isolar uma criação de todas as influências que teve seria, como já mencionado, uma hipocrisia quanto às fontes,⁴¹ bem como conceder privilégios a uma peça seria barrar a continuidade do processo de referência, indispensável para o desenvolvimento da moda.

Além disso, para efetivar a tutela, seria necessário singularizar quem deu início à tendência vigente em determinado período histórico – ou seja, quem está sendo copiado-, o que, mais uma vez, é impossível. De acordo com a teoria *Zeitgeist*, já trabalhada, a tendência é o produto de uma época, e é construída por diversos acontecimentos e comportamentos, e a partir disso é compartilhada por quem quer que almeje participar. Uma tendência não é algo criado por um indivíduo, mas um padrão compartilhado pela coletividade.

³⁹ CONVENÇÃO de Paris. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and1263-94.pdf. Acesso em: 20 abr. 2020.

⁴⁰ SILVEIRA, Newton. Propriedade intelectual: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial, título de estabelecimento, abuso de patentes. 6 ed. Barueri: Manole, 2018. p. 8.

⁴¹ LETHEM, Johnatan. O êxtase da influência: um plágio. Tradução: Alexandre Barbosa de Souza e Bruno Costa. Revista Serrote, nº 12, São Paulo: IMS, 2012. p. 132.

Nesse sentido, o próprio princípio da prestação, que significa competir no mercado pelos próprios esforços,⁴² encontra um ponto de relaxamento, uma vez que diversos competidores, em determinado período, estarão oferecendo produtos altamente similares, todos integrantes da mesma tendência vigente.

Percebe-se, então, que poucas criações de moda cumprem os requisitos legais para proteção pelos institutos abordados nesse tópico. Isso somado aos argumentos trabalhados no tópico anterior permite constatar que a relação entre moda e direito de propriedade intelectual só pode ser demasiado pontual para justificar um seguimento do Direito dedicado a esses estudos.

O que é visto “nos Tribunais”⁴³ é a defesa de produtos pontuais, que cumprem os requisitos para proteção, enquanto a maioria esmagadora das criações permanece – e provavelmente permanecerá – dentro de um regime de livre apropriação, que um dia beneficia uns, para no dia seguinte beneficiar outros. Isso afasta a conclusão apressada de que a existência de decisões judiciais, cujos fatos jurídicos analisados sejam oriundos da cadeia de moda, seja suficiente para sustentar a existência do direito da moda.

Contudo, apesar de todas as ressalvas feitas exclusivamente à relação entre direito de propriedade intelectual e direito da moda, não é possível argumentar que este não exista e não possa se desenvolver. Existem outros temas que podem ser englobados pela nova especialidade, que tornem seu escopo mais variado. Essa possibilidade já foi mencionada acima, e é reconhecida pelos autores citados nesse trabalho, embora condenada ao segundo plano da disciplina.

Portanto, cabe reavaliar qual o conteúdo majoritário do direito da moda, a fim de não condenar uma especialidade tão promissora logo no início de seu desenvolvimento.

Considerações finais

O direito da moda é uma nova especialidade jurídica ainda em fase de construção e consolidação, que tem suas origens no direito privado, e pode se estender por diversos ramos do Direito, sejam públicos ou privados.

⁴² ALMEIDA JUNIOR, José Roberto. Concorrência desleal: atos de imitação não confusivos. In: Revista de Propriedade Intelectual, Direito Contemporâneo e Constituição (PIDCC), vol. 11, n. 2, 2017, p. 204-222. DOI: <http://dx.doi.org/10.16928/2316-8080.Vo1N1p.204-222>. p. 210.

⁴³ Tendo em vista a recorrência da relação entre Moda e Tribunais, como possível fundamento para a existência do direito da moda.

Até o momento, é comum os trabalhos e matérias sobre o tema apresentarem a proteção das criações de moda como o principal conteúdo da especialidade. Porém, uma análise detalhada da relação entre direito da moda e direito de propriedade intelectual mostra que a aproximação é bastante pontual na prática.

Antes de adentrar a análise jurídica da questão, é preciso compreender a dinâmica da cadeia de moda, que apresenta peculiaridades decisivas para a crítica desse trabalho. Ao constituir um sistema endógeno, que recicla criações, e onde o processo de referência é contínuo e difundido por todo o setor, a tutela da propriedade intelectual encontra limites exatamente na necessidade de livre apropriação que possibilita a criação contínua de modelos. Há também que se considerar, pautando-se na teoria *Zeitgeist*, que para determinados períodos históricos existem tendências, formadas coletivamente e seguidas por muitos agentes, que dá origem a produtos bastante similares.

Embora qualquer criação do espírito, expressa por qualquer meio, tenha proteção imediata do direito de autor, os desenhos de moda são destinados à aplicação e reprodução industrial, o que extrapola os limites da tutela jurídica por meio daquele instituto. Ainda que algumas peças possam ter cunho artístico, o que estenderia a proteção, tal situação é excepcional.

Em relação aos institutos de propriedade industrial, as criações de moda dificilmente cumprem o requisito novidade, que pode ser entendido como aquilo que está além do estado da técnica, uma vez que a forma comum dos produtos raramente muda. As mudanças marginais que se sucedem não são profundas o suficiente para serem tidas como novidade. A consequência disso é que também os institutos como patente e desenho industrial tenham aplicação reduzida no campo da moda.

É possível ainda argumentar acerca da proteção por meio do combate à concorrência desleal, por meio da vedação a atos confusórios, e, mais uma vez, as peculiaridades do seguimento comprometem sua aplicação. Dentro da linha de raciocínio que se pauta pela Teoria *Zeitgeist*, não é um agente apenas que lança tendência, e sim um conjunto de comportamentos e gostos, o que torna impossível singularizar quem foi o primeiro criador de determinado produto, por ser igualmente impossível limitar as influências que operaram para se chegar a tal resultado. Sem identificar o agente que está sendo verdadeiramente vítima das cópias, resta comprometida a tutela.

Isso mostra que a relação entre direito da moda e direito de propriedade intelectual é, na prática, bastante pontual, o que compromete a necessidade de uma especialidade jurídica cujo escopo principal seja a proteção das criações de moda. Entretanto, ainda é possível que o direito da moda se justifique por meio da atuação em outras vertentes.

Referências

ALMEIDA JUNIOR, José Roberto. Concorrência desleal: atos de imitação não confusivos. In: *Revista de Propriedade Intelectual, Direito Contemporâneo e Constituição (PIDCC)*, vol. 11, n. 2, 2017, p. 204-222. DOI: <http://dx.doi.org/10.16928/2316-8080.Vo1N1p.204-222>.

BAUMAN, Zygmunt. *44 Cartas do Mundo Líquido Moderno*. Tradução: Vera Pereira. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

GIANCHETTA, André Zonaro; SANTOS, Matheus Chucrí dos. A proteção do design das criações de moda pela propriedade intelectual: breve análise do panorama atual de proteção e reflexões sobre a necessidade de proteção específica para o design de criações de moda. In: ROSINA, Mônica Steffen Guise; CURY, Maria Fernanda (coord.). *Fashion Law: direito e moda no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 34-40.

GIL, Antônio Carlos. 2010. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 5 ed. São Paulo: Atlas.

HEMPHILL, C. Scott; SUK, Jeannie. *The Law, Culture and Economics of Fashion* (O direito, cultura e economia da moda). In: *Stanford Law Review*, vol. 61, n° 5, 2009. Disponível em: <https://www.ssrn.com/abstract=1323487>. Acesso em: 20 abr. 2020.

JIMENEZ, G. C. 2013. *Fashion Law: Overview of a New Legal Discipline*. In: G. C. JIMENEZ; B. KOLSUN (Org.). *Fashion Law: a Guide for Designers, Fashion Executives and Attorneys*. New York: Fairchild Books.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. 2017. *Metodologia científica*. 7 ed. São Paulo: Atlas.

LETHEM, Johnatan. O êxtase da influência: um plágio. Tradução: Alexandre Barbosa de Souza e Bruno Costa. *Revista Serrote*, n° 12, São Paulo: IMS, 2012.

LIPOVETSKY, G. 2009. *O império do efêmero: a moda e seu destino das sociedades modernas*. Tradução: Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras.

LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. Tradução: Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

OSMAN, B. H. S. 2017. *Fashion Law: desconstrução do direito da moda no Brasil*. Dissertação (mestrado). Dissertação - Universidade Presbiteriana Mackenzie, 105 p. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/3408>. Acesso em: 13 abr. 2020.

RAUSTIALA, Kal; SPRINGMAN, Christopher. *The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design* (O paradox da pirataria: inovação e propriedade intelectual no design de moda). In: *Virginia Law Review*, vol. 92, n° 8, dezembro, 2006. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=878401. Acesso em: 20 abr. 2020.

ROSINA, Mônica Steffen Guise; CURY, Maria Fernanda (coord.). *Fashion Law: direito e moda no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

SALCEDO, Elena. *Moda ética para um futuro sustentável*. Tradução: Denis Fracalossi. São Paulo: G. Gilli, 2014.

SILVEIRA, Newton. *Propriedade intelectual: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial, título de estabelecimento, abuso de patentes*. 6 ed. Barueri: Manole, 2018.

SVENDSEN, L. 2010. *Moda: uma filosofia*. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar.

civilistica.com

Recebido em: 23.4.2020

Aprovado em:

24.9.2020 (1º parecer)

30.9.2020 (2º parecer)

Como citar: ZORATTO, Mariele; EFING, Antônio Carlos. Das limitações da relação entre direito da moda e direito de propriedade intelectual. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 10, n. 1, 2021. Disponível em: <<http://civilistica.com/das-limitacoes-da-relacao-entre-direito-da-moda/>>. Data de acesso.