

Anais do VI Congresso de Direito de Autor e Interesse Público

Data: 8 e 9 de outubro de 2012

Local: Universidade Federal do Paraná - UFPR
Curitiba/PR

Coordenação

Marcos Wachowicz

José Augusto Fontoura Costa

Marcia Carla Pereira Ribeiro

Carol Proner



GEDAI - Grupo de Estudos em Direito Autoral e Informação

GEDAI

As publicações do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Informação – **GEDAI** – são espaços de criação e compartilhamento coletivo, que, visando à facilidade de acesso às suas obras, disponibiliza-as gratuitamente para *download*. Tornando-se, dessa forma, mais uma alternativa para a publicação de pesquisas acadêmicas.

Seu Conselho Editorial conta com a presença dos professores:

GEDAI Conselho Editorial

Allan Rocha de Souza – UFRRJ/UFRJ
Carla Eugenia Caldas Barros – UFS
Carlos Affonso Pereira de Souza – CTS/FGV/Rio
Carol Proner – UniBrasil
Dário Moura Vicente – Univ.Lisboa/Portugal
Denis Borges Barbosa – IBPI/Brasil
Francisco Humberto Cunha Filho – Unifor
Guillermo P. Moreno – Univ.Valência/Espanha
José Augusto Fontoura Costa – USP

José de Oliveira Ascensão – Univ.Lisboa/Portugal
J. P. F. Remédio Marques – Univ.Coimbra/Portugal
Karin Grau-Kuntz – IBPI/Alemanha
Luiz Gonzaga S. Adolfo – Unisc/Ulbra
Leandro J. L. R. de Mendonça – UFF
Márcia Carla Pereira Ribeiro – UFPR
Marcos Wachowicz – UFSC
Sérgio Staut Júnior – UFPR
Valentina Delich – Flacso/Argentina



**Grupo de Estudos de Direito Autoral e Informação
GEDAI**

Prefixo Editorial 66079

Coordenador/Líder
Marcos Wachowicz

Esta obra é distribuída por meio da Licença

Creative Commons 3.0

Atribuição/Usu Não-Comercial/Vedada a Criação de Obras Derivadas / 3.0 / Brasil



Anais do VI Congresso de Direito de Autor e Interesse Público (2013: Florianópolis, SC),
Coordenadores: Marcos Wachowicz, José Augusto Fontoura Costa, Marcia Carla Pereira
Ribeiro e Carol Proner. GEDAI/UFSC: Florianópolis, 2013

- a) Edição em formato impresso e digital
Disponível em: www.direitoautoral.ufsc.br

ISSN: 2178-745X

1. Direitos autorais. 2. Propriedade intelectual. 3. Sociedade da informação.
4. Ambiente digital. 5. Inovações tecnológicas. 6. Domínio público.

CDU: 347.78

Capa (imagem)	Associação Cultural Alquimídia
Capa (diagramação)	PostMix
Diagramação	Nidiara Aline Viapiana Liz Sass Emmy Otani
Revisão	Rodrigo Otávio Cruz e Silva Amanda Madureira Heloisa Medeiros
Endereço	GEDAI/UFSC Prefixo Editorial 66079 UFSC – CCJ - 3º andar – Sala 326 Campus Universitário – Trindade – Florianópolis - SC CEP: 88036-970 E-mail: gedai.ufsc@gmail.com Site: www.direitoautoral.ufsc.br

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO. 7

PARTE I - TEMAS DE DIREITO AUTORAL E SOCIEDADE INFORMACIONAL

O DIREITO DE AUTOR CONSTITUCIONALIZADO: APONTAMENTOS
INICIAIS ACERCA DAS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS NA SOCIEDADE
DA INFORMAÇÃO E SEUS IMPACTOS SOBRE O DIREITO AUTORAL
Eduarda Simonetti Pase e Paulo Renato de Moraes Silva 13

OS BRICS E AS LIMITAÇÕES AOS DIREITOS AUTORAIS
Fabiano Barreto 39

REFLEXÕES SOBRE OS REQUISITOS JURÍDICOS DA OBRA
INTELECTUAL PROTEGIDA PELO DIREITO DE AUTOR
Fernando Previdi Motta 57

A CONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO AUTORAL E A LEI 9.610/1998
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO
Grace Laine Pincerato Carreira e Marcia Sadi Haron Cardoso 79

“SOMOS TODOS POTENCIALMENTE *HOMO SACER!*”: A
“SUBJETIVIDADE SEM SUBSTÂNCIA” COMO PRODUTO DO SISTEMA
DE DIREITO AUTORAL CONTEMPORÂNEO
Márcio Pereira 97

A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO AUTORAL A PARTIR DA
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: UMA NECESSIDADE
IMPERIOSA PARA A CONCRETUDE DO TEXTO CONSTITUCIONAL
Michele Braun e Grace Kellen de Freitas Pellegrini 113

O AUTOR ENTRE O SER E O TER: CAMINHANDO PARA A
REPERSONALIZAÇÃO
Rosalice Fidalgo Pinheiro e Rui Carlos Sloboda Bittencourt 133

PORQUE O SABER SE TRANSFORMOU EM PROPRIEDADE? UMA ANÁLISE DE SEU SURGIMENTO E DE SEUS REFLEXOS NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

Thaís Carnieletto Muller e Grace Kellen de Freitas Pellegrini 151

PARTE II - TEMAS DE DIREITO AUTORAL, ECONOMIA CRIATIVA E NOVAS TIC'S

TRANSFORMAÇÃO CRIATIVA NA SOCIEDADE INFORMACIONAL

Alexandre Pesserl 175

ECONOMIA CRIATIVA E DIREITO AUTORAL SOB A PERSPECTIVA DO COMÉRCIO INTERNACIONAL: CAPITAL X ESTADO

Amanda P. Coutinho de Cerqueira 193

A REVANCHE DIGITAL CONTRA A PRISÃO CULTURAL DO DIREITO DE AUTOR

Ângela Kretschmann e Gabriel Borges dos Santos 215

DIREITO AUTORAL E DIFUSÃO DE TECNOLOGIA NA EMBRAPA

Cássia Isabel Costa Mendes e Antônio Márcio Buainain 233

SALVAGUARDA DOS DIREITOS DE AUTOR E COMBATE À PIRATARIA NO BRASIL E EM PORTUGAL: AZEREDO E LEI DA CÓPIA PRIVADA

Elisianne Campos de Melo Soares 257

A PROTEÇÃO DAS EXPRESSÕES CULTURAIS TRADICIONAIS PELA PROPRIEDADE INTELECTUAL E SUA TRANSFORMAÇÃO EM MERCADORIA

Guilherme Carboni e Daniele Maia Teixeira Coelho 279

NOVAS TECNOLOGIAS: DIFUSÃO DO CONHECIMENTO POR MEIO DO SOFTWARE LIVRE COMO JUSTIÇA COM EQUIDADE

Luiz Gonzaga Silva Adolfo e Caroline Porto de Magalhães 297

UMA PROPOSTA PARA O FIM DA "GUERRA DO COMPARTILHAMENTO" E A LEGALIZAÇÃO DO P2P NO BRASIL

Jorge Machado e Mariana Valente 323

INFORMAÇÕES SOBRE O GEDAI 349

APRESENTAÇÃO

O VI Congresso de Direito de Autor e Interesse Público – **VI CODAIP**, foi promovido pelo **Grupo de Estudos de Direitos Autorais e Informação – GEDAI**, em parceria com a **Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR**, e teve como objetivo principal propiciar o intercâmbio de informações e a reflexão sobre os temas relacionados à propriedade intelectual.

O **VI CODAIP** foi realizado nos dias 8 e 9 de outubro de 2012, nas dependências da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR e no espaço cultural Santa Maria, situados na Praça Santos Andrade em Curitiba.

O evento estimulou uma análise crítica dos aspectos legais, sociais, culturais e econômicos da Propriedade Intelectual e promoveu o debate sobre a eficácia da atual legislação na sociedade da informação

A cada ano, o **CODAIP** se consolida como um importante espaço de discussão no campo do Direito Autoral e do interesse público, trazendo ao debate questões relativas ao acesso à informação, à educação, à cultura e ao desenvolvimento.

Com uma abordagem interdisciplinar e enfocando os aspectos jurídicos, sociológicos, tecnológicos e econômicos, o VI CODAIP propiciou um rico debate sobre as mais variadas temáticas do Direito Autoral, tudo para estimular a difusão do conhecimento e, nessa perspectiva, repensar os mecanismos jurídicos adequados para sua efetiva tutela é um desafio na Sociedade da Informação.

Atualmente, a importância dos debates sobre o Direito Autoral na sociedade contemporânea tem apontado para um repensar dos instrumentos e mecanismos jurídicos adequados para sua efetiva tutela.

Em sua 6ª edição, o CODAIP teve como eixo principal a temática da Economia Criativa no Brasil. Essa nova Economia, pautada nos valores simbólicos de uma sociedade, tem sido apresentada como uma das potencialidades econômicas no campo das políticas públicas e na afirmação da identidade cultural de um país.

O VI CODAIP contou com expressiva participação de pesquisadores de outros países que, em avanço na discussão da Economia Criativa, fortaleceram o debate acerca dos bens intangíveis e da Propriedade Intelectual. Contou com a presença do jurista José de Oliveira Ascensão – Universidade Clássica de Lisboa/UL/ Portugal – para abertura e o encerramento dos debates, além contar com a participação de outros destacados juristas como Guillermo Palao Moreno – Universidade de Valência/Espanha, Dário Moura Vicente – Universidade Clássica de Lisboa/UL/ Portugal, Valentina Delich – FLACSO/Argentina, Pedro de Miguel Asensio – Universidade Complutense de Madrid/Espanha, Julio Raffo – FLACSO/Argentina, Karin Grau-Küntz – IBPI/Alemanha e Francisco Sierra Caballero – Universidade Sevilha/Espanha.

O Congresso de Direito de Autor e Interesse Público tem o apoio do Ministério da Cultura, através da Diretoria dos Direitos Intelectuais – DDI, e da Secretaria de Economia Criativa, além da Coordenação de Aperfeiçoamento do Pessoal de Ensino Superior – CAPES.

Agradecemos também todo o apoio recebido da Secretaria de Cultura do Estado do Paraná, da Fundação Cultural de Curitiba e do SESC Paço da Liberdade, que viabilizaram e divulgaram o evento. A Coordenação Científica agradece a todos que contribuíram direta e indiretamente para a realização do VI Congresso de Direito de Autor e Interesse Público, cuja pronta colaboração e empenho são marcas indissociáveis da superação das dificuldades da construção deste projeto coletivo.

Como resultado da produção científica do evento, o GEDAI lança os **Anais do VI Congresso de Direito de Autor e Interesse Público**, uma obra coletiva que contou com a participação vinte e seis autores pesquisadores em propriedade intelectual.

Os Anais do VI CODAIP está dividido em dois eixos temáticos: (i) Direito Autoral e Sociedade Informacional, e; (ii) Direito Autoral, Economia Criativa e as Novas Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC's).

Os trabalhos de pesquisa que agora se publicam, no presente livro, aglutinam temas de ampla discussão, no país e no exterior, na área da Propriedade Intelectual.

Os artigos selecionados, agora publicados, cumprem com excelência o aprofundamento das pesquisas devotadas à Propriedade Intelectual e seus fundamentos constitutivos e matizes teóricas.

Nosso agradecimento a todos que contribuíram direta e indiretamente para a conclusão desta empreitada, evitando a menção de nomes a fim de não incorrer em omissão indesculpável.

Com o lançamento desta obra, o **GEDAI** tem a maior satisfação em poder contribuir para o aprofundamento de questões fundamentais para o estudo da Propriedade Intelectual e para o desenvolvimento do país.

Entrega-se esta obra coletiva à comunidade acadêmica, no desejo de instigar o debate, para o fortalecimento e evolução do pensamento jurídico sobre as novas dimensões públicas e privadas do Direito Autoral.

Coordenação Científica:

Prof. Dr. Marcos Wachowicz

Profa. Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro

Prof. Dr. José Augusto Fontoura Costa

Profa. Dra. Carol Proner

Realização:

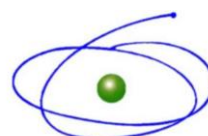


Grupo de Estudos em Direito Autoral e Informação (GEDAI)



Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Apoio: Ministério da Cultura



C A P E S
Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior

PARTE I

TEMAS DE DIREITO AUTORAL E SOCIEDADE INFORMACIONAL

O DIREITO DE AUTOR CONSTITUCIONALIZADO: APONTAMENTOS INICIAIS ACERCA DAS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E SEUS IMPACTOS SOBRE O DIREITO AUTURAL

Eduarda Simonetti Pase¹
Paulo Renato de Moraes Silva²

Resumo

O presente estudo tratará do fenômeno denominado constitucionalização do direito privado, voltado para a seara do Direito de Autor, bem como das suas limitações e como elas estão sendo aplicadas frente às constantes evoluções tecnológicas, ou seja, diante das inúmeras formas de compartilhamento de dados que, hodiernamente estamos sujeitos. Dessa forma, buscar-se-á abandonar a visão individualizada do direito privado objetivando unir-se ao perfil constitucional, garantindo, portanto, a realização da função social, princípio constitucional que, ao mesmo tempo em que garante a proteção dos interesses do autor, realiza direitos fundamentais presentes do texto constitucional, dentre eles, à cultura, à educação e o conhecimento. Nesse sentido, o artigo versa sobre os impactos que a evolução tecnológica causa no direito de autor e as dificuldades que as redes de compartilhamento de arquivos trouxeram do ponto de vista da eficácia das ações de controle, pela impossibilidade de fiscalização da cópia privada, hoje legalmente considerada violação, além da impossibilidade técnica de se conhecer o primeiro violador, ou de encontrá-lo, bem como a todos os demais integrantes dessa corrente. Isso porque as ações que tornam efetivas as punições iniciam-se dentro de uma base territorial, física, o que inexiste no mundo virtual. Assim, as leis de proteção aos direitos, bem como as leis de fiscalização, pela ausência de mecanismos seguros de ação, encontram-se hoje num patamar de eficácia bastante reduzido.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica PROBIC-FAPERGS. Participante do grupo de estudos de Direito de Autor, coordenado pelo Professor Pós-Doutor Jorge Renato dos Reis, e-mail: eduarda.pase@gmail.com

² Graduando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Tecnológica e Inovação PROBITI-FAPERGS. Membro do grupo de estudos de Direito de Autor, coordenado pelo Professor Pós-Doutor Jorge Renato dos Reis, e-mail: prmorais@mx2.unisc.br

Palavras-chave: DIREITO DE AUTOR; CONSTITUIÇÃO FEDERAL; FUNÇÃO SOCIAL; *INTERNET*; CONSTITUCIONALIZAÇÃO.

Riassunto

Questa ricerca parlerà su il fenomeno chiamato costituzionalizzazione del diritto privato, di fronte alla raccolta del Diritto Autorale, nonché i suo limite e il modo in cui esso si applica a fronte del continuo sviluppo tecnologico, o sia, date le numerose forme di condivisione dei dati che siamo oggetto odiernamente. Esso, quindi, cercare di abbandonare la visione di individualizzato diritto privato al fine di aderire al profilo costituzionale, assicurando in tal modo la realizzazione della funzione sociale, principio costituzionale, pur garantendo la tutela degli interessi dell'autore, esegue tali diritti fondamentali della Costituzione, tra cui, la cultura, l'istruzione e la conoscenza. In questo senso, il documento analizza l'impatto che gli sviluppi tecnologici in diritti d'autore e le difficoltà che le reti di condivisione file hanno portato il punto di vista dell'efficacia delle misure di controllo, l'impossibilità di controllare la copia privata, stupri ora legalmente considerato, oltre che l'impossibilità tecnica di conoscere il trasgressore prima, o per trovare esso, così come tutti gli altri membri di questa corrente. Questo perché le azioni che compongono pene efficaci iniziare entro un base territoriale, la fisica, che non esiste nel mondo virtuale. Così, le leggi che proteggono i diritti e l'applicazione delle leggi, i meccanismi di azione ausensia assicurativi, sono ora a un livello di efficienza molto ridotta.

Parole-chiave: DIRITTO D'AUTORE; COSTITUZIONE FEDERALE; FUNZIONE SOCIALE; *INTERNET*; COSTITUZIONALIZZAZIONE.

1. Introdução

O expressivo desenvolvimento da sociedade contemporânea se deu a partir do momento em que foi possível uma maior eficácia nas formas de transmissão do conhecimento. Momento este em que se substituíram os conflitos pelo avanço da ciência, da literatura, da arte e da indústria. Historicamente, os direitos autorais datam de épocas não muito longínquas, especificadamente, de aproximadamente 300 anos. Contudo, nesse curto espaço de tempo, a matéria já experimentou grande expansão, especialmente nas últimas décadas do século XX.

As transformações as quais o direito de autor esteve à mercê durante a sua evolução marcam o período histórico, modificando conforme o panorama jurídico-social o qual se estava inserido. Primeiramente, com a prevalência de

uma concepção privatística, embasada na igualdade formal, no patrimonialismo, na autonomia da vontade e, pois, no *pacta sun servanda*. Posteriormente com o advento do Estado Social, passou-se a verificar uma maior preocupação e uma proteção para com a pessoa humana, elevando-a ao cerne do ordenamento jurídico. Dessa forma, este ordenamento jurídico, passa a ser regido pela Constituição e, pois, pelos direitos fundamentais, que passam a nortear junto com os princípios constitucionais, o Direito como um todo. Esse fenômeno é conhecido como a constitucionalização do direito privado.

Mas e o direito de autor, onde se encontra? De forma sintética diz-se que, o direito privado é tradicionalmente considerado o gênero, do qual os direitos autorais são uma das espécies. Logo, da mesma forma com que o seu gênero passou pelo processo de constitucionalização, sua espécie, ou seja, o direito de autor, também ganhou uma nova leitura. Isto é, a partir da Constituição, a fim de atender a nova realidade em que está inserido.

No bojo dessas transformações, uma das questões pertinentes e debatidas refere-se à nova função ou releitura que os institutos jurídicos ganharam. Percebe-se o direito de forma nunca vista até então. O Direito não é apenas concebido pela sua função punitiva, ele passa a ser visto como o organizador, o harmonizador dos valores sociais. Assim sendo, os valores incorporados pelo Estado Social através da Carta Magna de 1988, são os da garantia dos direitos individuais se estes atenderem, por exemplo, a sua função social, a fim de sempre promover e respeitar os interesses que são relevantes para a coletividade, ou seja, prevalecendo o interesse público sobre o privado. Não é diferente com o direito de autor, garantido na Constituição, em seu art. 5º, como direito individual.

No entanto, para que este seja tutelado deve atender ao interesse social através da garantia do acesso à informação, educação e cultura, princípios também garantidos pela Constituição. Logo, só haverá real respeito ao texto constitucional se ambos os direitos garantidos pelo Texto Maior, sejam realmente garantidos e inexistindo *a priori* prevalência entre eles. Ocorre que a

atual lei brasileira dos direitos de autor não se coaduna com este processo funcional pelo qual passa os institutos privados. Tal se deve especialmente pela sua rigidez no que tange aos limites dos direitos autorais, meios aceitáveis em que a obra pode ser utilizada sem autorização do autor.

Além disso, essas limitações são fortemente protecionistas, eis que fundadas a partir da concepção de que deveria se proteger as obras de cunho intelectual das novas tecnologias. Contudo, essa visão acaba por causar dois grandes problemas. O primeiro se refere ao fato de ser quase impossível fiscalizar as condutas dos dispositivos ali contidos e, por segundo, diz respeito ao fato de que a lei não se coaduna com a realidade atual, transformando condutas aceitas socialmente em ilícitos civis. Acrescenta-se, ainda, que pelo processo de constitucionalização do direito de autor, a lei que regula a matéria ainda não perdeu o seu caráter máximo, sua concepção privatística. A visão constitucionalizada do direito de autor caminha a passos lentos.

A partir do exposto, o artigo propõe uma análise acerca das dificuldades perpassadas pela legislação autoral no Brasil de se constitucionalizar. De início, o trabalho faz referência ao processo de constitucionalização dos Direitos Autorais. Posteriormente, a proteção legal do Direito de Autor no Sistema Legislativo brasileiro será estudada. Por fim, as inovações tecnológicas e seus impactos sobre o direito autoral serão objeto de discussão, especialmente no que tange aos aspectos cíveis da legislação brasileira na evolução das redes de compartilhamento e suas implicações legais, demonstrando o déficit da atual lei brasileira para com as novas fontes tecnológicas.

2. A constitucionalização do direito autoral: delineamentos necessários

O expressivo desenvolvimento da sociedade contemporânea teve seu principal marco concretizador no momento em que a transmissão do conhecimento passou a ser mais eficaz, substituindo-se pelo avanço

tecnológico, artístico, literário e também industrial. Em diversos momentos a sociedade perpassou por mudanças que fizeram com que seus paradigmas fossem alterados, a escrita, a prensa, o telefone, a televisão e, por fim, a *internet*, modificaram o contexto social e inquietaram a sociedade.

Para que o entendimento acerca dos direitos autorais chegasse ao que é hoje, não há como olvidar que o desenvolvimento da ciência jurídica nesse sentido teve um grande período de amadurecimento social, político, econômico, etc. Ou seja, a regulamentação da matéria se deu conforme as transformações da sociedade.

O marco histórico da necessidade de se proteger os direitos de autor saltou aos olhos com a invenção³ da prensa de tipos móveis, pelo alemão Johannes Gutenberg, na metade do século XV, por volta do ano de 1450. Essa invenção trouxe diversas inquietações, pois foi com a criação da prensa que o acesso às obras se tornou mais fácil e mais barato, eis que até então os livros dependiam de pessoas, não muitas, pois a maioria da população não sabia ler nem escrever, para que fossem copiados.

Entretanto, antes mesmo de tal feito, sempre existiram obras, fossem elas literárias, artísticas ou industriais. Mas não havia mecanismos específicos que protegessem as criações,

o que havia era um reconhecimento da criação intelectual humana, que, nos povos gregos e romanos, advinha por forma de admiração e respeito. Os poetas, dramaturgos, compositores, filósofos e artistas em geral eram os que gozavam dessa admiração e estima, geralmente por parte dos soberanos do local e, conseqüentemente, do povo.⁴

³ Invenção esta que facilitou a reprodução das obras existentes. Assim, “devido aos impactos causados por esta invenção, a prensa de Gutenberg é considerada um marco no modo ocidental de produção do conhecimento e também a tecnologia que possibilitou o surgimento do direito autoral”. TRIDENTE, Alessandra. *Direito Autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica do século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 4.

⁴ REIS, J. R. dos (org.). BOFF, S. O. (org.). DIAS, F. da V. (org.). PELLEGRINI, G. K. de F. (org.). TOLOTTI, S. M. (org.). *Estudo de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo: a evolução histórica do direito de autor*. 1. ed. Curitiba: Multimedia, 2011. p. 13

Dessa forma, com a invenção da imprensa, mostrou-se extremamente necessário uma regulamentação da proteção das criações artísticas, literárias e científicas. O que se deu apenas dois séculos mais tarde, com a entrada em vigor do Estatuto da Rainha Ana (*Statute of Anne*), fulcro da necessidade de regulamentação do uso e exploração da criação intelectual a partir das mudanças introduzidas na seara do direito autoral, especialmente com a criação da prensa. Passando-se a questionar a exploração econômica das obras havendo a necessidade de remunerar os criadores como forma de incentivo às novas criações. Acontece que embora o Estatuto da Rainha Ana tenha sido a primeira lei específica a tratar dos direitos de autor, já se tinha notícias muito antes da existência dos direitos morais.

A legitimidade dos direitos morais existe há muito mais tempo. Desde quando o ser humano se entende criador intelectual, capaz de externar sua sensibilidade na criação de obras literárias e artísticas, já se tem notícias de aspectos visando protegê-lo. A história do Direito Autoral inicia-se bem antes do referido Ato da Rainha Ana, de 1710. Já existia no Direito costumeiro, mas não no Direito positivado. Em outras palavras, existia tão-somente no mundo dos fatos, mas não encontrava abrigo no plano legislativo, ou seja, em algum dispositivo legal. Desde a Antiguidade, já se tem conhecimento da existência de sanção moral aos plagiadores, que sofriam repúdio público, desonra e desqualificação nos meios intelectuais.⁵

Com a revolução proporcionada pela prensa móvel, as ideias e informações, puderam atingir, finalmente, uma divulgação em escala industrial, uma vez que a invenção facilitou a reprodução das obras existentes. E, “o livro, que era raro e caro, foi se tornando mais acessível ao público”.⁶

⁵ MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 19.

⁶ *Idem*.

Nesse sentido,

até a invenção da imprensa, o ato de escrever, em geral, não tinha finalidade lucrativa. Buscava-se, tão somente, a “glória”. O escritor vivia em regime de mecenato. Com a invenção da tipografia, as obras podiam dar, além de “fama”, dinheiro, lucro. Escrever deixou de ser, apenas, uma atividade lúdica. Criou, sim, um novo mercado comercial, com enorme potencial econômico.⁷

Por isso não se deve ver com estranheza a ligação entre o desenvolvimento de uma nova tecnologia e o aparecimento de normas de direito autoral. Tal fato mostra que nem sempre as leis são criadas por vontade do homem, pura e simplesmente. Vê-se com isso que fatores externos influenciam a criação de normas que regulassem a matéria, tendo em vista uma necessidade da circunstância histórica vivida. Ressalta-se também que no início, portanto, do direito autoral, a proteção visada pelas normas criadas não diziam respeito à proteção dos autores, mas sim, era exatamente o oposto. Isto é, com o sistema de privilégio dos copistas, os favorecidos pelas “leis” que regulavam a matéria, eram o poder real (por meio da censura) e os editores (por meio do monopólio).

Era visível, portanto, a necessidade de que fosse criado algum dispositivo legal que protegesse com maior propriedade os autores dos copistas. Em 1710, então, com o Estatuto da Rainha Ana (*Statute of Anne*), na Inglaterra, conforme referido acima, e, posteriormente, o *Copyright Act*, nos Estados Unidos, deu-se o primeiro passo nesse sentido. Estes regulamentos davam uma maior segurança aos autores, uma vez que eles previam algumas regras e ao final concediam a presunção de paternidade das criações aos autores. Os Estatutos asseguravam, portanto, o direito dos autores sobre suas obras, “sendo que as cópias teriam que ser expressamente autorizadas pelo criador através de um contrato especial”.⁸

⁷ *Idem.*

⁸ *Idem.*

O Estatuto da Rainha Ana influenciou a legislação norte-americana, como é possível perceber na seguinte passagem.

O sistema norte-americano seguiu o modelo inglês do Estatuto da Rainha Ana, estabelecendo em todo o país um sistema uniforme de proteção legal das obras publicadas. Contudo, as obras não publicadas continuaram a ser protegidas pelos sistemas estaduais do país, baseados no *Common Law* (que significa lei comum).⁹

Com a elaboração, então, do *Copyright Act*, a proteção exercida por tal instrumento legislativo, “obedecia algumas regras, como a inscrição do título da obra em registros da Companhia dos Livreiros, bem como outras. Esse registro acabava por ser uma presunção da propriedade”.¹⁰

A presunção da propriedade da obra dada ao seu criador, pelo *Copyright Act*, proporcionou uma mudança na forma de ver o assunto. Passou-se a ver que os autores seriam estimulados a produzirem mais se as suas criações fossem recompensadas e não somente aos impressores e editores.

Com essas mudanças ocorrendo, começou-se então a se criar mecanismos legais que protegessem adequadamente os interesses dos autores. Num primeiro momento, o caminho seguido foi o da afirmação de uma propriedade do autor sobre a obra.

Contudo, a afirmação do direito autoral como sendo propriedade, mostrou-se insuficiente para compreender todos os aspectos da garantia que se almejava conferir aos autores. Dessa forma, com os ideais da Revolução Francesa, em contraposição ao *Copyright Act*, surgem as teorias que incluem o direito autoral entre os direitos da personalidade, reconhecendo nas obras criadas uma extensão única da personalidade de seus criadores, o que resultou na consagração dos ditos “direitos morais” do autor.

⁹ *Idem.* p. 20.

¹⁰ LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Unesco, 1993-2001. P. 32.

Enquanto o *Copyright Act* dos Estados Unidos protege apenas os direitos patrimoniais do autor, os decretos franceses reconhecem e, conseqüentemente, protegem direitos mais subjetivos, abrangendo, pois, o direito moral e patrimonial do autor.

Portanto, fez-se nítida a proximidade do *Copyright Act* inglês e do *droit d'auteur* francês, haja vista que ambos estão ligados na origem, uma vez que o “direito dos autores” somente pode surgir em oposição ao “privilégio dos editores”.¹¹

Todos esses eventos acima mencionados fizeram surgir a necessidade de uma regulamentação do direito de autor que fosse mais abrangente, que ultrapassasse as fronteiras de cada país, para que assim, existisse uma regulamentação válida para o maior número de países. Foi nesse clima e com esse objetivo que em 1886, em Berna, na Suíça, realizou-se a Convenção de Berna.¹² Tendo sido ela a primeira grande convenção que tratasse sobre a proteção dos direitos de autor. Tutelando, portanto, a matéria em nível internacional, a Convenção é o tratado internacional mais antigo, em questão de tempo, ainda em vigor. Houve apenas algumas alterações para atualização, no sentido de atualizar-se à nova realidade, mas sem modificar seu principal objetivo, qual seja, a proteção dos direitos morais e patrimoniais do autor.

Esta por sua vez foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto Legislativo 94, de 4 de dezembro de 1974, promulgado pelo Decreto 75.699, de 6 de maio de 1975, a Convenção de Berna influenciou a principal lei que versa sobre direitos autorais, Lei 9.619, de 19 de fevereiro de 1998.¹³

¹¹ TRIDENTE, Alessandra. *Direito Autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica do século XXI*. p. 11.

¹² “Introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto Legislativo 94, de 4 de dezembro de 1974 [...] a Convenção de Berna influenciou a principal lei que versa sobre direitos autorais, Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1988”. *Idem*. p. 24.

¹³ REIS, J. R. dos (org.). BOFF, S. O. (org.). DIAS, F. da V. (org.). PELLEGRINI, G. K. de F. (org.). TOLOTTI, S. M. (org.). *Op. cit.*, p. 24.

Porém, antes mesmo da elaboração da Lei nº 9.610/98, já estava em vigor há aproximadamente dez anos a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, intitulada também por Constituição Cidadã, cuja carga valorativa é alta. Conforme observa Bitencourt, “ela trouxe em seu arcabouço normativo, como princípio fundamente de todo o ordenamento jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana. Da mesma forma que, a partir dela, muitos conceitos hão de ser repensados frente ao seu impacto”, característica própria desta Constituição amplamente evoluída e comprometida com a concretização dos direitos fundamentais. Dessa forma, observa ainda, “tem-se, de um lado, uma gama de expectativas sociais e de direitos positivados e, de outro, uma frustração coletiva em relação à não realização dos mesmos”.¹⁴

Percebe-se assim, o fenômeno da funcionalização do direito privado, do qual o direito de autor é espécie e, portanto, há de se fazer a leitura do instituto regulador da matéria em consonância com a Lei Maior, efetivando, assim, os comandos contidos no texto do artigo 5º e nos incisos que regulam tanto o direito do autor, quanto o direito da coletividade ter acesso à informação, educação e cultura, bem como em consonância com o exercício da função social da propriedade. Assim,

a idéia de funcionalização do direito de autor advém naturalmente do processo de constitucionalização do direito privado que se instalou com a chegada da Constituição de 1988. Nessa senda, necessária a funcionalização do direito de autor por meio de uma interpretação voltada ao entendimento do seu viés social, ou seja, “em harmonia com os direitos fundamentais que tutelam os interesses sociais”.¹⁵

¹⁴ BITENCOURT, Caroline Müller. Repensando a teoria da separação de poderes: *novas perspectivas com relação ao judiciário em face da necessidade de realização da dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito*. 2008. 197 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado – da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC). Santa Cruz do Sul, 2008.

¹⁵ BOFF, Salete Oro (org.). REIS, Jorge Renato (org.). REDIN, Giuliana (org.). O direito na era digital: *as novas tecnologias de informação e de comunicação*. Op. cit. p. 131.

A partir de tais premissas, verifica-se a necessidade de releitura mais extensiva da legislação reguladora dos direitos de autor no Brasil, para que assim seja possível a realização dos princípios constitucionais e direitos fundamentais garantidos pela Carta Maior. O processo de constitucionalização do direito de autor teve seu início, mas precisa continuar na sua evolução. O direito deixou de ser entendido apenas como detentor de uma função repressiva, servindo para organizar a sociedade. O ordenamento passou a proteger os direitos individuais se e enquanto atendam a sua função social, no sentido de promover os interesses que são relevantes para a comunidade. As limitações para o uso das obras que estão expressas no texto da lei ainda são insuficientes para os objetivos da coletividade, como será demonstrado na seqüência.

3. A proteção legal do direito de autor no sistema legislativo brasileiro vigente

A legislação acerca dos direitos de autor, além de ter uma evolução em nível constitucional, evoluiu também enquanto lei esparsa. Para se chegar à Lei brasileira que hoje regula os direitos autorais, longo foi o caminho. O qual de forma sucinta será descrito a seguir. Além da retomada evolutiva da Lei Autoral brasileira, partindo do pressuposto do fenômeno da constitucionalização, bem como da funcionalização do direito de autor, pretende-se analisar a situação legislativa do Brasil concernente ao direito autoral, para que ao final seja possível fazer uma análise da legislação autoral no Brasil e a harmonia dos preceitos da Constituição frente aos novos processos tecnológicos.

Conforme datam os registros históricos, o primeiro diploma a tratar do assunto no Brasil foi a Lei de 11 de agosto de 1827, que criou os cursos de Direito em Olinda e São Paulo e atribuiu aos lentes um privilégio, com duração de dez anos, sobre os cursos que publicassem. Atenta-se para o fato de que tal lei não era específica sobre a matéria do direito autoral, mas sim, foi a lei que originou os cursos de Direito de Olinda e São Paulo. Dessa forma, a proteção

que esta lei previa era para os lentes dessas universidades e, como bem afirma Manso, “tratava-se, no entanto, de um direito aplicável apenas *intramuros*, nas Faculdades de Direito de Olinda e de São Paulo, não alcançando os demais autores brasileiros”.¹⁶

Atentando-se aos fatos mais relevantes, foi com o advento da Proclamação da República, em 1889, que surge o primeiro instrumento legislativo referente ao direito de autor, que foi o Código Criminal de 1890, regulando no seu Capítulo V a matéria. O aludido instrumento verbalizava “Dos crimes contra a propriedade literária, artística e científica”, entre os artigos 342 e 350.

Na crescente evolução, a matéria ganha *status* constitucional em 1891. Com isso, surge, em 1898, a Lei n. 496, denominada Medeiros e Albuquerque, que define e garante os direitos autorais de obras nacionais. A mesma trata o direito de autor como sendo transferível como coisa móvel. Essa lei vige até 1916, ano este que tem como marco a elaboração do Código Civil de 1916, o qual passou a regular a matéria nos artigos 649 a 673. O direito de autor, no referido diploma é classificado entre os bens móveis (art. 48, inc. III), sendo protegido durante a vida do autor e ainda por um prazo de cinquenta anos em benefício dos herdeiros.¹⁷

Contudo, mesmo com a segurança jurídica garantida pelo Código Civil de 1916, por força de situações casuísticas, depois de muitas atualizações feitas sobre o referido diploma, foi em 1973 que por razão da necessidade de criação de um texto único que regulamentasse a matéria, foi elaborada a Lei n. 5.988. Esta Lei criou o Sistema Autoral Brasileiro, que se apoiava no Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA), extinto em 1990, nas associações de titulares de direitos autorais e no Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD).

¹⁶ MANSO, Eduardo J. Vieira. *O que é Direito Autoral*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1992.

¹⁷ REIS, J. R. dos (org.). BOFF, S. O. (org.). DIAS, F. da V. (org.). PELLEGRINI, G. K. de F. (org.). TOLOTTI, S. M. (org.). *Op. cit.*, p. 34.

Na mesma lógica, em decorrência do progresso tecnológico, verificou-se que a Lei 5.988, de 1973, precisava ser atualizada, a fim de que suas normas se tornassem adequadas aos anseios sociais, à preservação dos direitos autorais e aos novos meios de utilização da obra, razão pela qual se passou a discutir suas disposições, culminando na promulgação da Lei n. 9.610, de 1998, em vigor até o presente momento¹⁸ e que será tratada agora.

Conforme o já visto anteriormente, os direitos autorais estão garantidos na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, XXVII e XXVIII e através da Lei n. 9.610/98, ora em comento. Tal lei é considerada por muitos doutrinadores como sendo uma das mais restritivas existentes nos sistemas legislativos de todo o mundo¹⁹. No Brasil, diferentemente dos países que seguem o modelo *Common Law*, no tocante aos direitos autorais, a proteção destes não se funda na não utilização da obra, mas sim na defesa do próprio autor. Dessa forma, para que se possa usar a obra, é preciso que haja autorização prévia e expressa.

Essa proteção dada pelo Direito brasileiro ao autor fundamenta-se com os argumentos de que, é necessário dar ao autor instrumentos que visem proteger a sua obra, para que assim o criador intelectual sinta-se estimulado (via remuneração) a produzir, e que, com isso, possa continuar criando.

Não há dúvida que o autor necessita perceber rendimentos pela sua criação intelectual, até mesmo para que se sinta motivado a criar. Mas a proteção de tais direitos deve estar em consonância com os direitos fundamentais à educação, cultura e informação exigidos e necessários à coletividade.²⁰

¹⁸ REIS, J. R. dos (org.). BOFF, S. O. (org.). DIAS, F. da V. (org.). PELLEGRINI, G. K. de F. (org.). TOLOTTI, S. M. (org.). *Op. cit.*, p. 37.

¹⁹ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

²⁰ EPPLE, Cristiane. *Direito de autor no século XXI: direito fundamental à cultura, educação e informação versus direito de autor*. 2010. 145 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2010.

Nesse sentido, a LDA prevê expressamente as hipóteses em que o uso das obras que são protegidas pelos direitos autorais é considerado legalmente aceito. E de acordo com o texto legal dos artigos 46, 47 e 48 da LDA, dispostos no Capítulo IV “Das Limitações aos Direitos Autorais”, verbalizam os referidos institutos que não constitui ofensa aos direitos autorais a reprodução na imprensa, diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo; de discursos pronunciados em reuniões públicas e impressas em diários ou periódicos; de retratos, ou outras formas de representação da imagem, desde que feitos sob encomenda e que não haja a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros; e de obras literárias, artísticas ou científicas, no sistema Braille ou no suporte, desde que se destinem a estes.

Ainda, não configura ofensa aos direitos de autor a reprodução de pequenos trechos, desde que seja para uso privado do copista, feita por este e sem intuito de lucro. As citações em livros, jornais, revistas, de passagens da obra e que conste o nome do autor e a origem da obra. As lições em estabelecimento de ensino, sendo a sua publicação, integral ou parcial, vedada, caso não exista a autorização prévia e expressa de quem as realizou. A utilização por estabelecimentos comerciais de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão, com intuito exclusivo para demonstração à clientela, desde que comercializem os suportes ou equipamentos desta reprodução.

No mesmo sentido, não constituem ofensa aos direitos autorais o uso de músicas e teatros, no âmbito familiar ou escolar, sem objetivo de lucro; as obras literárias, artísticas ou científicas para produzir em prova judiciária ou administrativa; e a reprodução de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra original, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor.

Além disso, o art. 47 da supracitada lei aduz que, são livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito. Por sua vez, prescreve o art. 48 que, também não configuram ofensa aos direitos do autor, a representação livre de obras situadas permanentemente em logradouros públicos, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais.²¹

Contudo, nem todas as formas de uso das obras que não são legalmente previstas, porém, são socialmente aceitas, estão contidas no texto infraconstitucional. Nesse ponto, observa Branco Júnior que, essas formas não previstas em lei “servem como meio de fomento à cultura e estão amparadas pela liberdade de expressão, muito embora pela leitura adstrita da lei, seja violação aos direitos autorais”.²²

É visível então, que a análise conjunta dos dispositivos infraconstitucionais para com os demais preceitos expressados na Lei Maior é de suma importância e necessária. Além disso, os próprios incisos XXVII e XXVIII, do artigo 5º da Constituição Federal também devem ser interpretados em consonância com outros dispositivos da própria Carta, como se verifica no caso do artigo 216, § 3º, o qual prevê que “a lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais”.

Da mesma forma que a propriedade deve atender a sua função social, a propriedade do direito de autor também deve atender a sua função social, conforme estabelece o art. 5º, XXIX da Constituição Federal de 1988. Contudo, o que se verifica é que a função social do direito de autor não pode ser entendida como sendo tão somente aquelas limitações previstas na LDA, sob pena de se estar descumprindo um importante preceito da Constituição Federal.²³

²¹ BRASIL. Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. *Planalto: Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>.

²² BRANCO JÚNIOR. Sérgio Vieira. *Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias*. Op. cit. p. 2.

²³ BOFF, Salete Oro (org.). REIS, Jorge Renato (org.). REDIN, Giuliana (org.). *O direito na era digital: as novas tecnologias de informação e de comunicação*. Op. cit. p. 18.

É necessário que a Lei Autoral brasileira seja lida com uma interpretação voltada um pouco mais para com o interesse público, ou seja, para que de fato sejam atendidas as previsões constitucionais acerca da garantia dos direitos fundamentais, sem claro, deixar o autor sem nenhuma proteção. O que se pretende é, pois, “tornar efetiva a função social com a qual a criação é concebida, por meio de uma maior maleabilidade do interesse privado em frente ao público”. De outra forma, “o interesse social deve obter, na nossa atual sociedade, maior relevância do que efetivamente vem recebendo”.²⁴

Há, de uma vez por todas, a necessidade de se entender que a proteção da propriedade intelectual é possível, desde que para isso ela obrigatoriamente atenda a sua função social. Este deve ser também o entendimento para com a propriedade intelectual. Atender o princípio constitucional da função social é requisito para que ela seja protegida. E, do modo como a Lei dos Direitos Autorais é positivista nesse sentido, mostra-se nítido o cumprimento precário dessa função, perante as novas tecnologias e os novos anseios da sociedade brasileira. Lembra-se ainda que, atendendo de fato a função social dos direitos de autor, automaticamente realiza-se as garantias fundamentais expressas na Constituição Federal do acesso à informação, à educação e à cultura.

É com essa ideia, de uma releitura da Lei nº 9.610/98 de forma mais extensiva, ou melhor, com uma releitura respeitando a hierarquização das normas, isto é, interpretando-a a partir dos direcionamentos dados pela Constituição Federal, que se passa a uma análise dos novos meios de comunicação e difusão de obras, músicas, entre outros, mais especificadamente, o uso da *internet*, fazendo um contraponto com as limitações dos Direitos Autorais previstas nos artigos 46, 47 e 48 na supra citada lei e, constatando que tais previsões são, portanto, insuficientes para de fato atender as funções impostas pelo Texto Maior.

²⁴ *Idem.* p. 132.

4. As inovações tecnológicas e seus impactos sobre o direito autoral

Do mesmo modo que a prensa de tipos móveis criada por Gutenberg mudou a forma como a informação circulava na Europa no século XV, a computação e especialmente a *internet* mudaram, de maneira até então jamais vista, o fluxo de conhecimento ao redor do mundo. Essa revolução tecnológica forneceu as bases para o surgimento da chamada *Era Digital*, ou como preferem chamar outros autores, a *Sociedade da Informação*.

Foi na Conferência Internacional realizada na Europa em 1980 que o termo Sociedade da Informação consolidou-se. O Livro Verde para a Sociedade da Informação do Ministério da Tecnologia de Portugal traz o seguinte conceito para ela:

A Sociedade da Informação refere-se ao modo de desenvolvimento social e econômico em que a aquisição, armazenamento, processamento, valorização, transmissão, distribuição e disseminação de informação conducente à criação de conhecimento e à satisfação das necessidades dos cidadãos e das empresas, desempenham um central na actividade económica, na criação de riqueza, na definição da qualidade de vida dos cidadãos e das suas práticas culturais.²⁵

Na Era Digital não podemos deixar de destacar outra característica essencial, qual seja, o fato de que a transferência de informação é feita por dados, sequências de códigos binários (zeros e uns) que podem ser interpretadas por qualquer dispositivo eletrônico. Essa transferência de arquivos através de *bits* é a grande novidade da Sociedade da Informação. Soma-se a isso o fato de que a informação é o principal alvo dos *bits* e podemos perceber o quanto esse novo modelo de circulação do conhecimento afeta os conceitos tradicionais do direito autoral.

²⁵ MISSÃO PARA A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO. Livro verde para a Sociedade da informação em Portugal. Lisboa, 1997. p. 7.

Então, a *internet* e a tecnologia digital como um todo trouxeram como diferencial a facilidade com a qual as obras nas formas digitalizadas podem ser replicadas ou reproduzidas; a facilidade como podem ser transmitidas e com que podem ser utilizadas simultaneamente; a facilidade como podem ser modificadas ou manipuladas; a equivalência das obras na forma digital; a compactação e a capacidade para possibilitar novos métodos de pesquisa no ambiente digital e de conexão e junção de obras.²⁶

Nesse sentido, constata-se que o acesso à informação representa um aspecto essencial para a própria inserção do indivíduo na Sociedade da Informação, o conhecimento representa, mais do que nunca, uma grande fonte de produção de riqueza. Este é um dos aspectos essenciais a se levar em conta na hora de repensar o direito do autor na era em que se vive. Isto porque um enrijecimento destas regras representa, sem sombra de dúvidas, um obstáculo à circulação de conteúdo na rede.

Assim, dois pólos ideológicos se formam em torno do direito autoral: aquele que defende a proteção integral dos direitos do autor, fundamentados no artigo 5º, inciso XXVII, da Constituição Federal de 1988; e o outro que defende a mitigação destes direitos diante da garantia da função social da propriedade intelectual, sustentada no direito constitucional à informação, ao desenvolvimento e à cultura, estabelecidos em diversas passagens do texto constitucional.

4.1 A evolução das redes de compartilhamento e suas implicações legais: aspectos cíveis da Legislação Brasileira

A *internet*, sem dúvida, estabeleceu um novo paradigma na forma como a informação circula ao redor do mundo. Tem-se uma verdadeira explosão da informação em termos de quantidade, rapidez e qualidade à disposição do público. Porém, a lei brasileira que trata sobre os direitos autorais data de

²⁶ LEITE, Eduardo Lycurgo. *O direito do autor*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. p. 214

1998, quando a *internet* ainda engatinhava no Brasil, nesta época as redes p2p e a circulação de fonogramas em formato MP3 ainda não haviam se estabelecido na cultura cibernética como acontece hodiernamente. É preciso, portanto, analisar certos conceitos trazidos pela lei n.º 9.610/98 à luz de nossa realidade atual como uma forma de refletir sobre a eficácia desta lei.

Não se pretende discutir aqui, obviamente, se tal lei se aplica ao espaço virtual, já que o artigo 7º da LDA estabelece que as obras intelectuais sejam criações do espírito, desde que expressas por qualquer meio ou, ainda, fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, seja esse suporte conhecido ou passível de invenção. O que permite auferir que a informação digitalizada está albergada pela LDA. Assim,

todas as obras intelectuais, como livros, músicas, obras de arte, fotos e vídeos, não perdem sua proteção quando digitalizadas. [...] Em outras palavras, a transformação de obras intelectuais de átomos para bits não põe fim aos direitos autorais, pois o suporte é irrelevante.²⁷

Como já foi dito anteriormente, a LDA se aplica a todo o conteúdo disponível na *web*. Logo, surgem dois questionamentos podem ser colocados: os conceitos utilizados nesta lei ainda abarcam a forma como este conteúdo é disponibilizado na rede? E o direito autoral não conteria em si um paradoxo que o estaria afastando da sua função essencial que é fomentar o desenvolvimento cultural e tecnológico? Quanto à adequação dos termos reprodução, distribuição e comunicação ao público, presentes nos artigos 5º e 29 da LDA, tem-se que a lei de direitos autorais brasileira concede ao autor a faculdade da utilização pública da obra, e conseqüentemente, seu uso na rede.

²⁷ SANTOS, Manuella. *Direito autoral na era digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 112

As leis nacionais, predominantemente, atribuem ao autor a universalidade das faculdades de utilização pública da obra. Nesse sentido, não só o art. 28 da Lei n. 9.610 atribui ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor, como o art. 29 submete à autorização prévia e expressa do autor essa utilização, por qualquer modalidade. A enumeração que realiza depois é meramente exemplificativa. Segue-se que, esteja ou não aquela faculdade de colocar à disposição em rede expressamente prevista, sempre se compreenderá no exclusivo atribuído ao autor, na medida em que representa uma faculdade de utilização pública da obra.²⁸

Mais a frente, este autor afirma que os direitos patrimoniais de que trata o art. 29 da LDA compreendem essencialmente três tipos de faculdades: a de reprodução; a de distribuição e a de comunicação ao público. Dessa maneira, seria necessário analisar se a inserção de obra na *internet* poderia ser considerada reprodução, distribuição ou comunicação ao público para se saber de que tipo de faculdade se está tratando.

Para Ascensão o ato da colocação da obra na rede à disposição do público não se enquadraria em nenhum dos três conceitos dados pela lei, não se tratando, portanto, nem de distribuição, reprodução ou comunicação ao público. Não se trataria de reprodução, pois segundo este autor, para que seja considerada reprodução a cópia deve ser realizada por qualquer forma tangível, não sendo o caso do armazenamento eletrônico, que é intangível. Também não se trataria de distribuição, pois esta pressupõe a materialização do objeto, uma vez que o artigo 5º, inciso IV, abrange a transferência de propriedade ou posse. Por fim, também não se enquadraria no ato de comunicação ao público, pois enquanto a comunicação é dinâmica, a colocação em rede é meramente passiva.

²⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da Internet e da Sociedade da Informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 07

Onde enquadrar então a faculdade do autor de colocar sua obra na rede à disposição do público? Ascensão conclui que este ato está abarcado pelo inciso IX, armazenamento em computador. Percebe-se, portanto, que apesar da LDA resguardar ao autor a faculdade de autorizar ou não a colocação de sua obra na rede, ela o faz através de termos bastante imprecisos. Ao generalizar os atos em "armazenamento em computador", sem diferenciar modalidades específicas, a lei termina por tornar ilícitos atos inofensivos aos direitos do autor. Desta forma, de acordo com a lei, é necessária a autorização do autor para o simples ato de transformar um CD, adquirido legitimamente, em arquivo de MP3, já que se trata de armazenamento em computador, independentemente do uso que se dê a estes arquivos.

Outro problema da LDA diz respeito à sua restritividade, sua rigidez, conforme exposto anteriormente. Afinal, a produção cultural é feita a partir do aproveitamento de idéias preexistentes, até mesmo como forma de inspiração. No entanto, durante as últimas décadas houve um grande engessamento da cultura decorrente do fato de tudo ser protegido por direitos autorais. A *internet*, por outro lado, vem quebrando esse paradigma. Mais uma vez se volta à questão:

se é claro que não é possível permitir o livre e irrestrito uso das obras alheias na elaboração de novas obras, também não é possível vetar de modo absoluto todo e qualquer uso da obra de terceiros, já que esse extremo impediria, de maneira muito mais acentuada e perniciosa, o desenvolvimento social.²⁹

Logo, a restritividade da LDA põe em risco princípios caros ao ordenamento jurídico brasileiro, como o acesso ao conhecimento e à informação, tendo em vista seu alto grau de limitação.

²⁹ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos Autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 63.

Não se quer dizer que se deve permitir qualquer acesso à obra intelectual, bem pelo contrário, a idéia é a ampliação do rol limitativo da LDA, de modo a se coadunar com a realidade atual.

Afinal, na atualidade é praticamente impossível a fiscalização dos dispositivos da LDA, em especial o que trata da impossibilidade de cópia integral da obra. Se esta fiscalização já era um problema em tempos de fitas K7, o que falar de conteúdo disponibilizado na rede? Dessa maneira, a lei coloca a conduta de milhares de pessoas na ilegalidade, já que é ilícita a conversão de mídias, inclusive nos casos em a cópia se origina de dispositivo legalmente adquirido, como no caso, acima referido, da cópia integral de um CD em MP3 para que seja escutado em um *ipod*.

Um segundo problema advém do fato da lei não fazer quaisquer distinções entre conteúdo raro e fora de circulação de obras recém publicadas. Sobre o assunto, afirma Branco aduz:

A lei não distingue obras recém publicadas de obras científicas que só existem em bibliotecas e que ainda estão no prazo de proteção autoral. Nesse caso, torna-se a lei extremamente injusta, por não permitir a difusão do conhecimento por meio de cópia integral de obras raras cuja reprodução não acarretasse qualquer prejuízo econômico a seu autor, nem mesmo lucro cessante.³⁰

Trazendo a questão para o campo da música, percebe-se que um dos grandes benefícios da *internet* e especialmente das redes p2p foi a possibilidade das pessoas terem acesso a arquivos raros, já fora de circulação dos catálogos das gravadoras. Muitos se dedicam hoje a passar seu acervo de vinis ou CD's raros para o MP3 para posteriormente compartilhá-lo na rede. O que do ponto de vista da indústria da música constitui um crime, do ponto de vista do consumidor e dos produtores de cultura trata-se de um ganho enorme

³⁰ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos Autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

para a sociedade. Isto porque se as próprias gravadoras e distribuidoras não vêm lucratividade na distribuição deste material, porque impedir então sua circulação na *web*?

Outro problema do artigo ora em análise é o uso do termo "pequenos trechos". Este termo não é caracterizado na lei, pairando sobre ele uma dubiedade que impede sua aplicação. Criou-se uma mítica popular, principalmente nas universidades, de que pequenos trechos seriam "capítulos de livros", ou ainda de 10% a 20% da obra. No entanto, tais afirmações são desprovidas de qualquer fundamento legal. Com relação à música, as redes p2p foram responsáveis por confundir ainda mais o sentido do termo. Isto porque ao fazer o *download* de uma música o usuário recebe vários "pequenos trechos" de uma infinidade de outros usuários, o que a rigor retiraria o caráter ilícito de tal ato.

Sobressai-se, portanto, da análise dos dispositivos da LDA e do atual processo tecnológico, que apesar da atual lei abarcar o conteúdo digital, ela tem se mostrado ineficaz diante da forma como a circulação de conteúdo cultural se dá na *web*. Ineficaz tanto pela má adequação dos seus termos, quanto por sua falta de flexibilidade ao abordar questões como a cópia privada integral, o que leva ao seguinte contrassenso: justamente por sua rigidez a lei se tornou praticamente inaplicável ou de difícil aplicação na sociedade baseada no acesso à informação.

5. Conclusão

O objetivo deste trabalho foi demonstrar que o direito autoral na *internet* é um tema dos mais atuais e necessita maior atenção e estudo por parte da doutrina e dos tribunais do País. Vive-se hoje um período de mudanças profundas no modo como a cultura é produzida e, principalmente, no modo como ela é consumida. Essa mudança é, sem dúvida alguma, ocasionada pela inserção da *internet* e suas facilidades, no processo de criação e distribuição

da cultura. Como consequência, o direito autoral, enquanto proteção aos autores e obras, também foi atingido. É preciso que os órgãos judiciais e legislativos estejam à frente de seu tempo, legislando para o futuro e não para o passado.

A nova lei do Direito Autoral é uma lei que já nasceu ultrapassada, pois não prevê em quase nenhum artigo, o advento da tecnologia da rede. Pode-se interpretar de modo ampliativo alguns artigos, contudo, não existe qualquer referência expressa à *internet*. Posiciona-se que o uso sem fins lucrativos de obras artísticas ou literárias na rede, deve ser considerado lícito, pois não há qualquer prejuízo por parte do autor, pelo contrário, há vantagens de divulgação de sua obra, além de ser do interesse da coletividade que o conhecimento seja espalhado da forma menos irrestrita o possível. O uso, entretanto, com fins lucrativos, como já dito, é abusivo desatendendo ao interesse coletivo e individual do autor.

A proteção ao autor, como foi visto, não é matéria antiga e tem em sua origem o surgimento de uma tecnologia: a prensa. Trezentos anos depois, uma nova tecnologia, a *internet*, tem abalado os alicerces deste ramo do direito privado, impondo a necessidade de transição entre o direito autoral tradicional, este produzido e executado até então, e um novo direito autoral que surge, ainda de maneira incipiente. É nesse momento de transição e de revisão das regras sobre o assunto que se faz necessário, mais do que nunca, sua compreensão em toda a plenitude para que se busque através desse processo, alcançar os objetivos expressos no texto constitucional.

Conclui-se, portanto, que se vive um novo modelo de direitos autorais. Em todo o mundo, artistas se vêem obrigados a se adequar a uma nova maneira de consumo pelo público, a de usarem as mídias digitais a seu favor, fazendo circular seu trabalho, mudando o foco da remuneração para outros pontos da cadeia de produção, como, por exemplo, as apresentações ao vivo.

Seria então o fim do direito autoral? Da forma como o conhecemos hoje, sim. Mas por mais estranho que pareça, a diminuição da sua esfera de regulabilidade termina assegurando que ele cumpra o papel para o qual foi criado: o desenvolvimento cultural e científico da sociedade, portanto, cumprindo o que constitucionalmente lhe é requisitado, sua função social.

5. Referências

- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da Internet e da Sociedade da Informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BESSA, Jammes Miller. *A evolução dos direitos autorais no Brasil*. [S.l.]. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigosHYPERLINK>
"http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25312"&HYPERLINK
"http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25312"ver=2.25312>.
- BITENCOURT, Caroline Müller. *Repensando a teoria da separação de poderes: novas perspectivas com relação ao judiciário em face da necessidade de realização da dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito*. 2008. 197 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado – da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC). Santa Cruz do Sul, 2008.
- BOFF, Salete Oro (org.); REIS, Jorge Renato (org.); REDIN, Giuliana (org.). *O direito na era digital: as novas tecnologias de informação e de comunicação*. Passo Fundo: IMED, 2011.
- BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos Autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado federal, 1988.
- BRASIL. Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. *Planalto: Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>.
- CABRAL, Plínio. *Direito autoral: dúvidas e controvérsias*. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2009.
- EPPLE, Cristiane. *Direito de autor no século XXI: direito fundamental à cultura, educação e informação versus direito de autor*. 2010. 145 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2010.
- LEITE, Eduardo Lycurgo. *O direito do autor*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.
- LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Unesco, 1993-2001.
- MANSO, Eduardo J. Vieira. *O que é Direito Autoral*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1992.
- MISSÃO PARA A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO. *Livro verde para a Sociedade da informação em Portugal*. Lisboa, 1997
- MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor: repersonalizando o direito autoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- REIS, Jorge Renato dos (org.); BOFF, Salete Oro (org.); DIAS, Felipe da Veiga (org.); PELLEGRINI, Grace Kellen de Freitas (org.); TOLOTTI, Stella Monson (org.). *Estudos de Direito de autor no constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Multideia, 2011.
- SANTOS, Manuella. *Direito autoral na era digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- TRIDENTE, Alessandra. *Direito Autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica do século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

OS BRICS E AS LIMITAÇÕES AOS DIREITOS AUTORAIS

Fabiano Barreto³¹

Resumo:

As limitações e exceções legais ao direito de autor absoluto estão entre as ferramentas mais importantes para que os legisladores nacionais consigam equilibrar a tutela do direito individual de exploração da obra com a tutela do direito coletivo de acesso à cultura, atendendo às necessidades específicas de seus respectivos países. As eventuais imperfeições do sistema de proteção autoral impactam prejudicialmente no desenvolvimento das indústrias criativas. Além disso, restringem o acesso dos povos à cultura, à informação e ao conhecimento. Consequentemente, trazem impactos negativos ao bem-estar social e econômico, prejudicando a inovação e a criatividade. Entre questionamentos sobre a eficácia da Lei 9.610/98 no fomento do desenvolvimento da economia criativa brasileira, a presente pesquisa, utiliza o Direito Comparado como ferramenta para identificar entre os países do agrupamento BRICS (Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul) convergências e divergências, a fim de observar as soluções por eles encontradas, no que diz respeito à promoção e circulação de bens intelectuais.

Palavras-chave: DIREITOS AUTORAIS, LIMITAÇÕES, DIREITO COMPARADO, BRICS.

³¹ Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Graduado em Desenho Industrial pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pesquisador do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Informação da Universidade Federal de Santa Catarina (GEDAI/UFSC/CNPq). Pesquisador do Núcleo de Estudos Avançados em Direito Internacional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (NEADI/PUCPR/CNPq) E-mail: fabianobarretodm@gmail.com

Abstract:

The limitations and legal exceptions to the (absolute author) right are among the most important tools for the national legislators to achieve the balance between the protection of the individual exploration right of the author's work with the protection of the collective right to access culture, attending the specific needs of their respective countries. The eventual imperfections of the author's protective system have a negative impact on the development of the creative industries. Not only that, they also narrow the public access to culture, information and knowledge, bringing, consequently, negative impact to the social and economic well fare, disrupting innovation and creativity. Among the questionings regarding the effectiveness of the Brazilian Law 9.610/98 in the promotion of the Brazilian creative industry, the present research makes use of the Comparative Law as an instrument to identify convergences and divergences, among the countries of the BRICS grouping (Brazil, Russia, India, China and South Africa), regarding the promotion and circulation of intellectual goods.

Keywords: AUTHOR'S RIGHTS, LIMITATIONS, COMPARATIVE LAW, BRICS.

1. Introdução

As transformações causadas pela revolução técnico-científica da segunda metade do século XX despertam a necessidade de estabelecer instrumentos jurídicos que se adequem ao novo modelo de organização social.

Okediji (2006, p.10) afirma que escritores e criadores não vivem nem criam no vácuo determinados gêneros criativos, dependem especificamente de incorporar, reproduzir e transformar obras pré-existentes, como o *sampling* na indústria musical, *softwares* livres e *fan films*.

Deste modo, facilitar o acesso e a utilização de obras protegidas é essencial não só para promover metas sociais, como educação e pesquisa científica básica, mas também para promover as indústrias criativas.

A economia criativa, de acordo com Reis (2006, p.142), “apresenta um enorme potencial de transformação e inclusão socioeconômica para o Brasil, se o país souber entender e se inserir nas novas dinâmicas e arranjos institucionais que se formam nessa economia”.

Os acordos e convenções internacionais em matéria autoral estabelecem limitações ao direito de autor absoluto, a fim de equilibrar a tutela entre o interesse privado e a tutela da função social.

Esta pesquisa utiliza o Direito Comparado como ferramenta para identificar entre os países do agrupamento BRICS³² (Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul) convergências e divergências, a fim de observar as soluções por eles encontradas, no que diz respeito à promoção e circulação de bens intelectuais.

2. BRICS

Até 2006, o termo BRICs representou essencialmente um conceito econômico, inexistindo mecanismos minimamente formalizados que permitissem a articulação entre Brasil, Rússia, China e Índia.

De acordo com o Ministério das Relações Exteriores do Brasil³³, a Reunião de Chanceleres dos países do agrupamento, realizada à margem da 61ª Assembléia Geral das Nações Unidas, em 23 de setembro de 2006, constituiu o início dos trabalhos em conjunto. Assim, “em paralelo ao conceito “BRICs” passou a existir um grupo que passava a atuar no cenário internacional, o BRIC”. Em 2011, a África do Sul se integrou ao agrupamento, que passou a ser conhecido como BRICS.

Os motivos para considerar os BRICS como um tema relevante às análises diplomáticas e acadêmicas são inúmeros. Pimentel (2012, p. 9) afirma que “sendo um *work in progress*, seus objetivos, sua agenda e seus limites se prestam a uma ampla gama de especulações”.

³² Em 2001, o economista Jim O’Neill, do banco de investimentos expressão em um relatório denominado “Building Better Global Economic BRICs”, no qual expunha aos clientes do banco as potencialidades mercadológicas que esses países poderiam representar no futuro.

³³ Ministério das Relações Exteriores. BRICS - Agrupamento Brasil-Rússia-Índia-China-África do Sul. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/mecanismos-inter-regionais/agrupamento-brics>>. Acesso em 27 de julho de 2012.

Para Reis (2012, p. 44) “é bem verdade que os cinco países têm formações históricas e matrizes culturais distintas, mas, talvez por isso mesmo, possam gerar um novo paradigma de atuação internacional”. Neste sentido, Fonseca (2012, p. 28) defende que embora as diferenças culturais possam limitar as possibilidades de ação comum, não impedem que sejam buscadas.

Assim, propiciado pelo multilateralismo, o diálogo entre países que têm responsabilidades crescentes na construção da ordem internacional, por si só, representaria a construção de uma multipolaridade benigna, pautada em tolerância.

Os indicadores socioeconômicos dos BRICS comprovam a representatividade do agrupamento no cenário global, juntos os países detêm mais de 40% da população mundial, 18% do Produto Interno Bruto (PIB) nominal mundial (25% do PIB per capita) e acima de 25 da área terrestre do planeta³⁴.

Deste modo, diante do reconhecimento da importância da cooperação internacional, e principalmente em um período em que se reivindica a alteração na legislação autoral brasileira, ganha relevância o estudo do Direito Comparado, enquanto ferramenta capaz de identificar convergências e divergências, possibilitando observar exemplos de outros sistemas jurídicos na solução por eles encontrada para determinados problemas.

3. Internacionalização dos direitos autorais

A internacionalização dos direitos autorais teve início na metade do século XIX, por meio de tratados bilaterais pouco abrangentes e distintos entre si.

A necessidade de um sistema uniforme levou à adoção, em 09 de setembro de 1886, da Convenção de Berna para a Proteção de Obras

³⁴ Dados disponíveis em: <<http://www.economist.com/blogs/graphicdetail/2012/01/daily-chart-10>> Acesso em 15 de julho de 2012.

Literárias e Artísticas, o mais antigo tratado internacional em matéria de direitos autorais.

O texto original foi objeto de inúmeras revisões, a fim de se adaptar à revolução técnico-científica da segunda metade do século XX e ao desafio de estimular a criação e a circulação de bens intelectuais. Entre as principais revisões se destacam as realizadas em Berlim em 1908, Roma, em 1928, Bruxelas, em 1948, Estocolmo, em 1967, e Paris, em 1971.

De acordo com a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (2004), a elaboração da Convenção de Berna se deu de acordo com as normas e exigências dos países industrializados da Europa, muito embora, não obstante os interesses econômicos envolvidos, “desde o início da internacionalização do direito de autor e na própria realização da Convenção de Berna, de 1886, já se reclamavam limites à proteção absoluta do autor, justificados pelo interesse público” (CARBONI, 2006, p.103).

Deste modo, como espécie de contrapeso aos padrões mínimos de proteção, a Convenção de Berna permitiu que os Estados adotassem limitações à aplicação estrita das regras concernentes ao direito de exclusividade, em situações excepcionais, socialmente justificáveis e sem objetivo de lucro.

Segundo CARBONI (2006, p.104), o sistema de exceções estabelecido pela Convenção de Berna, conhecido como “regra dos três passos”, é suficientemente amplo para permitir que os Estados legislem sobre limitações ao direito de reprodução, desde que para (a) casos especiais, (b) expressamente tipificados e de interpretação restrita e (c) que não atentem contra a exploração normal da obra nem causem prejuízos injustificados ao autor.

No âmbito dos pactos comerciais multilaterais, o Acordo Constitutivo da Organização Mundial de Comércio (OMC)³⁵ vincula a acessão do Estado-Membro à adesão ao Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (ADPIC ou TRIPS, em inglês). Por sua vez, no que diz respeito aos Direitos Autorais, o TRIPS prevê que os membros signatários do acordo cumprirão o disposto nos artigos 1 a 21 e no apêndice da Convenção de Berna, de modo que ambos os acordos estão vinculados.

Portanto, com a recente acessão da Rússia³⁶ à OMC, os cinco países do agrupamento BRICS estão obrigados às normas previstas na Convenção de Berna.

4. Limitações aos direitos autorais nos BRICs

4.1 Rússia

A dissolução da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) provocou inúmeras transformações no regime de bens intelectuais russo.

Mamlyuk (2010, p. 28) afirma que o rompimento ideológico com o passado soviético já é observado na Constituição de 1993, na qual o termo “propriedade intelectual” volta a ser empregado na legislação russa, o que não acontecia desde o início da década de 1920. Tanza (2012, p.3) relembra que durante a existência da URSS a propriedade intelectual, assim como outras espécies de propriedade, pertencia ao Partido Comunista e não aos indivíduos.

De acordo com Mamlyuk (2010, p. 28) tais transformações podem ser divididas em três períodos: o primeiro, entre 1992 e 1994, caracterizou-se por propostas de reformas legislativas provenientes de grupos de trabalho criados nos últimos dias da URSS. O segundo, entre 1995 e 2006, caracterizou-se pela

³⁵ Acordo Constitutivo da Organização Mundial de Comércio (OMC). Disponível em <<http://www.mdic.gov.br/arquivo/secex/omc/acordos/portugues/02estabeleceomc.pdf>>. Acesso em 17 de julho de 2012.

³⁶ WTO membership rises to 157 with the entry of Russia and Vanuatu. Disponível em <http://www.wto.org/english/news_e/pres12_e/pr671_e.htm> Acesso em 27 de agosto de 2012.

busca de harmonização com normas e tratados internacionais, bem como, pelo relacionamento da Rússia com os órgãos internacionais de comércio. Por fim, o terceiro período corresponde à promulgação da Parte IV do Código Civil da Rússia, com entrada em vigor em 01 de janeiro de 2008, substituindo toda a legislação anterior relativa à propriedade intelectual, adequando a legislação russa às obrigações internacionais, com vistas ao ingresso na Organização Mundial do Comércio.

Deeva (2007) considera a adoção da Parte IV do Código Civil como a conclusão da codificação das leis civis e de propriedade intelectual, em harmonia com as tradições e o desenvolvimento do sistema *civil law* na Rússia.

Porém, Golovanov (2008, p. 2) ressalta que Parte IV do Código Civil possui uma estrutura complexa, prevendo regras gerais aplicáveis ao sistema de direitos de propriedade intelectual que devem ser interpretadas conforme disposições da Parte I, ao mesmo tempo em que devem ser consideradas as exceções previstas na Parte IV.

A Rússia é signatária da Convenção de Berna para a Proteção de Obras Literárias e Artísticas desde 13 de março de 1995, signatária do Acordo TRIPS e membro da Organização Mundial do Comércio desde 22 de agosto de 2012³⁷.

As limitações aos direitos autorais previstas no Código Civil Russo correspondem ao *fair use* estadunidense. De modo que, as principais categorias de uso historicamente consideradas como de interesse social estão protegidas, entre as quais, o direito de utilizar trechos de obras em contextos acadêmicos e o direito de reprodução de obras para uso pessoal. Entretanto, se nos suportes tradicionais (mídias físicas) estes direitos são incontroversos, Mamlyuk (2010, p. 41) reconhece que no âmbito de tecnologias digitais emergentes, tal sistemática se torna impraticável.

³⁷ Russian Federation and the WTO. Disponível em <http://www.wto.org/english/thewto_e/countries_e/russia_e.htm>. Acesso em 27 de agosto de 2012.

Em consonância com a regra dos três passos da Convenção de Berna, as limitações ao direito de autor absoluto estão previstas de forma exemplificativa nos artigos 1273 e seguintes da Parte IV do Código Civil da Rússia. Contudo, em sentido oposto à flexibilidade do sistema, o legislador expressamente impôs barreiras à circulação de bem intelectuais.

Neste sentido, Mamlyuk (2010, p. 41) critica a previsão do Artigo 1275 que exclui do rol de permissões as cópias eletrônicas, digitais, óticas ou qualquer outra forma legível por máquina, limitando desnecessariamente a função das bibliotecas ao simples e tradicional empréstimo de livros.

Diante da experiência histórica de censura estatal e restrição ao acesso à informação, Mamlyuk (2010, p. 45) teme que a Rússia restrinja ainda mais possibilidades de *fair use*, particularmente no contexto digital, empregando *firewalls* e sistemas de controle semelhantes aos utilizados pela China para restringir o acesso à Internet.

Por fim, Golovanov (2008, p. 8) destaca que a análise das recentes transformações experimentadas pelo sistema de regulação da propriedade intelectual revela que problemas significativos relativos à matéria não foram tratados com cuidado suficiente ou não foram resolvidos no processo de codificação. Golovanov (2008, p. 8) entende que estes problemas podem ser resolvidos por meio de novas alterações na lei, todavia, o sistema intrincado da Parte IV do Código dificulta revisões, restando ao decurso do tempo o ônus de demonstrar em que grau a legislação irá proporcionar a estabilidade desejada.

4.2 Índia

Promulgada em 1957, a Lei de Direitos Autorais é a mais antiga legislação de propriedade intelectual em vigor na Índia. Tendo sido alterada em 1983, 1984, 1992, 1994, 1999 e a mais recente revisão, em 2012, visando atender às transformações sociais e as exigências internacionais.

A Índia é signatária da Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas desde 01 de abril de 1928, signatária do Acordo TRIPS e membro da Organização Mundial do Comércio desde 01 de janeiro de 1995³⁸.

No que diz respeito às limitações e exceções aos direitos autorais, a legislação indiana adota o sistema *fair dealing* britânico, contemplando uma lista taxativa, porém extensa, de limitações no Artigo 52 da Lei de Direitos Autorais.

Não obstante, Thomas (2012, p. 330) ressalta que a revisão de 2012 ampliou o rol de usos possíveis, principalmente em ambientes virtuais, permitindo, por exemplo, que bibliotecas convertam as obras de seu acervo físico para suportes digitais.

Entre as novas possibilidades, Thomas (2012, p. 331) destaca as exceções em benefício de pessoas com deficiências. As novas disposições permitem a adaptação e a reprodução de qualquer trabalho para formatos acessíveis. Interessante ressaltar que tal permissão se estende a qualquer pessoa ou organização que atue em prol de pessoas com deficiências, prevendo inclusive, a possibilidade de serem recuperados (exclusivamente) os custos de produção dos materiais adaptados.

Além de prever a adaptação para qualquer formato, às novas disposições legais abrangem qualquer espécie de deficiência, razões pela quais, pode ser considerada como uma das mais progressistas do mundo³⁹.

Embora de aplicabilidade duvidosa, a legislação indiana prevê a possibilidade de renúncia aos direitos patrimoniais, mediante o envio de comunicado por escrito ao escritório de direitos autorais estatais. A fim de publicitar a renúncia, o procedimento estipula a sua veiculação em Diário Oficial.

³⁸ India and the WTO. Disponível em <http://www.wto.org/english/thewto_e/countries_e/india_e.htm>. Acesso em 19 de agosto de 2012.

³⁹ PRAKASH, Pranesh. Analysis of the Indian Copyright (Amendment) Bill 2012. Disponível em <<http://infojustice.org/archives/26243>>. Acesso em 25 de agosto de 2012.

4.3 China⁴⁰

A Lei de Direitos Autorais da República Popular da China entrou em vigor em 01 de junho de 1991, estabelecendo no primeiro capítulo seus principais compromissos: salvaguardar os interesses dos autores e promover a criação e disseminação de obras intelectuais, a fim de propiciar a construção e o desenvolvimento de uma sociedade socialista.

A China é signatária da Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas desde 15 de outubro de 1992, signatária do Acordo TRIPS e membro da Organização Mundial do Comércio desde 11 de dezembro de 2001⁴¹.

Sobre as transformações no sistema de proteção às obras intelectuais, Zhang e Xie (2007, p. 02) afirmam que a inclusão da violação aos direitos de autor entre as condutas tipificadas como crime no Código Penal Chinês indica a determinação estatal em resguardar os direitos de propriedade.

De acordo com Shi (2008, p.282) a postura chinesa demonstra a preocupação com a criatividade cultural, além de refletir a inclinação legislativa e judicial para teorias ocidentais, que contemplam a função social da produção intelectual.

A legislação autoral chinesa adota, no artigo 22, o sistema *fair dealing*, de origem britânica, estabelecendo taxativamente 12 exceções ao direito de autor absoluto, entre as quais: atividades privadas de pesquisa e estudo; e, a reprodução por bibliotecas, museus, galerias de arte, etc. de obras do próprio acervo a fim de preservá-las ou exibi-las.

Apesar dos esforços legislativos para elaborar uma lista clara e abrangente dos usos permitidos, Song (2011, p 479) afirma que as limitações

⁴⁰ O termo “China” utilizado neste artigo se refere à República Popular da China, não abrangendo Hong Kong, Macau e Taiwan.

⁴¹ China and WTO. Disponível em <http://www.wto.org/english/thewto_e/countries_e/china_e.htm>. Acesso em 07 de agosto de 2012.

previstas no Artigo 22 são compostas por conceitos vagos e subjetivos, tornando-as dependentes de interpretações judiciais, o que de acordo com Liang (2004, p.808) pode resultar em desequilíbrios indesejados, uma tirania de direitos autorais (conservadora) ou, por outro lado, uma tirania de limitações e exceções (liberal).

De acordo com Song (2011, p.488) o *fair dealing* chinês apresenta dois problemas principais: 1) não possui parâmetros para que o judiciário decida sobre utilizações não previstas na lei; e, 2) o rol taxativo do Artigo 22 pode ser considerado como pouco flexível e insuficiente para se adaptar à novas tecnologias e novos modelos negócios.

Liang (2004, p.821) defende que o *fair dealing* chinês deve ser reformulado para um modelo capaz de comportar limitações expressas, e ao mesmo tempo, fornecer parâmetros para que os juízes possam orientar suas decisões a respeito de casos não previstos na lei. Neste sentido, Song (2011, p.489) reconhece que a China deve considerar a adoção de parâmetros, avaliando os interesses socioeconômicos em expandir ou manter o seu rol de limitações e exceções .

4.4 África do Sul

O modelo sul-africano de proteção às criações intelectuais deriva da legislação britânica, especificamente, do *Imperial Copyright Act* de 1911. A Lei de Direitos Autorais da África do Sul, o *Copyright Act 98*, entrou em vigor em 01 de janeiro de 1979, durante o *apartheid*.

No âmbito internacional, a África do Sul é signatária da Convenção de Berna para a Proteção de Obras Literárias e Artísticas desde 03 de outubro de 1928, signatária do Acordo TRIPS e membro da Organização Mundial do Comércio desde 01 de janeiro de 1995⁴².

⁴² South África and WTO. Disponível em <http://www.wto.org/english/thewto_e/countries_e/south_africa_e.htm>. Acesso 17 de agosto de 2012.

Fiel às origens britânicas, o sistema sul-africano adota o *fair dealing* no que diz respeito às limitações ao direito de autor absoluto, estabelecendo de modo exaustivo as hipóteses excepcionais de utilização de obras intelectuais, definidas pelo interesse público.

O rol de exceções está previsto nas seções 12 a 19 do *Copyright Act 98*, contemplando na seção 13 o *Copyright Regulations*, uma espécie de apêndice à Lei de Direito Autorais, cuja finalidade é estabelecer formas de reprodução de obras protegidas, sem que haja conflito com a exploração normal da obra e não prejudique os interesses dos legítimos titulares de direitos.

No âmbito educacional, Chetty *et. al* (2010, p.240) afirmam que ao tentar fazer uso de materiais protegidos por direitos autorais, sem a permissão dos titulares de direito, estudantes e pesquisadores podem se valer do *fair dealing* contido nas disposições da seção 12 do *Copyright Act 98*, que desconsidera como violação a utilização de obras literárias e musicais, para fins privados de pesquisa e estudo.

Por sua vez, o *Copyright Regulations* vai além, permitindo expressamente a realização de múltiplas cópias para uso em sala de aula, desde que, não superior a um exemplar por aluno.

Contudo, as limitações para fins educacionais apresentam obstáculos. Baude *et.al* (2006, p.88) alertam que tais dispositivos legais possuem restrições incorporadas em seu próprio conceito. Ao empregar o termo cópia a legislação se refere a cópias parciais, de trechos razoáveis, pequenos, que por ser uma definição subjetiva, depende de interpretação judicial. Ademais, o texto legal permite apenas uma cópia (de pequenos trechos) por pessoa, sem prever explicitamente que está autorizado a realizar tais reproduções. Por fim, o *Copyright Regulation* proíbe que professores compilem materiais de diferentes fontes, mesmo utilizando pequenos trechos de cada obra.

O *Copyright Regulation* também prevê flexibilidades para que bibliotecas e arquivos reproduzam e/ou distribuam obras protegidas por direitos autorais. Contudo, Chetty *et. al* (2010, p.239) argumenta que as disposições são insuficientes, uma vez que, termos cruciais, como “porção razoável”, não possuem definição expressa, razão pela qual, coloca em dúvida a aplicabilidade destes dispositivos.

Além disso, Chetty *et. al* (2010, p.240) destacam que a legislação sul-africana não prevê disposições específicas que possibilitem livremente adaptações às necessidades de pessoas com deficiências sensoriais.

Diante deste cenário, Baude *et.al* (2006, p.88) defendem que o *Copyright Act 98* precisa de alterações e que o rol taxativo de limitações ao direito de autor absoluto permanece em grande parte indiferente aos objetivos de desenvolvimento da África do Sul, uma vez que contempla apenas regras incapazes de explorar plenamente as flexibilidades previstas nos acordos internacionais.

4.5 Brasil

Entre os países do agrupamento BRICS, o Brasil é o mais antigo signatário da Convenção de Berna para a Proteção de Obras Literárias e Artísticas, desde 06 de fevereiro de 1922. Além disso, o Acordo TRIPS está em vigor no Brasil desde 30 de dezembro de 1994, antecedendo a acessão à Organização Mundial do Comércio em 01 de janeiro de 1995⁴³.

Em consonância com os acordos internacionais, a Lei de Direitos Autorais do Brasil (Lei 9.610 de 19 de fevereiro de 1998 - LDA) prevê exceções e limitações em seu capítulo IV, artigos 46, 47 e 48. De acordo com Branco e Paranaguá (2009, p. 73) o denominador comum de tais limitações é o uso não comercial das obras.

⁴³ Brazil and WTO. Disponível em <http://www.wto.org/english/thewto_e/countries_e/brazil_e.htm>. Acesso em 15 de agosto de 2012.

Contudo, Branco *et. al* (2011, p. 46) enfatiza que a legislação brasileira não explora adequadamente as flexibilidades previstas nos acordos internacionais, ao estabelecer um rol demasiadamente restritivo, que impede explicitamente diversos usos legítimos de obras alheias.

No que diz respeito aos usos não permitidos, Carboni (2006, p. 168) destaca que a LDA não possibilita a reprodução integral de obras protegidas, para fins educacionais, didáticos ou de pesquisa, hipóteses fundamentais para promover o desenvolvimento cultural e científico do país.

Branco *et. al* (2011, p. 45) sustentam que por se tratar de “um dos capítulos mais falhos de nossa lei (por conta de sua grande restritividade), é fundamental revê-lo para promover de maneira inequívoca o equilíbrio entre os direitos dos autores e os da sociedade”.

Neste sentido, cabe destacar que a adequação dos direitos autorais ao uso das novas tecnologias de informação e comunicação, suas limitações e exceções, está previsto expressamente nas estratégias e ações do Plano Nacional de Cultura⁴⁴.

Em 2010, a LDA foi objeto de consulta pública virtual objetivando a sua revisão. De acordo com Branco *et. al* (2011, p. 48), as contribuições da sociedade trouxeram sugestões positivas, mantendo as exceções anteriores, corrigindo algumas terminologias e ampliando o rol de limitações, entre as quais se destaca a possibilidade de utilização de obras protegidas para fins educacionais, didáticos, informativos, de pesquisa ou para uso como recurso criativo, desde que feita na medida justificada, sem prejudicar a exploração da obra nem causar prejuízo aos autores.

Porém, após o término do processo de consulta pública virtual, as propostas foram revistas e modificadas pelo Ministério da Cultura, que resgatou o caráter restritivo da Lei 9.610/98. Branco *et. al* (2011, p. 48) entendem que a pior alteração foi “a proposta de judicialização da implementação de exceções

⁴⁴Lei Federal nº 12.343, de 02 de dezembro de 2010.

e limitações, passando a ser atribuição do poder judiciário autorizar a utilização de obras em casos análogos”. Deste modo, além de inflar o judiciário, o novo texto “perde bastante a capacidade de se adaptar ao contexto dinâmico que presenciamos hoje em razão das novas tecnologias, principalmente no que diz respeito às exceções e limitações previstas para recursos educacionais”. Todavia, o referido anteprojeto de Lei que poderá reformar a Lei nº 9.610, de 1998, está em discussão no âmbito dos órgãos competentes e, portanto, está pendente a decisão sobre seu envio ao Congresso Nacional⁴⁵.

Desde 07 de fevereiro de 2012, paralelo às discussões do Ministério da Cultura, tramita na Câmara dos Deputados Federal o Projeto de Lei 3133/2012, cujo objetivo é adaptar a atual legislação às tecnologias digitais, permitindo novos usos, tais como a reprodução de obras sem finalidade comercial por bibliotecas, museus, cinematecas e outros centros de documentação, para fins de pesquisa ou estudo, por qualquer meio ou processo, inclusive pelas suas redes fechadas de informática. Cabe destacar que o texto do PL 3133/2012 é fortemente influenciado pelas sugestões resultantes da primeira consulta pública virtual.

De acordo com Mizukami⁴⁶, embora seja difícil prever o impacto do Projeto de Lei 3133/2012 no futuro da lei de direitos autorais brasileira, o texto em discussão tem o efeito positivo de forçar o Congresso a se manifestar sobre as flexibilidades propostas, promovendo um grande debate legislativo nos próximos anos.

⁴⁵ SIC-Palácio do Planalto. [Sistema Acesso a Informação] - Pedido Respondido [mensagem pessoal eletrônica].Tendo em vista o disposto na Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011, e no Decreto n.º 7.724, de 16 de maio de 2012, informamos que o anteprojeto de Lei que poderá reformar a Lei nº 9.610, de 1998, que regula os direitos autorais, está em discussão no âmbito dos órgãos competentes e, portanto, está pendente a decisão sobre seu envio ao Congresso Nacional. Assim, com fundamento no § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 2011, c/c art. 20, caput, do Decreto nº 7.724, de 2012, o acesso à informação solicitada não será franqueado até a edição do ato ou da decisão. Atenciosamente. Mensagem recebida por fabianobarretodm@gmail.com em 04 de setembro de 2012.

⁴⁶ MIZUKAMI, Pedro. Alternative Copyright Reform Bill Introduced in the Brazilian Chamber of Deputies. Disponível em <<http://infojustice.org/archives/8275>>. Acesso em 15 de agosto de 2012.

5. Conclusão

As limitações e exceções legais ao direito de autor absoluto estão entre as ferramentas mais importantes para que os legisladores nacionais consigam equilibrar a tutela do direito individual de exploração da obra com a tutela do direito coletivo de acesso à cultura.

Deste modo, no momento em que os meios para articular e estimular os empreendimentos criativos são debatidos, evidencia-se a necessidade de estabelecer as relações de causalidade e o equilíbrio entre o acesso à bens culturais e o desenvolvimento da economia criativa, garantindo políticas públicas capazes de estimular a produção, a circulação, o acesso e o consumo de bens e serviços criativos.

O sistema jurídico de cada um dos países do agrupamento BRICS possui características históricas, ideológicas e sistemáticas próprias, que podem ser percebidas por meio dos diferentes modelos desenvolvidos internamente para comportar as regras dos tratados e acordos internacionais.

Se as formações históricas e matrizes culturais dos BRICS são distintas, os problemas atinentes à flexibilização dos direitos autorais são semelhantes: terminologias vagas dependentes de interpretação judicial, insegurança jurídica, legisladores que não exploram plenamente as possibilidades dos acordos internacionais, rols taxativos e restritivos, impossibilidade de livre adaptação à formatos acessíveis por pessoas com deficiências, enfim, regras insuficientes para responder ao desafio de circular os bens intelectuais promovendo o acesso ao conhecimento e conseqüentemente, fomentando o desenvolvimento por meio da educação.

Deste modo, fica claro que o tema deve ser incluído na agenda diplomática e acadêmica dos BRICS, propiciando a troca de experiências legislativas e jurídicas, buscando o equilíbrio entre o interesse privado e a função social dos direitos autorais.

6. Referências

- BAUDE, W. et. Al. *Model Language for Exceptions and Limitations to Copyright Concerning Access to Learning Materials in South Africa*. Disponível em <link.wits.ac.za/journal/j07-baude.pdf> . Acesso em 12 de agosto de 2012.
- BRANCO, Sérgio. PARANAGUÁ, Pedro. *Direitos autorais*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.
- BRANCO, S. et. al. *Direitos autorais em reforma*. Rio de Janeiro: FGV, 2011.
- CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2006.
- CHETTY, P. et al. *South Africa*. In: Access to knowledge in Africa: The role of copyright. 2010. Disponível em <<http://link.wits.ac.za/papers/ACA2K-2010-Access%20to%20knowledge%20in%20Africa.pdf>>. Acesso em 12 de agosto de 2012.
- DEEVA, Nadheza. *Part Four of Civil Code about to be adopted*. 2007. Disponível em <<http://merlin.obs.coe.int/iris/2007/1/article31.en.html>>. Acesso em 30 de agosto de 2012.
- FONSECA, Gelson Jr. *BRICS: notas e questões*. In: FUNDAÇÃO ALEXANDRE DE GUSMÃO. Mesa-redonda : o Brasil, os BRICS e a agenda internacional -- Brasília : FUNAG, 2012. p. 13-30.
- GOLOVANOV, Dmitry. *Transformation of Authors' Rights and Neighbouring Rights in Russia*. Disponível em <<http://merlin.obs.coe.int/iris/2008/2/article1000.en.html>>. Acesso em 29 de agosto de 2012.
- LIANG, Zhiwen, *Beyond the Copyright Act: The Fair Use Doctrine Under Chinese Judicial Opinions* (February 2009). Journal of the Copyright Society of the USA, Vol. 56, p. 695, 2009. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1556327>>. Acesso em 01 de agosto de 2012.
- MAMLYUK, Boris N. *Russia & Legal Harmonization: An Historical Inquiry Into IP Reform as Global Convergence and Resistance*. 2010. Cornell Law Faculty Working Papers. Paper 71. Disponível em <http://scholarship.law.cornell.edu/clsops_papers/71>. Acesso em 01 de agosto de 2012.
- MIZUKAMI, Pedro. *Alternative Copyright Reform Bill Introduced in the Brazilian Chamber of Deputies*. Disponível em <<http://infojustice.org/archives/8275>>. Acesso em 15 de agosto de 2012.
- OKEDIJI, Ruth L. *The international copyright system: Limitations, Exceptions and Public Interest Considerations for Developing Countries*. Disponível em: <http://www.unctad.org/en/docs/iteipc200610_en.pdf> Acesso em: 10/06/2012.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. *Handbook: Policy, Law and Use*. 2004. Disponível em <<http://www.wipo.int/about-ip/en/iprm/>>. Acesso em 10 de julho de 2012.
- PIMENTEL, José Vicente de Sá. *Apresentação*. In: FUNDAÇÃO ALEXANDRE DE GUSMÃO. Mesa-redonda : o Brasil, os BRICS e a agenda internacional -- Brasília : FUNAG, 2012. p. 9-11.
- PRAKASH, Pranesh. *Analysis of the Indian Copyright (Amendment) Bill 2012*. 2012. Disponível em <<http://infojustice.org/archives/26243>>. Acesso em 01 de setembro de 2012.
- REIS, Ana Carla Fonseca. *Economia Criativa como estratégia de desenvolvimento: uma visão dos países em desenvolvimento*. São Paulo: Itaú Cultural, 2008.
- REIS, Maria Edileuza Fontenele. *BRICS: surgimento e evolução*. In: FUNDAÇÃO ALEXANDRE DE GUSMÃO. Mesa-redonda : o Brasil, os BRICS e a agenda internacional -- Brasília : FUNAG, 2012. p. 31-65.
- SHI, Samsung Xiaoxiang, *Chinese Copyright Law, Peer Production and the Participatory Media Age: An Old Regime*. In: a New World. COPYRIGHT LAW, DIGITAL CONTENT AND THE INTERNET IN THE ASIA-PACIFIC, Brian Fitzgerald et al., eds., Sydney University Press, 2008. Disponível em SSRN <<http://ssrn.com/abstract=1266109>>. Acesso em 01 de julho de 2012.
- SONG, Seagull Haiyan. *Reevaluating fair use in China—a comparative copyright analysis of chinese fair use legislation, the u.s. Fair use doctrine, and the european fair dealing model*. 2011. Disponível em SSRN <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2118957>. Acesso em 01 de julho de 2012.

TANZA, Daria. *Current development of intellectual property laws in Russia and its impact on piracy of intellectual property*. 2012. Disponível em <<http://www.jdsupra.com/legalnews/current-development-of-intellectual-prop-24711/>>. Acesso em 30 de agosto de 2012.

THOMAS, Zakir. *Overview of Changes to the Indian Copyright Law*. *Journal of Intellectual Property Rights*. Vol 17, 2012. Disponível em <<http://nopr.niscair.res.in/handle/123456789/14460>>. Acesso em 01 de setembro de 2012.

ZHANG, F., & XIE, D. *Chinese Copyright Protection Has Storied History, Strong Future*. 2007. Disponível em <http://www.sourcetrixx.com/docs/Whitepaper-China_Intellectual_Property.pdf>. Acesso em 01 de julho de 2012.

REFLEXÕES SOBRE OS REQUISITOS JURÍDICOS DA OBRA INTELECTUAL PROTEGIDA PELO DIREITO DE AUTOR

Fernando Previdi Motta⁴⁷

Resumo:

O presente artigo tem por finalidade auxiliar na compreensão dos contornos atuais do direito autoral, em especial, no que diz respeito aos elementos que definem a obra intelectual protegida. Busca refletir sobre as razões que justificam a apropriação privada da informação, por meio de apontamentos sobre os requisitos exigidos pelo direito autoral, para que determinada forma de expressão intelectual possa ser enquadrada como obra incorpórea objeto de direitos de exclusivo. Este trabalho destaca que o exponencial aumento da comunicação, bem como a facilidade de armazenamento, reprodução e manuseio de conteúdos informacionais, fruto da internet e do mundo digital, colocou em evidência a necessidade de maior rigor na análise e interpretação dos fundamentos e requisitos exigidos pelo regime especial, para a outorga da tutela autoral. A partir do resgate dos fundamentos da propriedade intelectual, este artigo busca contribuir para o debate sobre os limites do âmbito da proteção, que permite a um determinado indivíduo reclamar poderes de domínio e controle sobre suas manifestações no mundo cultural. Traz, ainda, uma crítica a movimentos de banalização dos direitos autorais e defende a necessidade da existência de uma estrutura mínima, nas chamadas criações intelectuais, para que se justifique a outorga de direitos de exclusivo a determinado indivíduo. Com base na legislação autoral brasileira e na Convenção de Berna, analisa o conceito de obra intelectual protegida, percorrendo sobre aspectos pontuais de seus diversos elementos, tais como a forma literária e artística da obra, a originalidade, a intelectualidade, a criatividade, a estética, a exteriorização, a temporalidade e o desimpedimento.

Palavras-chave: OBRA INTELECTUAL PROTEGIDA; DIREITO AUTORAL; INTERNET; REQUISITOS; ESTRUTURA MÍNIMA.

⁴⁷ Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Clássica de Lisboa-Portugal. Professor de Direito Empresarial e da Propriedade Intelectual do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Advogado.

Resumen:

El presente artículo tiene la finalidad ayudar en la comprensión del actual marco regulatorio de los derechos de autor, en particular lo que significa con respecto a los elementos que definen la obra intelectual protegida. Busca reflexionar sobre las razones que justifican la apropiación privada de la información, por medio de notas sobre los requisitos exigidos por el derecho autoral, para que determinada forma de expresión intelectual pueda ser encuadrada como obra incorpórea objeto de derechos de exclusividad. Este trabajo destaca que el exponencial aumento de la comunicación, así como facilidad de almacenamiento, reproducción y manipulación de los contenidos informativos, introducida por la internet y el mundo digital, dejó en evidencia la necesidad, de mayor rigor de análisis e interpretación de los fundamentos y requisitos exigidos por el régimen especial, para el otorgamiento de la tutela autoral. A través del rescate de los fundamentos de la propiedad intelectual, se busca contribuir al debate que nos llevará a delimitar el ámbito de la protección, que permite a un determinado individuo reclamar derechos de dominio y control de sus manifestaciones en el mundo cultural. Aporta, todavía, una crítica a los movimientos de banalización de los derechos autorales, y defiende la necesidad de la existencia de una estructura mínima, para justificar el otorgamiento de los derechos exclusivos a un individuo en particular. En base a la Legislación Autoral de Brasil, y la convención de Berna, analiza el concepto de obra intelectual protegida, discutiendo sobre aspectos puntuales de sus elementos diversos tales como la forma literaria y artística de la obra, su originalidad, intelectualidad, creatividad, estética, exteriorización, temporalidad y su liberación.

Palabras-clave: PROTECCIÓN INTELECTUAL; SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN; OBRA INTELECTUAL PROTEGIDA; REQUISITOS; ESTRUCTURA MÍNIMA; DOMINIO PÚBLICO.

1. Introdução

O homem presencia, vive a sociedade do século XXI, uma sociedade conectada, na qual a informática colocou a produção de conteúdos, o acesso à informação e o diálogo na ponta dos dedos. Por outro lado, o crescimento populacional e o desenvolvimento econômico acirram os conflitos e colocam em disputa toda sorte de bens, incluindo as criações intelectuais. Mas o sonho pelo ganho fácil, decorrente dos monopólios, incentiva a uma corrida rumo às oportunidades trazidas pela exploração em escala de conteúdos informacionais o que, se por um lado, tem promovido o desenvolvimento tecnológico e cultural, tem também impulsionado pessoas, movidas pelo oportunismo ou pelo

desconhecimento, a buscar o domínio exclusivo sobre bens de essência inapropriável. Não podemos deixar de notar que o direito autoral, que já foi visto como um dos mais legítimos direitos do homem, assombra hoje a sociedade. Não apenas por conta da guerra promovida pelos titulares de direitos autorais, contra aqueles que ousam utilizar suas obras sem autorização, mas também por conta de uma indevida extensão da tutela a todo tipo de produção intelectual, independente de seu mérito. A cada dia mais notícias na imprensa aparecem sobre acusações de plágio, violação de direitos autorais das mais diversas e pretensões indenizatórias.

Por tudo isso, o direito autoral atravessa uma fase de reflexão e enfrentamento. Já vem de tempos o debate jurídico, que discute o equilíbrio entre os interesses privados de restrição e os direitos públicos de difusão. Tudo isso está aliado à constatação inegável de que hoje a tecnologia já faz parte da nossa cultura. Ao mesmo tempo em que a internet cumpre função de compartilhamento de conteúdos, tornando disponível em rede as mais diversas obras, também é um ambiente de comunicação, troca de informações e linguagem, ambiente esse que acaba por revelar permanente tensão entre os direitos de autor e a liberdade de informação. Portanto, se torna cada vez mais necessário termos plena consciência, e constante reflexão, de tudo aquilo que é informação livre e o que pode ser objeto de apropriação privada. Com efeito, a Sociedade de Informação maximizou a comunicação entre as pessoas, colocou em evidência ideias e conteúdos. Por conta disso, o paradigma atual da linguagem e da comunicação exige revisitar o conceito de obra intelectual protegida e, conseqüentemente, o alcance da exclusividade autoral, para melhor definição do que pode e o do que não deve ser objeto de restrição.

Além de uma justiça econômica, albergada pelo reconhecimento de um sistema voltado ao incremento das artes, da cultura e garantidor da individualidade do homem, deve também ser analisado o direito autoral como um regime individualista e arbitrário, temas estes sempre presentes nos discursos críticos da disciplina. Se por um lado o mundo cultural compreende um rico acervo de informações, obras e conteúdos que podem ser livremente

utilizados por qualquer pessoa, de outro, o direito autoral gera reflexos nas prerrogativas de liberdade de expressão e acesso à cultura.

Assim, especialmente pelo fato da informação ser livre, sendo o exclusivo nesse domínio uma exceção, busca o presente trabalho uma melhor visualização dos contornos da obra intelectual protegida pelo direito autoral, e chamar a atenção para a necessidade de revistar os fundamentos e requisitos exigidos para que um determinado conteúdo faça jus à proteção trazida pelo regime especial.

2. A apropriação privada da informação

O homem é equipado com poderosa capacidade intelectual, que lhe permite não apenas raciocinar, mas também apreender o que está no mundo ao redor e externar pensamentos.

Seja por meio dos sentidos, da experiência, seja por meio da razão pura ou de ambas as formas, o homem consegue apropriar a informação existente no cosmos, em maior ou menor medida. Da célebre frase de John Locke “ler fornece ao espírito materiais para o conhecimento, mas só o pensar faz nosso o que lemos”, até a crença de que a mente humana contém ideias e conhecimentos inatos, o fato é que desde os primórdios da civilização até a era da internet, o homem sempre esteve imerso na informação. E uma característica marcante da propriedade intelectual, além de sua imaterialidade, é que ela jamais deixa de ser informação transmissível.

Uma vez que os direitos autorais têm por vocação a comunicação, saber quando a informação proveniente do intelecto humano passa da repetição e alcança o patamar de composição passível de proteção é essencial na sociedade de informação, pois se trata de um caso de apropriação privada de um bem naturalmente social. Com efeito, os conhecimentos, toda a informação registrada ou transmitida, em regra, pertencem à categoria dos bens públicos⁴⁸, ou seja, são de uso comum das pessoas. Não obstante, sabe-se que desde os

⁴⁸ O termo bem público é aqui utilizado no seu sentido econômico, como sendo um bem não excludente.

tempos mais remotos da história humana o indivíduo demonstrou apreço e interesse em ter o domínio sobre aquilo que produziu, inclusive pelas suas criações intelectuais, sobre as quais muitas vezes houve interesse de aproveitamento econômico ou, ao menos, de reconhecimento social. Com efeito, se nos primórdios não há registros da tutela do direito de autor, sob o aspecto patrimonial, sempre houve na sociedade uma consciência pública a justificar respeito ao trabalho intelectual.

Além de razões de ordem natural, que enxergam isso como algo elementar, a teoria econômica também colocaria a informação na categoria de bem público, por se tratar de um universo de bens não excludentes, não rivais, que podem ser livremente utilizados por qualquer indivíduo, sem que isso signifique excluir a mesma possibilidade a terceiros. Mas tal situação acaba por gerar uma falha de mercado, que busca ser solucionada por meio da criação de direitos de exclusivo⁴⁹, mediante condições específicas⁵⁰. A atenção volta-se para o fato de que, dessa forma, o reconhecimento de um direito intelectual tem como potencial consequência negativa limitar a comunicação e a linguagem. Inclusive, como reforçado por CARBONI, “a proteção de obras não enquadradas nos requisitos da proteção autoral desvirtua a função social do direito de autor, como princípio garantidor do desenvolvimento cultural e tecnológico”⁵¹.

Saber, então, quando determinado conteúdo torna-se apto a ser protegido, torna-se imprescindível para compreender o que leva a sociedade outorgar a uma determinada pessoa exclusividade sobre certa forma de expressão. Identificar os contornos da obra intelectual protegida também auxilia na discussão do nível de rigor dos direitos de autor em relação aos direitos fundamentais dos utilizadores, com vistas ao equilíbrio da relação havida entre estes e o titular de direitos autorais.

⁴⁹ Cf. BARBOSA. Cláudio R. *Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 11

⁵⁰ Não é demais lembrar aqui, que o desenvolvimento dos direitos autorais ganhou ênfase com a invenção dos tipos móveis, acelerando a comunicação e distribuição das criações, bem como facilitando a fixação e distribuição de conteúdos.

⁵¹ CARBONI, Guilherme. *Função Social do Direito de Autor*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 155.

3. O direito autoral e a noção de obra

O direito da propriedade intelectual tem como fundamento principal o interesse do homem em proteger os frutos de sua criatividade, bem como ter controle sobre as obras de seu intelecto.

De um modo geral, as legislações de diversos países protegem o direito autoral tendo como justificativas razões econômicas ou advindas do direito natural, variando apenas a ênfase dada a cada uma dessas linhas. Sob a perspectiva econômica, busca-se garantir aos autores direito a uma compensação financeira e, dessa forma, estimular a criatividade e produção de obras culturais. Já a segunda perspectiva assenta-se no direito natural de uma pessoa ao produto de seu trabalho, raciocínio que se estenderia às expressões intelectuais criativas. Assim, é comum falarmos em funções de recompensa ao autor pela contribuição ao mundo cultural; de reconhecimento à identificação da autoria; de criação de um ambiente produtivo favorável; incentivos à cultura, sem esquecer-se da função econômica, uma vez que numa sociedade capitalista existe inegável interesse na proteção das criações intelectuais, ante o valor que determinados trabalhos representam, especialmente no âmbito da sociedade de informação, onde há busca incessante pelos conteúdos.

A tutela das obras intelectuais protegidas faz-se, basicamente, pela outorga de um direito de exclusivo que, classicamente, possui vinculação estreita com atos de exploração econômica⁵². A sociedade concorda com tais direitos de exclusivo porque é convencida ser uma forma adequada de compensar aqueles que criam pelo acréscimo que trazem ao mundo cultural. Já numa perspectiva econômica, a outorga de um direito de exclusivo a uma obra artística ou literária acaba por potencializar o valor e a exploração de tais bens, tornando mais eficiente e racional a produção e aproveitamento dos bens culturais. Contudo, uma análise séria sobre os benefícios trazidos pelo regime do direito autoral passa por avaliar a quem aproveita a valorização da obra

⁵² Nesse sentido, ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 3; BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos Atuais do Direito do Autor*. São Paulo: RT, 1999, p. 138.

intelectual, e em que percentual, se aos empresários, à cultura, ao público ou ao seu criador. Para que isso possa efetivamente ocorrer, é necessário saber exatamente a extensão desse direito, qual o seu objeto e o que pode ser passível de apropriação segundo o atual regime, para que uma análise mais acurada e justa possa ser realizada.

Com efeito, o regime de proteção dos direitos de autor está centrado no conceito de obra. Obra é o resultado do trabalho humano e, embora tal termo possua mais de um significado, para o direito de autor importa enquanto sinônimo de produção intelectual. A análise da lei de direitos autorais coloca-a em evidência, sendo que o texto legal cita expressamente a palavra obra 170 vezes, isso considerando que parte da lei aborda os direitos conexos. Há um título próprio que trata das obras intelectuais e toda estrutura jurídica do direito de autor orbita em torno de seu conceito. Para Denis BARBOSA o conceito de obra não fica limitado a definições mais específicas, que poderiam excluir qualquer outra forma de criação, admitindo até dizer que o objeto do direito de autor é a obra criada, que talvez já “encerrasse os demais requisitos não sendo necessário dizer mais nada, salvo lembrar que a proteção é limitada no tempo e que há situações de exceção legal”⁵³.

Todavia, malgrado sua essencial importância, a definição de obra intelectual protegida, em muitos casos, ainda assombra expressivo número de usuários, pela dificuldade de compreender seu real significado e alcance, especialmente quando se constata que um bem que poderia ser solidariamente aproveitado por todos, sem o menor prejuízo aparente, é na verdade uma categoria de bem intocável, proibido⁵⁴.

⁵³ BARBOSA, Denis Borges. Propriedade Intelectual – Direitos Autorais, Direitos Conexos e Software. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003, p. 36.

⁵⁴ Recentemente, perfil da rede social *facebook*, utilizado como publicidade por certa empresa, foi acusado da prática de plágio por utilizar piadas já conhecidas na comunicação com usuários, muitas delas eram bastante curtas, levantando polêmica pelo fato de uma forma de simples de expressão almejar a condição de obra intelectual protegida pelo direito de autor. EXAME. Perfil no Facebook acusa "Gina Indelicada" de plágio. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/marketing/noticias/pagina-no-facebook-acusa-gina-indelicada-de-plagio>>. Acesso em: 05 set. 2012.

Contudo, embora atualmente haja uma tendência de estender o alcance dos direitos autorais, devemos estar atentos para que não haja apropriação privada daquilo que é de domínio público. Uma obra protegida precisa apresentar características que a distingam de uma informação de uso comum, de uma mera ideia, precisa atender aos requisitos que justificam a sua tutela.

4. Requisitos da obra intelectual protegida

Como visto acima, a obra humana é a alma do direito de autor, não existe proteção autoral sem ela. A noção geral de obra é ilustrada, no texto legal, por meio de um rol exemplificativo de criações intelectuais que podem ser enquadradas no conceito de obra, a exemplo do que sucede na Convenção de Berna. Contudo, não obstante o legislador tenha se preocupado em não excluir nenhum tipo de obra do âmbito de sua abrangência, só contarão com a proteção àquelas que cumprirem os requisitos justificadores da outorga de exclusivo autoral. Isso é muito relevante, pois da conexão entre o criador e sua obra nascem os direitos autorais, fazendo surgir direitos de exclusivo outorgados a determinado indivíduo, que se traduzem num amplo feixe de faculdades morais e patrimoniais, colocando em causa direitos de terceiros de explorar o conteúdo informacional trazido pela obra.

Impõe-se, portanto, demarcar o âmbito da proteção. Indiscutível que a sociedade, por meio do regime especial, não visa privilegiar o mero oportunismo, desprovido de mérito, mas, busca garantir um direito a quem o faz por merecer. Seria injusto e ilegítimo outorgar direitos de monopólio a alguém sobre algo, inexistindo relação de mérito.

O ponto de partida na análise dos requisitos da obra intelectual protegida é o art. 7.º, da lei 9.610/98. Tal dispositivo estabelece que “são obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”.

Logo se vê que a norma não traz uma definição exata e precisa do objeto da proteção autoral, pelo que uma análise mais abrangente dos requisitos da obra intelectual protegida faz-se necessária.

4.1. Forma literária ou artística

O que se protege, com base no regime do direito de autor, é a obra literária ou artística. Tal conclusão tem por referência a leitura do texto original da Convenção de Berna, base das legislações dos países dela signatários, incluindo o Brasil.

Observe-se que podem, tais obras, surgirem do domínio literário, artístico ou científico, mas se deve evitar o equívoco comum de, ao menos terminologicamente, incluir a propriedade científica como sendo objeto do direito autoral. A obra científica é a obra literária ou artística ligada ao domínio das ciências, tal como refere o § 3.º, do art. 7.º, da lei 9.610/98, quando enfatiza que no domínio das ciências, a proteção recairá sobre a sua forma, não abrangendo seu conteúdo científico ou técnico.

Portanto, não faz parte do objeto do direito de autor quaisquer obras que não tenham expressão literária ou artística. Também não interessa ao direito autoral os motivos que levaram à criação da obra, se cultural, científico ou outro, sendo obra artística ou literária, poderá merecer proteção.

Há movimentos modernos buscando reconhecimento a outras obras que não pertençam a esses tradicionais domínios. Para BITTAR a regra comporta exceções⁵⁵, sendo que os conceitos de obra literária, artística ou científica abarcam certas criações que, a rigor, não realizam objetivos estritamente identificáveis com essas noções. De qualquer modo, apesar do alcance amplo que este requisito possa revelar, ao menos auxilia na diferenciação das obras intelectualmente protegidas pelo direito de autor das descobertas de fins

⁵⁵ BITTAR, Carlos Alberto. Contornos Atuais do Direito do Autor. São Paulo: RT, 1999, p. p. 21, os conceitos de “obra literária, artística ou científica” abarcam certas criações que, a rigor, não realizam objetivos estritamente identificáveis com essas noções.

utilitários, protegidas pela propriedade industrial, que de igual modo são fruto do poder da inteligência do homem.

Na noção de arte poderíamos incluir tudo aquilo que é apto a chamar especial atenção das pessoas, muito embora arte não seja o reflexo do real, nem a literatura pode ser considerada como um mero dado ou informação desprovida de forma particular de expressão.

4.2. A Intelectualidade

Este requisito tem sido interpretado no sentido de que a proteção deverá recair sobre obras intelectuais humanas. Segundo entendimentos da filosofia clássica, a expressão “espírito” é concebida como o conjunto total das faculdades intelectuais, ligada à racionalidade do indivíduo.

Exige-se assim, um ato de intervenção humana⁵⁶, capacidade de raciocínio que possa efetivamente acumular informação e processar conhecimento e, assim, interferir no meio exterior.

É o poder da inteligência do homem e a atividade de sua imaginação criadora⁵⁷ que pode manifestar uma obra passível de proteção jurídica. Portanto, uma criação da natureza ou de um animal não pode usufruir da proteção do direito de autor, tampouco os processos, os sistemas, conceitos, princípios e descobertas.

Segundo PLAISANT⁵⁸, a criação de uma obra traria consigo, de certo modo, a personalidade do autor. Não se pode esquecer, no entanto, que o individualismo representava o espírito da época, de valorização da obra humana, mas apenas romanticamente poderia ser de fato identificada a personalidade do autor numa obra. Já a marca e o traço do autor podem sim muitas vezes serem identificados.

⁵⁶ Há correntes que defendem ou, ao menos, refletem sobre a possibilidade de criação de obras artísticas por meio de máquinas. Nesse sentido, BITTAR, Carlos Alberto. op. cit., p. 193.

⁵⁷ Nesse sentido, CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da Propriedade Industrial. São Paulo: RT, 1982, p. 49.

⁵⁸ PLAISANT, Marcel. *La creation artistique & litteraire et le droit*. Paris: Rousseau, 1920, p. 27.

4.3. Criatividade

Para que uma obra possa ser protegida pelo direito de autor, um ato de criação é necessário. Obra é tudo aquilo que resulta do trabalho, de determinada ação, mas não basta esforço para o direito autoral, pois o que se protege numa obra é aquilo que se destaca do comum, inclusive, quanto mais individualizada e complexa for uma obra, maior o âmbito da proteção autoral⁵⁹.

A mera descrição não é criação. O autor deve ser mais importante que o conteúdo, pois ele compõe a forma final. A descrição necessária de um fato não é obra protegida, pois nisso não há criação, mas sim um registro. A simples informação não é obra protegida, pois não se cria algo que já existe. Pela mesma razão não há proteção do real, da forma de expressão obrigatória, vinculada, de modelos pré-existentes, da aplicação óbvia de ideias comuns.

Desde sua origem o homem sempre revelou capacidade de criação e isso deve ser identificado na obra. Embora o avanço da cultura de consumo e as novas tecnologias de informação acabem reclamando atenção especial para obras de reduzido grau de criatividade e, até mesmo, para apresentação particularizada de dados em si, necessário enfatizar que este requisito permanece quando se trata do direito de autor. O grau de mérito artístico ou literário não é relevante, mas a tutela do direito de autor só se justifica se houver criatividade⁶⁰. CHAVES já havia anotado que a lei não poderia lançar o manto de sua proteção indistintamente sobre qualquer produção, o que estaria reservado às obras que tenham certo cunho de personalidade⁶¹.

Para BITTAR, a proteção da obra não leva em conta o valor ou mérito, no sentido de não se cogitar da análise de seu valor intrínseco, em face da subjetividade que se instalaria, mas, reconhecendo que a criatividade exige um mérito mínimo, assevera que as obras são protegidas se revelarem alguma criação⁶².

⁵⁹ Nesse sentido, PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 392.

⁶⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira; *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 3.

⁶¹ CHAVES, Antonio. *Obras Protegidas pelo Direito de Autor*. RT-556 (fev/82), p. 264.

⁶² BITTAR. Carlos Albert. *Direito de Autor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 22.

Reconhecer proteção autoral a uma obra desprovida de criatividade ou estrutura mínima é desconsiderar os fundamentos do regime, além de acarretar o nocivo efeito de restringir a comunicação social, o que é injustificável, pois assim estar-se-ia outorgando um direito privado poderoso sem qualquer contrapartida social, protegendo-se o oportunismo, que não é função do direito. Existem elementos anteriores à manipulação criativa, e esses elementos não são protegidos, apenas a estruturação desses elementos, de caráter individualizado. Portanto, tudo que já existia ou que orbita em torno do natural, que é mera repetição individual ou execução de algo já existente, não pode ser objeto do direito de autor.

Em toda criação intelectual podemos enxergar uma estrutura, mesmo que mínima, a que podemos denominar de composição. Não havendo composição há mero dado, informação. Quanto mais elaborada for a composição, maior a chance de a obra ser protegida. Obras de estrutura mínima até podem alcançar proteção, mas, quanto menor sua estrutura, maior a possibilidade de não haver criação suficiente para distingui-la de elementos que já integram o imenso acervo cultural, construído ao longo de milênios.

4.4. Originalidade

Não há um consenso universal sobre o que pode ser caracterizado como original, mas, nos países que seguem o *droit d'auteur*, de uma forma geral exige-se que a obra revele a marca da personalidade individual de seu criador. Contudo, exigir que a personalidade do autor possa ser identificada em sua obra é algo que não ultrapassa ideais românticos do iluminismo.

Original deve ser visto como aquilo que não foi objeto de cópia, que tem caráter próprio. Uma vez que a obra intelectual é uma criação do espírito, sua origem vincula-se sempre a uma criação que resulta da expressão de um indivíduo⁶³. A inserção do elemento psíquico próprio é que faz a criação

⁶³ Ou, eventualmente, de um grupo de indivíduos, caso da obra em co-autoria.

intelectual⁶⁴. A doutrina costuma distinguir novidade de originalidade sob o ponto de vista subjetivo⁶⁵ e não são raras discussões acerca desse conceito⁶⁶.

Toda vez que uma pessoa cria algo que desconhecia está produzindo algo original⁶⁷. Não necessariamente será algo totalmente novo, no sentido de que o substrato base da criação seja desconhecido das demais pessoas. Embora novidade e originalidade sejam conceitos muitas vezes utilizados como sinônimos, o que importa frisar é que a obra pode ser protegida mesmo se for baseada em trabalhos já existentes, desde que seja original e atenda aos demais requisitos, dessa forma, jamais será igual a outra existente.

Não há dúvidas, contudo, que se apenas em raríssimas obras é possível identificar estampada a personalidade de seu autor, em todas é requisito identificação, ao menos, de reflexos da marca de seu criador ou de uma estrutura mínima, algo que revele contributo para vida cultural, ou não se justifica a tutela autoral, como a seguir continuará sendo desenvolvido.

4.5. Exteriorização

A obra literária ou artística que conta com a proteção autoral é uma criação do espírito exteriorizada, seja ela fixada num suporte tangível ou não. No regime autoral brasileiro a proteção inicia a partir do nascimento da obra, que no caso é a sua exteriorização, sua concretização formal.

Quando a ideia é concretizada passa a ter forma estética, não importando o meio nem o processo de exteriorização, que poderá ser mediante fixação numa base corpórea e até mesmo oralmente, como numa conferências ou palestra. Uma obra pode ser expressa pelo modo linguístico oral, escrito, de sinais ou gestos, musical, plástico ou cinético, ou até pela combinação de um ou mais desses meios de comunicação.

⁶⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomo 16. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, p. 14.

⁶⁵ CERQUEIRA, op. cit., p. 307.

⁶⁶ ABRÃO, Eliane Yachouh. Direitos de Autor e Direitos Conexos. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 95.

⁶⁷ Cfr. ASCENSÃO, op. cit., p. 62-63, quando discorre sobre os aspectos distintos da novidade.

Sendo uma realidade incorpórea, imaterial, somente quando se desprende do foro íntimo do autor e manifesta-se como algo que pode ser apreendido pelos sentidos é que a obra intelectual alcança relevância jurídica. Foi o desenvolvimento tecnológico que permitiu, ao longo da história⁶⁸, que isso ficasse evidenciado⁶⁹.

Uma vez que a obra não se vincula à existência do suporte na qual é normalmente fixada, tem existência vinculada à possibilidade de sua memória, reprodução. Em regra não há dependência necessária da forma, do exemplar em que esteja representada, ou seja, a destruição deste não importa necessariamente a destruição da obra intelectual. Contudo, é bem verdade que existe diversidade de obras e cada uma conta com especificidades próprias⁷⁰. Algumas estão intimamente ligadas ao suporte, como é o caso, por exemplo, de uma pintura, que não pode existir sem uma primeira fixação, embora depois disso o primeiro exemplar possa ser dispensado. Outras existem de forma totalmente independente dele, como obras recitadas ou músicas antes da fixação, embora isto seja o fim natural de toda obra incorpórea.

Por derradeiro, não é requisito de proteção a fixação da obra num suporte material. A Convenção de Berna facultou aos seus signatários impor tal requisito, sendo que a lei de direitos autorais brasileira apenas exigiu isso para casos especiais, como a obra audiovisual e as coreografias⁷¹.

⁶⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira; *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 4-5.

⁶⁹ Cfr. anotações de WACHOWICZ, *in* *Revolução Tecnológica e Propriedade Intelectual*. Separada de *Direitos Autorais*. Eduardo Salles Pimenta, coord. São Paulo: RT, 2007, p. 236.

⁷⁰ MOTTA, Fernando Previdi. Aspectos jurídicos da obra intelectual produzida para fins didáticos e a sociedade de informação. Estudos de direito de autor e interesse público. Anais do II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Marcos Wachowicz e Manoel J. Pereira dos Santos (coord.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p.5.

⁷¹ Cf. Lei 9.610 de 98, art. 5.o, VIII, “i”; art. 7.o, IV e outros dispositivos que tratam dos direitos conexos.

4.6. Temporalidade

Outro requisito para que uma obra intelectual seja protegida é estar dentro do prazo de proteção definido em lei.

O sistema autoral busca proteger os direitos do criador de obra que atenda aos requisitos de proteção, mas, também, tem por finalidade fomentar a disseminação das obras intelectuais ao público e permitir que a sociedade se beneficie das obras intelectuais criadas. Não sendo a proteção um direito sem causa, embora tutele o autor enquanto indivíduo, trata-se antes de tudo de direito vinculado ao interesse social, pelo que se nota ser da essência do regime a obra cair em domínio público, após decorrido o prazo de proteção. Esse requisito atende também o corolário da liberdade de informação, uma vez que a sociedade necessita de justificação para retirar do domínio público algo que, a rigor, poderia beneficiar a todos. Da constatação inequívoca de que o autor cria a partir do acervo cultural da humanidade, sendo de certo modo escravo de sua condição histórica, mas, por outro lado, dá sentido e significado original estético àquilo que recebe, admite-se seu direito de exclusivo para compensar sua contribuição à sociedade, mas apenas pelo prazo entendido como suficiente para uma justa retribuição, findo o qual termina a exceção do monopólio legal e retorna-se à regra geral.

Nesse sentido, se a criação é exigida, temos também que o aproveitamento do acervo comum é algo recorrente. Aliás, segundo ótica baseada na regra imortalizada de Antoine Lavoisier, de que na natureza nada se cria, nada se perde, tudo se transforma, a novidade absoluta seria algo inatingível, pois o homem sempre irá criar tendo por base elementos comuns encontrados na natureza, nos registros históricos da humanidade, no complexo e quase infinito acervo cultural já existente. É necessário, pois, contornos próprios quanto à expressão e à composição.

Finalmente, o requisito da temporalidade é de ordem prática indispensável, uma vez que se o direito autoral fosse eterno, a co-titularidade de inúmeros herdeiros seria obstáculo intransponível para o resguardo do direito de acesso à cultura.

4.7. Desimpedimento

Sendo a lei que estabelece os direitos autorais, fica excluído do regime e, conseqüentemente não é protegido, tudo aquilo que for elencado pelo legislador como não passível de proteção.

A lei de direitos autorais, em seu art. 8.º, descreve casos nos quais não se outorga direitos de exclusivo, mesmo na eventualidade de haver criação de obra intelectual original. Decorrem de exigências da vida pública.

Ressalta-se que o impedimento da tutela autoral não diz respeito necessariamente aos atributos da criação intelectual, mas tem como fonte a previsão legal que, em tese, busca reafirmar a não exclusividade de informações de uso comum ou necessário, bem como atender a valores coletivos estranhos à essência da criação artística ou literária. Por exemplo, em decisões judiciais pode haver obra intelectual, mas não obra protegida.

Portanto, para que haja incidência da tutela autoral, necessário que a obra não se enquadre nos casos de impedimento legal.

4.8. Ideias, Forma e Esteticidade

A obra protegida não se confunde com a ideia, mas com a forma pela qual uma ideia é expressa, sendo que essa forma tem um caráter individual próprio, revela algo mais que a mera ideia abstrata. Trata-se de um conceito em sentido amplo, de uma representação genérica de um fato, de um princípio geral, é uma essência, não tem traço de individualização relevante.

As ideias são marcadas pelo caráter da universalidade, pertencem ao domínio comum da humanidade. O ser humano é naturalmente provido de idéias. Mais do que isso, as ideias formam a base da comunicação, que não pode ser restringida, não pode ser apropriada. As ideias estão ligadas à ontologia do ser, advém de algo pré-existente e, em relação a elas, o homem interfere como comunicador de algo, não criador, especialmente no exercício de suas aptidões culturais.

Ideia como plano, projeto abstrato, percepção elementar, conhecimento, informação em si, noção, idealização, modelo, padrão, quando é intenção, projetos como tais, esquemas de ação, não são protegidos, apenas eventualmente e possuindo valor estético. Nesse sentido, a obra autoral exige caráter estético, tem plástica, sempre adquire determinada forma sensível apta a despertar a crítica do belo e da harmonia. Veja-se que nem todas as criações possuem caráter estético, caso da generalidade dos direitos industriais.

BITTAR defende a esteticidade como elemento fundamental da obra intelectual protegida. Segundo o renomado autor, as obras que por si realizam finalidade estéticas é que se incluem no âmbito do direito de autor⁷². Já ASCENSÃO fundamenta que o problema da esteticidade só surge com autonomia na obra artística, sendo muito difícil qualificar certas obras como uma obra estética⁷³. Como já defendemos, as criações de espírito dão lugar a obras das mais variadas, o que muitas vezes exige uma análise segundo categorias próprias a que cada grupo pertence⁷⁴.

Antes de tudo, deve ser ressaltado que os conceitos de qualidade artística, grau de mérito, valor e até mesmo a novidade não são critérios considerados na análise da obra. Mas é a esteticidade o componente que auxilia avaliar a originalidade, o traço da individualidade do autor. A estética é o elemento que permite externar atributos de personalidade e revelar acréscimo ao acervo comum.

Quando se diz que a originalidade da obra exige dela componentes individualizadores, que a fazem ser inconfundível, especialmente quanto a outras preexistentes, isso tudo é consequência de sua forma estética. A estética está para a obra assim como a imagem está para o corpo de um indivíduo, é a estética que permite a manifestação sensível do abstrato.

Não obstante a complexidade do tema, a questão da estética auxilia na visualização dos contornos do direito de autor. O estético é o elemento que

⁷² BITTAR. Carlos Alberto. *Direito de Autor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 21.

⁷³ ASCENSÃO. *op. cit.*, p. 57.

⁷⁴ MOTTA. *op. cit.*, p. 5.

revela a estrutura da obra, possibilitando que seja digna de proteção pelo direito autoral.

5. Efeitos da Sociedade da Informação sobre a Obra Intelectual

A internet criou o espaço ideal para a Sociedade de Informação, uma ágora sem fronteiras, paradoxal, na medida em que atinge proporções gigantescas e possibilita número imenso de pessoas num único local. Um espaço extraordinário que inseriu o homem num ambiente de constante exercício do pensamento, comunicação e reflexão de ideias. Local onde milhões de pessoas têm ideias ao mesmo tempo, ideias essas, repise-se, que não são protegidas. Com efeito, as modernas tecnologias já se tornaram o meio mais eficiente para a busca de conteúdos informacionais por parte da comunidade acadêmica. Mas na internet também há espaço para a criação, é ambiente como qualquer outro, em que formas de expressão original e criativas são constantemente reveladas.

As grandes questões que se colocam são de duas ordens. A primeira é a constatação de um fato. Aparelhos eletrônicos⁷⁵ atualmente contam com gigantesca capacidade de armazenamento de informações e, interligados em rede, criaram o maior arquivo de conteúdos já visto em toda a existência humana. Isso possibilita, com eficiência, o resgate histórico das mais variadas obras intelectuais já produzidas ao longo dos tempos, a grande maioria já no domínio público. Assim, determinadas formas de expressão, que antes poderiam ser consideradas inéditas, para determinado grupo isolado de indivíduos, nada mais seriam do que informação pertencente ao acervo social comum. Não se pode albergar no âmbito dos direitos exclusivos as descobertas, tampouco as obras de domínio público. Teríamos, então, no máximo, a eventual possibilidade de tutelar uma execução ou interpretação de dado artista, com base no regime dos direitos conexos. O que evidencia a

⁷⁵ Computadores, *tablets*, dispositivos móveis, etc.

impossibilidade de se proibir nova execução ou interpretação por quem quer que seja⁷⁶.

A segunda questão envolve as influências da internet na estrutura da obra intelectual passível de proteção autoral. A internet fez surgir fenômenos novos. Uma vez que acarreta difusão de ideias de maneira muito ampla, intensifica a interatividade e gera a hiperinformação, tudo isso reflete no modo de comunicação e no resultado da linguagem, que é influenciada por efeitos semelhantes à da forma colaborativa. Como lembra Ronaldo LEMOS, “existe hoje um imenso número de projetos colaborativos em todo o mundo, todos fundados em uma estrutura aberta como a do software livre, da qual qualquer interessado pode participar”⁷⁷.

Não se quer dizer com isso que deixou de existir atividade criativa e autor na internet, e que todo e qualquer conteúdo que trafega na rede seja livre, por conta do fenômeno colaborativo, mas sim que a internet influenciou a atividade de criação, fazendo com que seja necessário um nível de exigência mais elevado, para justificar a proteção e não engessar a comunicação e a manifestação cultural. Ou seja, é cada vez mais relevante a identificação de uma estrutura mínima na obra intelectual protegida, pois se a manifestação individual está maximizada, bem como as fontes de ideias também estão, a contribuição do autor também deve ser maior, não banal. As coincidências criativas deixam de ser coincidência e passam a ser algo comum, normal, inerente à comunicação e, por conta disso, inapropriável.

A conclusão a que se chega também é de ordem prática. Sendo o produto cultural um bem dinâmico e em constante transformação, e porque qualquer acesso à informação não prescinde de uma relação de comunicação para ter seu significado apreendido, na medida em que esse significado tende a sofrer variações, fato verificado na internet, há uma inevitável impossibilidade prática

⁷⁶ A obra intelectual protegida é inconfundível, se é passível de confusão, se não possui individualidade suficiente, teve como pressuposto outra obra não protegida ou mera informação, apenas poderá, se for o caso, ser tutelada por outra norma, não pelo direito de autor. A execução é diferente da criação, nesta há inovação, acréscimo ao mundo cultural. Ainda poderíamos refletir sobre a aplicação de normas concernentes ao direito concorrencial, mas é tema alheio ao presente trabalho.

⁷⁷ LEMOS, Ronaldo. Direito, Tecnologia e Cultura. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p. 76.

de tutelar o uso e gozo exclusivo de informações desprovidas de relevante estrutura individualizadora, em benefício de um pretense autor e em detrimento do usuário. Entender o contrário seria aceitar sérios problemas de disputa de autoria e o aumento da insegurança dos utilizadores.

6. Conclusão

Identificar os requisitos que devem ser exigidos, para que obras sejam incluídas no âmbito da proteção autoral, é “tema eivado de dificuldades e que levou autores de enorme expressão, ou a admitir a existência de zonas cinzentas a obnubilar uma construção definitiva ou, mesmo, a afirmar a impossibilidade de uma definição segura nesse campo”⁷⁸. Essa foi a opinião expressada por Carlos Alberto BITTAR, da qual compartilhamos.

Na verdade, os requisitos enunciados neste artigo servem muito mais de parâmetros para a identificação da obra intelectual protegida, do que obstáculos intransponíveis para a incidência do regime. Devem, pois, serem considerados em conjunto, para efetiva aplicação em consonância com a natureza da obra objeto de análise. Só assim é possível identificar a estrutura da obra, que é o que realmente pode lhe impingir a condição de algo exclusivo.

Alguns requisitos muitas vezes se entrelaçam, e alguns até não têm seus limites conceituais definidos de forma linear. Certos requisitos exigidos para a caracterização da obra intelectual protegida estão intimamente relacionados. A atividade de criação é que conduz ao mundo exterior algo que anteriormente não existia. A esteticidade é consequência da criatividade. A criação pressupõe a individualidade, pois toda obra pressupõe um autor. Por seu turno, é a individualidade que permite à obra seu caráter original. Outros fatores existem que também podem auxiliar nesse processo, a exemplo do mercado, que naturalmente encarrega-se de identificar obras com qualidade e as que são meras execuções de algo público.

⁷⁸ BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor na Obra Publicitária. São Paulo: RT, 1981, p. 24.

Toda obra exige individualidade, mas quando a estrutura da obra é não significativa, pode não haver espaço para a individualidade revelar-se na sua plenitude, de forma marcante. Quando determinada obra é passível de ser objeto de coincidência criativa é razoável supor que não conte com estrutura mínima e, assim, estaria excluída da proteção advinda do direito de autor, cabendo a sua proteção às normas de combate à concorrência desleal ou, até mesmo, aos direitos conexos. Não é concebível que duas obras, feitas por dois autores diferentes, que nunca tiveram acesso à obra do outro, criem objetos iguais, mesmo que o tema seja o mesmo.

O direito de autor busca proteger as criações do homem, não devem ser protegidas imitações, repetições de dados. A liberdade de informação e de expressão são valores importantes e violá-los é mais grave do que violar eventual direito autoral que esteja no limiar da banalidade. Isso inibe também o oportunismo e incentiva o valor.

No ambiente digital, por força do adensamento da informação e da comunicação interativa maximizada, é cada vez mais relevante perquirir a estrutura mínima na obra intelectual protegida. O aporte do autor ao mundo cultural deve ser proporcional à exponenciação das ideias revelada no mundo moderno, para que mereça proteção de exclusividade. Perceber o verdadeiro alcance daquilo que é e pode ser protegido é essencial, não só para cumprir o objetivo perseguido pelo direito autoral, de estimular a criação e não engessá-la, mas, especialmente, para não restringir indevidamente a comunicação e o exercício cultural.

7. Referências

- ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de Autor e Direitos Conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- BARBOSA, Cláudio R. *Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- BARBOSA, Denis Borges. *Propriedade Intelectual – Direitos Autorais, Direitos Conexos e Software*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos Atuais do Direito do Autor*. São Paulo: RT, 1999.
- _____. *Direito de Autor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- CARBONI, Guilherme. *Função Social do Direito de Autor*. Curitiba: Juruá, 2006.

- CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*. São Paulo: RT, 1982.
- CHAVES, Antonio. *Obras Protegidas pelo Direito de Autor*. RT-556 (fev/82).
- LEMOS, Ronaldo. *Direito, Tecnologia e Cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 16. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.
- MOTTA, Fernando Previdi. *Aspectos jurídicos da obra intelectual produzida para fins didáticos e a sociedade de informação*. Estudos de direito de autor e interesse público. Anais do II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Marcos Wachowicz e Manoel J. P. dos Santos (coord.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.
- PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*. Coimbra: Almedina, 2008.
- PLAISANT, Marcel. *La creation artistique & litteraire et le droit*. Paris: Rousseau, 1920.
- WACHOWICZ, in *Revolução Tecnológica e Propriedade Intelectual*. Separada de *Direitos Autorais*. Eduardo Salles Pimenta, coord. São Paulo: RT, 2007.

A CONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO AUTORAL E A LEI 9.610/1998 NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Grace Laine Pincerato Carreira⁷⁹

Marcia Sadi Haron Cardoso⁸⁰

Resumo:

Analisa, brevemente, a evolução do Direito Autoral nas Constituições Brasileiras desde o período Colonial até o ano de 1967. Ressalta a importância da Constituição Federal de 1988 para os direitos intelectuais. Analisa, condensadamente, os aspectos relevantes da Lei de Direito Autoral no. 9.610 de 1998. Reflete sobre os conflitos existentes entre o art. 5º, incisos XXVII e XXVIII e o art. 215 da Constituição Federal de 1988. Aduz à hierarquia e harmonização das normas jurídicas vigentes.

Palavras-chave: DIREITO CONSTITUCIONAL, DIREITO DO AUTOR, HIERARQUIA E HARMONIZAÇÃO.

⁷⁹ Advogada e Jornalista, bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2011) e em Jornalismo pela Universidade de Sorocaba (2002). Recebeu prêmio Itaú- Mackenzie 4o. lugar com a monografia “Sobre o Direito Constitucional à tutela do patrimônio cultural imaterial: por uma aplicação do regime jurídico da propriedade”. Atua há 12 anos na área cultural. Desde 2008 faz parte da equipe técnica da Oficina da Palavra- Casa Mário de Andrade, pertencente à rede de Oficinas Culturais da Secretaria de Estado da Cultura de São Paulo e gerenciada pela Poiesis. Co-editora do site www.direitoparaler.com.br

⁸⁰ Advogada formada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP e professora formada em Letras pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, e com Licenciatura em Português e Inglês pela Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, atua há mais de 30 anos na área educacional, no ensino das línguas inglesa e portuguesa em escolas, associações profissionais, além de 12 anos de coordenação de Ensino Médio. Co-editora do site www.direitoparaler.com.br

Abstract

This paper briefly analyses the evolution of Copyright in Brazilian Constitutions from the Colonial period until the year of 1967. It highlights the importance of the 1988 Brazilian Constitution for copyright. It concisely examines the relevant aspects of the 1998 Copyright Act, # 9610. It reflects about the clashes between 5th Article, items XXVII and XXVIII and Article 215 of the 1988 Brazilian Constitution. It leads to hierarchy and harmonization of legislation currently in force.

Keywords: CONSTITUTIONAL LAW, COPYRIGHT, HIERARCHY AND HARMONIZATION.

1. Introdução

O tema Direito Autoral tem sido amplamente discutido, não só no território nacional, mas no contexto mundial. O assunto ganhou força nos últimos anos, principalmente, pelo desenvolvimento tecnológico que propiciou a divulgação de conteúdos de forma mais abrangente e atingindo um maior número de pessoas. Como rechaçar a oportunidade de acesso à informação, cultura, educação, tão facilmente ao alcance, senão de todos, pelo menos, de muitos?

Entretanto, ao mesmo tempo em que parecia resolver todas as dificuldades, a tecnologia começou a criar outros problemas e, entre eles, a violação dos direitos de autor. Tornou-se fácil copiar, colar, reproduzir, gravar, tocar, sem autorização e recolhimento dos devidos direitos autorais, ganha-pão daqueles que produzem conteúdo cultural e formam o patrimônio de conhecimento de uma sociedade. Pior do que isso, deu-se início a uma discussão sobre a validade do direito autoral como instituto, em contraponto ao acesso à cultura.

A reforma da Lei nº. 9.610 de 1998, chamada Lei de Direito Autoral e a criação de um Marco Civil da Internet são exemplos de discussões que suscitam um fervoroso debate entre os autoraisistas, empresários do setor, congressistas, artistas e sociedade civil.

Não podemos nos esquecer de que o autor é um trabalhador, produz cultura e disso retira seus proventos. Como podemos dele retirar o seu meio de ganhar a vida? O que acontecerá se o Poder Legislativo aprovar leis que prejudiquem ou reduzam drasticamente os direitos de autor? Como fica tal legislação infraconstitucional quando comparada aos princípios e direitos constitucionais que tutelam os direitos de autor?

A partir de um apanhado das Constituições Brasileiras sobre Direitos Autorais, o presente trabalho pretende refletir sobre os aparentes conflitos existentes entre Direitos do Autor e Liberdade de Expressão e Acesso à Cultura e os caminhos possíveis para que a Lei Fundamental não seja descumprida nem desrespeitada.

2. O direito autoral no Brasil – Breve histórico

No início, a distinção entre autor e inventor não estava formada e solidificada, tampouco a definição de arte se apresentava do modo como hoje a conhecemos. Durante o Brasil Colonial, a arte era empregada no sentido técnico e científico. Não podemos falar de direito autoral no Brasil sem mencionar essa fase embrionária para proteção autoral.

A primeira tutela à inventividade surgiu no Brasil Colonial, no ano seguinte à vinda da Família Real, mais precisamente em 28 de abril de 1809. Nesse dia, o príncipe regente editou um Alvará com força de lei e, entre os seus itens, destaca-se:

VI. Sendo muito conveniente que os inventores e introdutores de alguma nova máquina e invenção nas artes gozem do privilégio exclusivo, além do direito que possam ter ao favor pecuniário, que sou servido estabelecer em benefício da indústria e das artes, ordeno que todas as pessoas que estiverem neste caso apresentem o plano de seu novo invento à Real Junta do Comércio; e que esta, reconhecendo-lhe a verdade e fundamento dele, lhes conceda o privilégio exclusivo por quatorze anos, ficando obrigadas a fabricá-lo depois, para que, no fim desse

prazo, toda a Nação goze do fruto dessa invenção. Ordeno, outrossim, que se faça uma exata revisão dos que se acham atualmente concedidos, fazendo-se público na forma acima determinada e revogando-se todas as que por falsa alegação ou sem bem fundadas razões obtiveram semelhantes concessões⁸¹.

Do extrato acima, nota-se o sentido do termo arte e também a adoção da concessão de privilégios. A adoção de um prazo de 14 anos não foi arbitrária. Este era o tempo concedido pela coroa inglesa para a proteção do invento. De acordo com Henry Jessen (1967, p.17) “a concessão de privilégios foi à primeira forma de proteção legal específica às obras do espírito e representou o passo inicial para a tutela legal dos direitos dos criadores intelectuais”.

No entanto, considera-se como marco da proteção ao direito autoral no Brasil o Código Criminal de 1830, período historicamente denominado Primeiro Reinado do Brasil Império. O tema foi inserido dentro do título que trata dos Crimes contra a Propriedade, no capítulo onde se tipifica o Furto:

Art. 261. Imprimir, gravar, litografar, ou introduzir quaisquer escritos, ou estampas, que tiverem sido feitos, compostos, ou traduzidos por cidadãos brasileiros, enquanto estes viverem, e dez anos depois da sua morte, se deixarem herdeiros⁸².

Não se empregou o nome autor, tampouco se protegeu o estrangeiro, mas do teor do artigo depreende-se que se trata de uma tutela ao titular da criação.

⁸¹ BRASIL. Alvará de 28 de abril de 1809. Disponível em: <http://pesquisa.inpi.org.br/legislacao/outros/alvara_28_04_1809?tr6>. Acesso em: 17 de ago. 2012.

⁸² BRASIL. Código Criminal de 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 17 de ago.2012. Redação original do art. 216: Imprimir, gravar, lithographar, ou introduzir quaesquer escriptos, ou estampas, que tiverem sido feitos, compostos, ou traduzidos por cidadãos brasileiros, emquanto estes viverem, e dez annos depois da sua morte, se deixarem herdeiros. Penas - de perda de todos os exemplares para o autor, ou traductor, ou seus herdeiros; ou na falta delles, do seu valor, e outro tanto, e de multa igual ao tresdobro do valor dos exemplares.

A pena para quem praticasse a conduta tipificada pelo artigo era a perda de todos os exemplares para o autor ou tradutor, ou seus herdeiros, ou na falta dos exemplares o pagamento do valor correspondente, mais multa igual ao triplo do valor dos exemplares.

A inserção da matéria autoral no texto constitucional ocorreu no Brasil República. A Constituição de 1881 trouxe, em seu bojo, a proteção do autor ao lado do inventor (este já figurava na Constituição anterior de 1824). Não podemos deixar de compreender que, nas fases anteriores, a imprensa não era livre e não havia espaço para tratar de liberdades artísticas e culturais. A Constituição de 1824 garantia a liberdade de trabalho, cultura e indústria desde que não se opusessem aos costumes públicos, a segurança e saúde dos cidadãos. Segundo Bruno Jorge Hammes (2002, p. 23) o escritor José de Alencar, em 1875, “propôs um projeto de lei ao parlamento com o objetivo de conseguir a proteção aos autores, esse projeto não chegou a sequer ser debatido”. Ainda de acordo com Hammes (2002, p.22), “após a Independência, o Imperador D. Pedro II resistia a qualquer tentativa de conceder aos autores uma proteção que não derivasse do privilégio”.

No dia 24 de fevereiro de 1891, foi promulgada a primeira Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Nesta carta, o direito do autor e o direito das marcas de fábricas foram inseridos no texto constitucional. Tais previsões foram arroladas no art. 72, nos seguintes termos:

§ 25 Os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais ficará garantido por lei um privilégio temporário, ou será concedido pelo Congresso um prêmio razoável quando haja conveniência de vulgarizar o invento.

§ 26 Aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las, pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar

§ 27 A lei assegurará também a propriedade das marcas de fábrica.

A Constituição seguinte, de 1934, manteve a redação no tocante ao direito do autor e do inventor, no artigo 113, itens 18 e 20, respectivamente, e complementou com o direito à marca, que passou a assegurar, no item 19, “a propriedade das marcas de indústria e comércio e a exclusividade do uso do nome comercial”. A Constituição de 1967, por sua vez, incorporou ao texto o direito exclusivo à utilização.

Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 25 - Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas pertence o direito exclusivo de utilizá-las. Esse direito é transmissível por herança, pelo tempo que a lei fixar.⁸³

O trecho acima em comparação com as Cartas de 1891, 1934 teve poucas, embora importantes, modificações. A Carta de 1891 garantia ao autor de obras artísticas e literárias o direito exclusivo de reproduzi-la; A Carta seguinte, 1934, inseriu a obra científica ao lado das obras literárias e artísticas e assegurava, ao autor destas, não mais a reprodução, mas sim, o direito exclusivo de sua produção. A Constituição de 1946 trocou o termo produção por reprodução, que foi novamente alterado pela Carta de 1967 e assim permaneceu até a promulgação da Constituição de 1988.

Com exceção da Constituição de 1937⁸⁴, a proteção do direito autoral esteve em todas as Constituições. Sempre foi uma preocupação do Estado e sua tutela não serve apenas para o cidadão comum, mas também e, principalmente, para toda a sociedade. Daí resulta que a violação do direito autoral não é uma mera infração infraconstitucional, mas a violação de um preceito maior, que norteia todas as condutas em sociedade.

⁸³BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 17 de ago. 2012.

⁸⁴ A Constituição de 1937 foi promulgada durante o Estado Novo sob governo centralizador de Getúlio Vargas.

3. O direito autoral na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal Brasileira, de 1988, veio ampliar direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Nesse sentido, podemos entender que, após um período de ditadura militar, a Constituição de 1988 simbolizava uma ruptura com o *status quo* que precedeu sua promulgação. De acordo com José Afonso da Silva (1992, pp 80 e 81):

A luta pela normalização democrática e pela conquista do Estado de Direito Democrático começara assim que se instalou o golpe de 1964 e especialmente após o AI 5, que foi o instrumento mais autoritário da história política do Brasil. Tomara, porém, as ruas, a partir da eleição dos governadores em 1982. Intensificara-se, quando, no início de 1984, as multidões acorreram entusiásticas e ordeiras aos comícios em prol da eleição direta do Presidente da República, interpretando o sentimento da Nação, em busca do reequilíbrio da vida nacional, que só poderia consubstanciar-se numa nova ordem constitucional que refizesse o pacto político-social.

O artigo 5º da Constituição de 1988, que abre o capítulo sobre direitos e deveres individuais e coletivos, já garante em seu *caput* “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”⁸⁵, explicitando melhor, em seus incisos, quais são esses direitos e deveres.

O inciso IV do artigo 5º declara que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Ensina Celso Ribeiro Bastos (2002, p. 330):

Para que possa exercitar a liberdade de expressão de seu pensamento, o homem, como visto, depende do direito. É preciso, pois, que a ordem jurídica lhe assegure essa prerrogativa e, mais ainda, que regule os meios para que se viabilize esta transmissão.

⁸⁵ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 de ago. 2012.

Já o inciso IX afirma que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”, ou seja, o legislador constituinte incorporou aos princípios norteadores das garantias individuais, a liberdade de expressão intelectual que se manifesta, entre outros, na produção das obras intelectuais, científicas ou filosóficas.

Os fundamentos constitucionais do direito do autor estão presentes nos incisos XXVII e XXVIII:

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
- b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

Nas palavras de José Afonso da Silva (1992, p. 249), esses incisos “[...] asseguram tipos especiais de propriedade [...]”. É o reconhecimento do chamado direito de propriedade intelectual, que compreende direitos morais e patrimoniais, e garante a transmissão aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.

A Constituição de 1988 não só consolidou como ampliou os direitos do autor. Desde sua promulgação, assegura-se ao autor o direito pleno de usar, fruir e dispor de sua obra. Para isso, o legislador constituinte empregou os verbos utilizar, publicar ou reproduzir para descrever o alcance pretendido da tutela.

4. A Lei 9.610/1998 e sua presença no ordenamento jurídico brasileiro – Antecedentes

Desde a Constituição de 1824 cabe à lei infraconstitucional fixar, primeiramente, os direitos dos inventores e, a partir da Constituição de 1891, também os de autores de obras literárias e artísticas, assim como das marcas de fábricas.

A primeira lei infraconstitucional sobre Direito Autoral no Brasil é a Lei no. 496 de 1898. Em 1912, essa lei teve uma complementação importante, em sintonia com a Convenção de Berna de 1886. Ela introduziu, no ordenamento pátrio, o reconhecimento de direito de autor às obras publicadas em países estrangeiros, qualquer que seja a nacionalidade de seus autores (Hammes, B. J. 2002, p.23). Posteriormente, o Código Civil de 1916, regulamentou a matéria nos artigos 649 a 673 e com isso, a Lei no. 496 perdeu sua eficácia e foi revogada.

A partir de então, foram produzidas várias leis e decretos esparsos que afetavam os direitos do autor, tais como: Decreto 4.790 de 1924, que disciplinou o uso de obras musicais; Decreto 18.527 de 1928, que aprovou o regimento das empresas de diversões e locação de serviços teatrais.

Em 1973, foi promulgada a Lei no. 5.988 que regulava os direitos autorais e conexos e que vigorou até 1998, quando então entrou em vigor a Lei no. 9.610, também chamada Lei de Direitos Autorais (LDA).

A legislação infraconstitucional vem cumprir mandamento constitucional de regular matéria prevista na Constituição. De acordo com a LDA, o direito do autor se origina com a criação de uma obra literária, artística “expressa por qualquer meio ou fixada em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”⁸⁶. O fundamento legal do Direito Autoral consta nos artigos 7º e 8º da Lei 9.610, nos quais estão arroladas, de modo exemplificativo, tudo o que a lei considera ou não como criações do espírito.

⁸⁶ Ver art. 7º da Lei 9.610.

Esse direito tem um caráter defensivo, ou seja, visa impedir que terceiros reivindicassem a paternidade de uma obra e se beneficiem pecuniariamente. No Brasil, o registro da obra é facultativo, mas sua existência facilita a comprovação em caso de litígio. O titular do direito é, comumente, chamado de autor. O autor pode ser Pessoa Física ou Jurídica, Individual ou Coletivo. Reconhece-se a obra coletiva ou em colaboração pela indivisibilidade, ou seja, a contribuição de cada autor não pode ser separada do produto final.

O exercício do Direito de Autor pode ser transferido por “ato intervivos” (alienação, cessão, etc.), ou “mortis causa” (herdeiros ou legatários). “O autor será titular primário e integral do direito de exploração da obra e, com seu falecimento, surgirão titulares secundários que são seus sucessores, editores, cessionários, etc.” (JESSEN, H. 1967, p.52). Todavia, só o direito patrimonial é passível de transmissão. Apesar de a Lei no. 9.610 não tratar da duração do Direito Moral, a doutrina entende que tal direito se extingue com a morte do autor.

Portanto, o Direito do Autor tem natureza patrimonial e moral. “A natureza patrimonial se consubstancia na faculdade exclusiva de explorá-la por qualquer processo, fixando o preço e as condições de exploração” (JESSEN, H. 1967, p.31). Trata-se do direito de usar, fruir e dispor da obra criada. A outra prerrogativa reconhecida ao autor é o direito moral, o qual não poderá alienar, pois,

[...] é um atributo da personalidade e reside essencialmente na faculdade de opor-se a quaisquer deformações de sua obra e rechaçar as agressões que sua reputação profissional venha a sofrer de terceiros (JESSEN, H. 1967, p.33).

Por ser uma emanção da personalidade do autor, não lhe pode ser auferido valor monetário, sendo, por conseguinte, inalienável e indissociável da pessoa do autor. Portanto, mesmo que a obra seja cedida à terceiro, de forma onerosa ou gratuita, o direito moral permanece com o autor e sua violação não será economicamente suprida, salvo se, tal atentado, provocar prejuízos financeiros ao autor. Nessa última hipótese, a lesão ao patrimônio será

indenizada, mas, de modo geral, “o atentado ao direito moral só é ressarcível pela correção e pela retratação, nunca pela indenização” (JESSEN, H. 1967, p 37). Esse direito é indisponível.

O Direito Autoral possui uma limitação temporal e, transcorrido o prazo determinado pela lei, à obra cai em domínio público, ou seja, pode ser utilizada livremente.

A obra é fruto da convivência social do autor, a quem a lei concede um monopólio de exploração por prazo limitado para recompensá-lo por seu esforço criador; esgotando esse prazo de proteção, a obra retorna à sociedade, sob a figura jurídica do domínio público, sendo livre sua utilização (JESSEN, H. 1967, p 43).

A Lei 9.610 estabelece a duração do direito patrimonial nos seguintes artigos,

Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida à ordem sucessória da lei civil.

Parágrafo único. Aplica-se às obras póstumas o prazo de proteção a que alude o caput deste artigo.

Art. 42. Quando a obra literária, artística ou científica realizada em coautoria for indivisível, o prazo previsto no artigo anterior será contado da morte do último dos coautores sobreviventes.

Parágrafo único. Acrescer-se-ão aos dos sobreviventes os direitos do coautor que falecer sem sucessores.

Art. 43. Será de setenta anos o prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre as obras anônimas ou pseudônimas, contado de 1º de janeiro do ano imediatamente posterior ao da primeira publicação.

Parágrafo único. Aplicar-se-á o disposto no art. 41 e seu parágrafo único, sempre que o autor se der a conhecer antes do termo do prazo previsto no caput deste artigo.

Art. 44. O prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre obras audiovisuais e fotográficas será de setenta anos, a

contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua divulgação.

Art. 45. Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público:

I - as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores;

II - as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais⁸⁷ (grifo nosso).

Decorrido o prazo de proteção legal a obra cai em domínio público, salvo a hipótese do inciso II, do artigo 45, que concede um amparo legal especial aos conhecimentos étnicos e tradicionais. A ressalva expressa na lei garante a perpetuidade de conhecimentos forjados no seio de uma coletividade, cujo ponto inicial se perdeu no tempo e sua preservação se pauta pela transmissão de geração para geração, seja oralmente ou fixada num suporte físico.

5. Hierarquia e harmonização – Art. 5º, IX, XXVII e XXVIII e Art. 215 da CF/88, a Lei n. 9610 e seus críticos

Ultimamente muito se fala sobre a reforma da Lei de Direitos Autorais e, também, no polêmico projeto denominado Marco Civil da Internet. A votação dessas leis provocará muitos debates e discussões entre congressistas; o consenso não será atingido rapidamente, principalmente quando se envolvem tantos interesses difusos.

O que não se pode perder de vista, é o comportamento das normas jurídicas dentro de nosso ordenamento. Isso vale, tanto para as presentes discussões, como para as futuras. Temos dois campos de análise dos direitos intelectuais: um constitucional e outro infraconstitucional.

⁸⁷ Brasil. Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998: altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9610.htm>>. Acesso em 18 de ago. 2012.

Na esfera constitucional, não podemos esquecer que os dispositivos não se submetem a uma hierárquica interna. Nesse plano, quando há conflito, resolve-se por meio de harmonização, ou seja, na ponderação dos princípios, de modo que a combinação dos bens em conflitos não represente o sacrifício de um em detrimento do outro.

Cumprе relembrar a lição de Tércio Sampaio Ferraz Jr:

No sentido jurídico [...] a Constituição é lei fundamental, é um conjunto de normas articuladas, que tecnicamente viabilizam os procedimentos para que realmente a atividade organizada da sociedade possa se desenvolver (2007, p. 232).

No que tange à proteção do Direito Autoral, muitos evocam o inciso IX⁸⁸, do art. 5º. e artigo 215, da Constituição Federal para justificar a mitigação do direito do autor previsto no art. 5º, incisos XXVII e XXVIII. Segundo o artigo 215, “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”.

O direito de acesso à cultura é um dos contra-argumentos a toda proteção dada ao autor pela Constituição Federal e regulamentada pela Lei de Direitos Autorais. A corrente que defende essa posição, afirma que, com toda a evolução tecnológica dos nossos dias, torna-se impensável impedir o acesso das pessoas a todo e qualquer tipo de informação e cultura, por restrições de direito de autor. Como é possível admitir que cidadãos brasileiros não possam entrar em contato com a produção cultural nacional pela severidade da legislação referente ao direito de autor? Ainda, negar o acesso à cultura é negar direito à educação, que é outro direito fundamental constitucionalmente garantido, especialmente em um país tão privado de educação universal de qualidade.

⁸⁸ Art. 5º. IX CF/1988: IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Há outra garantia constitucional que não é, praticamente, citada pelos defensores do livre acesso aos conteúdos protegidos e da relativização dos direitos de autor, pois ela contraria os argumentos usados em favor dessa liberdade irrestrita. Trata-se do valor social do trabalho e da livre iniciativa, princípios constitucionais fundamentais, garantidos no Título I, artigo 1º, inciso IV da Constituição Federal de 1988. A saber:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

A relevância social do tema é de tal ordem, que a Constituição dedicou todo o artigo 7º, dentro do Capítulo dos Direitos Sociais, para tratar dos direitos dos trabalhadores.

Não podemos nos esquecer de que o autor é um trabalhador e faz da produção intelectual o seu ofício e desse produto, o seu ganha-pão. Se a Constituição tem o valor social do trabalho como princípio fundamental, poderíamos afirmar que toda e qualquer legislação infraconstitucional que venha infringir tal princípio, torna-se inconstitucional. Se, dentro da própria Constituição, há princípios conflitantes, nas palavras de Celso Ribeiro Bastos (2002, p. 290), “[...] é preciso em cada caso examinar-se qual o valor preeminente. Todavia, não se pode afirmar que exista uma escala de valores objetivamente definida. Um valor só pode sobrepor-se a outro na medida em que se analise o caso concreto”. Portanto, se dois princípios, em face de um caso, são aparentemente antagônicos, devem harmonizar-se, procurando a ponderação de acordo com o contexto jurídico e a situação fática.

O direito de autor está previsto na Constituição e regulamentado em legislação infraconstitucional; o valor social do trabalho é princípio fundamental da Constituição Federal de 1988; o direito de acesso à cultura, a liberdade de expressão e o exercício dos direitos culturais estão constitucionalmente garantidos. Para conciliar todos esses direitos e princípios é necessário harmonizá-los, buscando o melhor equilíbrio possível e evitando-se a injustiça. Não podemos achar que eliminando ou sacrificando os direitos de autor, estaremos resolvendo o problema de acesso à cultura e informação. Pelo contrário, estaremos criando um grande vácuo e desestimulando a produção intelectual brasileira, pois certamente significará o desestímulo da profissão de autor e o empobrecimento da cultura nacional.

Equivoca-se quem acredita que uma lei infraconstitucional tem o escopo de diminuir ou acabar com os direitos do autor, uma garantia prevista constitucionalmente. Uma lei não cria nem extingue direitos soberanamente, ela apenas regulamenta o exercício de tais direitos. O único meio para se acabar com os direitos do autor é através de uma Emenda Constitucional, aprovada por quorum qualificado.

No ordenamento jurídico pátrio, a hierarquia das fontes legais deve ser observada:

A hierarquia, assim, é, apesar de tudo, um importante instrumento de organização das fontes. Cada vez mais, porém, sua função é mais jurídico-política (como instrumento hermenêutico e decisório) do que analítica. Analiticamente, o que faz que uma fonte prevaleça sobre outra não é a generalidade de suas normas, mas a relação de validade. Normas que prescrevem como e com que conteúdo outras normas serão produzidas prevalecem sobre estas (FERRAZ JR. T.S. 2007, p.238).

Assim, o debate ao redor dos Direitos Autorais em face de outros Direitos deve partir de um entendimento constitucional sistêmico, que tenha como ponto de partida a Carta Magna, pois ela orienta todo o sistema normativo, bem como subordina o legislador infraconstitucional aos seus ditames, além de prescrever

os meios de interação entre as normas jurídicas, considerando o comportamento, alcance e interferência das leis infraconstitucionais dentro de nosso sistema jurídico.

6. Conclusão

Não se pode negar o caráter Constitucional do Direito de Autor e isso não pode ser negado, esquecido ou negligenciado. Afinal, por que o legislador constituinte fez questão de trazer uma matéria que, em tese, regula direito entre particulares, para atribuir-lhe efeito *erga omnes*? O legislador entendeu que a produção intelectual do homem deve ser estimulada e para isso é preciso protegê-la, pois o progresso das ciências e das artes depende, incondicionalmente, do labor criativo do homem. Para tal proteção, o legislador, não apenas a incluiu na Carta Magna, mas lhe atribuiu à condição de cláusula pétrea. Portanto, o aspecto constitucional do direito autoral alcança todo o ordenamento jurídico.

Diante disso, podemos concluir que:

a) Os conflitos aparentes entre o art. 5º. Incisos IX, XXVII e XXVIII e o art. 215 devem ser articulados e harmonizados, considerando o valor social do trabalho intelectual.

b) As leis infraconstitucionais existentes, ou que venham a existir, não têm o condão de criar ou extinguir direitos: sua função se restringe a regular o exercício de tais direitos; a interpretação das leis infraconstitucionais deve ser sistêmica, considerando-se, portanto, todo o repertório jurídico, principalmente, nos casos de lacunas;

c) O legislador infraconstitucional deve observar os ditames constitucionais ao elaborar leis, regimentos, portarias, etc., e qualquer ato contrário à Lei Maior é um ato inconstitucional;

d) Por fim, violar um direito autoral não representa apenas a infração de uma lei ou ofensa ao particular. Significa o descumprimento de Lei Fundamental, de um Preceito Maior.

7. Referências

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.
- BRASIL. *Código Civil de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 13/08/2012,
- _____. *Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em 18 de ago. 2012.
- _____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, 24 de fevereiro de 1891, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm> Acesso em: 18 ago. 2012
- _____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, 10 de novembro de 1937, Rio de Janeiro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm> Acesso em: 18 ago. 2012
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 5 de outubro de 1988, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 ago. 2012
- _____. *Lei nº 9.610* de 19 de fevereiro de 1998: altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9610.htm>>. Acesso em 17 ago. 2012
- FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – técnica, decisão, dominação*. 5ª. edição. São Paulo. Atlas, 2007
- HAMMES, Bruno Jorge. *O Direito de Propriedade Intelectual*. 3ª. Edição. Ed. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. UNISINOS. RS. 2002
- JESSEN, H. *Direitos Intelectuais dos autores artistas, produtores de fonograma e outros titulares*. Edições Itaipu. RJ, 1967
- SILVA, José Afonso da. *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001
- _____, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª edição. São Paulo: Malheiros, 1992
- SILVEIRA, Newton. *Propriedade intelectual: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial*. Cap. VI. 4ª. Ed. Ver. e ampl. Barueri, SP: Manole, 2011.

**“SOMOS TODOS POTENCIALMENTE *HOMO SACER*!”:
A “SUBJETIVIDADE SEM SUBSTÂNCIA” COMO PRODUTO DO SISTEMA
DE DIREITO AUTORAL CONTEMPORÂNEO.**

Márcio Pereira⁸⁹

Resumo:

Com os olhos voltados para a crescente privatização promovida pelas indústrias culturais das chamadas “áreas comuns da cultura”, desejamos desenvolver neste breve trabalho a ideia de que, entre nós, está se forjando um paradigma de indivíduos despossuídos de sua substância simbólica, isto é, de “subjetividades sem substância”. Para dar fôlego à ideia, trabalharemos com os conceitos de *homo sacer* e vida nua, desenvolvidos por Giorgio Agambem e radicalizados por Slavoj Žižek. Espera-se com isso embasar a tese de que o sistema de direito autoral contemporâneo encampado pelas indústrias culturais, ao promover o despojamento de nosso acervo cultural comum, vivifica, no plano cultural, a sinistra figura do *homo sacer* romano, tornando-a o “referente fundamental de nosso tempo”.

Palavras-chave: INDÚSTRIAS CULTURAIS; SISTEMA DE DIREITO AUTORAL (COPYRIGHT); *HOMO SACER*; VIDA NUA.

⁸⁹ Mestre em Cultura e Sociedade pela UFBA; Professor Assistente da Faculdade de Direito da UFC.

Abstract:

With eyes turned to the increasing privatization promoted by cultural industries of our "cultural commons", we aim to develop, in this brief work, the idea that, among us, a paradigm of individuals dispossessed of its symbolic substance, rather, "subjectivities without substance" it is been forged. To support this idea, we will work with the concepts of *homo sacer* and *bare life*, developed by Giorgio Agambem and radicalized by Slavoj Žižek. By doing that, we expect to support the argument that the contemporary copyright system embraced by cultural industries, by promoting the dispossession of our common cultural heritage, vivifies the sinister figure of the Roman *homo sacer*, transforming it in a "fundamental referent of our time".

Keywords: CULTURAL INDUSTRIES; COPYRIGHT SYSTEM; *HOMO SACER*; BARE LIFE.

1. Introdução

Na atualidade, já se tornou lugar comum entre os diversos estudiosos do direito autoral/*copyright* o reconhecimento de que esse sistema de direito vem intensificando o estrangulamento dos direitos de acesso aos bens culturais e de liberdade de criação artística. As críticas são muitas. Vão, por exemplo, desde o exacerbado prazo geral de proteção às infundáveis restrições estabelecidas por esse sistema aos que pretendem intervir criativamente em obras preexistentes (*derivative works*). De fato, hoje, para quase qualquer ponto que se fixe o olhar no campo da cultura é possível encontrar um obstáculo aos interesses da coletividade. É com razão, portanto, quando afirma Ascensão que:

Em vez de ser um instituto de conciliação de interesses públicos e privados, o Direito Autoral tende para se tornar um direito absoluto, em que os limites são apelidados *exceções*; em vez de um exclusivo por um tempo limitado, o exclusivo autoral atingirá, com freqüência, 150 anos, se as obras forem criadas na juventude do autor (ASCENSÃO, 2004, p. 11).

E é também com razão quando Smiers (2005, p. 183) sentencia que o sistema de direito autoral contemporâneo não beneficia a massa dos trabalhadores no campo das artes, o interesse da coletividade e nem os países periféricos ao capitalismo central.

Beneficiando-se das pesadas amarras do atual sistema de direito autoral, um punhado de empresas transnacionais vem promovendo um predatório *lobby* ao redor do globo em Parlamentos e organismos internacionais que tratam da matéria com o objetivo de tornar cada vez *exclusivo* esse ramo do direito.

Pois bem, é constatando essa crescente privatização promovida pelas indústrias culturais das chamadas “áreas comuns da cultura” que queremos desenvolver a ideia de que, entre nós, está se forjando um paradigma de indivíduos despossuídos de sua substância simbólica, ou seja, de “subjetividades sem substância”. Visando amparar tal ideia utilizaremos os conceitos de *homo sacer* e vida nua, desenvolvidos pelo filósofo italiano Giorgio Agambem e radicalizados pelo filósofo esloveno Slavoj Žižek. Espera-se com isso embasar a tese de que o sistema de direito autoral contemporâneo encampado pelas indústrias culturais, ao promover o despojamento de nosso acervo cultural comum, vivifica, no campo da cultura, a sinistra figura do *homo sacer* romano, tornando-a o “referente fundamental de nosso tempo”.

2. Desenvolvimento

2.1 “Claptomanias do capital”

A expressão “claptomanias do capital”, parte integrante do título de um interessante artigo da filósofa Olgária Matos publicado em 2007, talvez seja um dos termos que melhor capte o crescente processo de apropriação que se observa desde meados do século passado das áreas comuns da cultura pela indústria do entretenimento.

No âmbito dessas claptomanias perpetradas pelo capital, o direito autoral/*copyright* tem desempenhado um papel fundamental para assegurar essa crescente apropriação de nosso acervo cultural comum. Isto porque, notemos, a partir da segunda metade do século XX, as indústrias culturais, além de incorporarem um rol de atividades cada vez mais complexas,

agregaram para si funções de gestão e arrecadação de direitos autorais/*copyright* de uma gama imensa de produtos culturais (VOGEL, 2004).

Com efeito, embora a indústria do entretenimento afirme estar atuando em prol dos “legítimos” interesses dos autores (vide as agressivas campanhas publicitárias “antipirataria” por ela promovidas⁹⁰), o fato é que o rendimento auferido pela massa dos trabalhadores no campo das artes é pífio⁹¹. Lembre-se que, quando da contratação (ou renovação de contrato), salvo os casos das chamadas megaestrelas, todos ou quase todos os direitos dos autores são transferidos a essas empresas (SMIERS, 2006, p. 291). Assim, fala-se muito em nome do “autor”, porém, o que está mesmo em jogo são volumosas cifras oriundas do direito autoral controladas pelas “empresas do *copyright*”. Conforme sublinha Ascensão (2006, p. 16), o criador intelectual:

É hoje, no aparente empolamento dos seus direitos, o grande esquecido, quando não o grande mudo. Não sabe normalmente quais os seus direitos e é cilindrado por entidades desmedidamente mais poderosas, para quem as vantagens ao final revertem. É necessário restituir o protagonismo ao autor e aos artistas, para que não aconteça que eles sirvam para dar a justificação da proteção, mas que os beneficiários reais da proteção sejam outros, para quem essa proteção reverta. Ou seja: para que não aconteça que eles sejam a pessoa de quem se fala, mas não a pessoa que fala e muito menos a pessoa por quem se fala.

Não é à toa, portanto, que as indústrias culturais arregimentem um predatório *lobby* para pressionar (ou, como diz Lessig de forma mais clara, “comprar”) Parlamentos ao redor do globo a fim de àquelas tornar mais favoráveis (rígidas) às leis de direito autoral/*copyright*. É que quanto mais rígida essa legislação maior o rendimento que os conglomerados culturais auferem com a exploração econômica de seus produtos culturais.

⁹⁰ Nessa linha, Crosnier (2006, p. 146) provoca: “o público crédulo acredita estar defendendo Flaubert ou o cantor desconhecido, mas se vê embarcando numa tentativa de [financiar] a cultura empreendida pela Microsoft, Elsevier, Vivendi-Universal e companhia”.

⁹¹ Confira-se, por exemplo, os estudos que Towse (2000), Kretschmer (2005) e Matos (2005) realizaram sobre o assunto no campo musical.

Voltando ao tema da crescente privatização promovida pelas indústrias culturais das chamadas áreas comuns da cultura frise-se que, hoje, para onde quer que se fixe o olhar no campo cultural parece possível constatar esse amplo processo de apropriação (ou de expropriação – a depender do ponto de vista).

Não caberia neste trabalho explorar os variados exemplos desse processo de privatização, porém, ainda que sucintamente, cabe indicar alguns deles.

Frise-se, primeiramente, o exacerbado prazo geral de proteção das obras literárias e artísticas⁹² (que sofre constante pressão da indústria do entretenimento para ser dilatado). Na opinião de diversos pesquisadores, o referido prazo geral de proteção é excessivo, produzindo, pelo menos, dois efeitos nocivos.

Primeiro, atravança o livre acesso das obras intelectuais pela coletividade (isto é: as obras levam tempo demais para ingressar em domínio público). Notemos que muitas das obras literárias e artísticas criadas na primeira metade do século XX ainda não ingressaram no domínio público⁹³. Consoante bem recorda Vaidhyanathan (2001, p. 16), o tempo de proteção somente se justifica *enquanto absolutamente necessário* para servir de estímulo ao criador intelectual⁹⁴.

Outro efeito nocivo do extenso prazo geral de proteção das obras intelectuais é o de inibir o surgimento das chamadas obras intelectuais derivadas (que são aquelas que se baseiam em obras preexistentes, como, por exemplo, ocorre no caso de uma adaptação de um livro para um filme). O

⁹² No Brasil, assim como em diversos outros países, estabelece a lei (no nosso caso a L. 9.610/98, art. 41) o prazo geral de proteção das obras literárias e artísticas correspondente à vida do autor e mais 70 anos após a sua morte (contados a partir do 1º de janeiro do ano subsequente ao seu falecimento).

⁹³ Logo, as desse período (primeira metade do século XX) em diante também não ingressaram em domínio público. Ascensão (2004, p. 11) destaca que, até 2004, as obras do pintor Manet não haviam ainda caído em domínio público.

⁹⁴ Este mesmo autor, na introdução de seu livro *“Copyrights and Copywrongs: the rise of intellectual property and how it threatens creativity”*, argumenta que a sua obra advoga em prol: “de uma proteção autoral ‘fina’: apenas a suficiente para encorajar e recompensar artistas aspirantes, escritores, músicos e intérpretes; e, ainda, porosa o bastante para permitir a total e rica expressão democrática, bem como a circulação livre da informação” (tradução nossa) (Op. cit., 2001, p. 5).

extenso prazo geral de proteção impede que as obras derivadas possam surgir livre e desoneradamente, uma vez que, durante o longo período de tutela legal, será necessária a autorização do autor e, não raro, do pagamento de numerário estipulado por este para que a obra derivada possa surgir. Tais fatos inibem sensivelmente o surgimento dos *derivative works*, produzindo aquilo que Vaidhyathan (2001, p. 16) denominou de “congelamento de nossas culturas”⁹⁵.

Dentre outros, há aqui um interessante argumento que costuma ser empregado para criticar o dilatado prazo geral de proteção praticado na atualidade.

Lembremos que o fazer artístico é baseado fundamentalmente na *lógica do plágio*, já que ninguém cria a partir do nada (SMIERS, 2005, 2006 p. 184, 108). Bittar (2005, p. 21), nesse particular, destaca que, no ato de criação, o aproveitamento, até mesmo inconsciente, de nosso acervo cultural comum é inexorável. O pintor holandês Rob Scholte chega mesmo a afirmar que toda a criação artística provém de todos e, portanto, pertence a todos (SMIERS, 2006, p. 108). Nesse contexto, questiona Smiers (2006, p. 107): “é possível imaginar um poema sem todos os outros que o precederam?”. A cópia e a imitação, na realidade, são instrumentos básicos de nossa civilização, constituindo-se, ao longo de nossa história, numa verdadeira necessidade⁹⁶. Diante dessas idéias, não justifica mesmo que alguém reivindique um direito de propriedade exclusivo sobre um trabalho artístico por décadas e décadas, uma vez que, esse indivíduo, por mais genial que seja, no ato de concepção de sua obra, seguramente se inspirou em diversas outras obras preexistentes.

⁹⁵ É que, conforme explica Vaidhyathan (2001, p. 16), o direito autoral, ao invés de exercer o papel de estimular as intervenções artísticas em obras preexistentes, funciona como freio dessas inovações. Aquele que não obtém a autorização e/ou que não paga o eventual valor estipulado para o uso da obra originária fica, em regra, impossibilitado pela lei (enquanto a obra não ingressa em domínio público) de transformar artisticamente a criação original. Como o prazo para a entrada da obra em domínio público é, como vimos, longo, termina que, muitas vezes, o criador derivado vê-se impossibilitado de utilizar determinado trabalho artístico.

⁹⁶ Como conceber os trabalhos acadêmicos (teses, dissertações, monografias e *papers*) que escrevemos sem as inúmeras citações e paráfrases que empregamos?

Outro exemplo de privatização das áreas comuns da cultura pelas indústrias culturais: a extensão exagerada da malha de proteção conferida pelo direito autoral (que a tudo quer conferir status de obra intelectual). Acerca do assunto, afirma Ascensão (2006, p. 15):

de programas de computador⁹⁷ a slogans publicitários, de projetos de engenharia a grelhas de automóveis, tudo é acolhido sob a capa duma proteção como obra literária ou artística – categoria esta que é paradoxalmente cada vez mais alargada.

Ascensão (2006, p. 15) vai inclusive mais longe e afirma que, atualmente, o direito autoral se presta a proteger todo e qualquer tipo de banalidade das *indústrias culturais*, denominando esse fenômeno de mercantilização do direito autoral⁹⁸.

A expansão da cultura de consumo e os meios de comunicação de massa fizeram deslocar o centro de gravidade da criação literária e artística para obras de reduzido grau de criatividade. Os grandes postulantes da tutela estão cada vez estão mais longe das figuras paradigmáticas dos homens das letras ou das artes. O mérito literário ou artístico não é relevante. Mas a tutela extensa do direito de autor só se justifica pela criatividade, pelo que, se não houver uma base de criatividade, nenhuma produção pode franquear os umbrais do Direito de Autor. [...] Como a capacidade criativa é limitada, a cultura de consumo vive em grande parte da imitação. Mas o Direito de Autor é justificado pela tutela da criação e não pela repressão da imitação. (Op. cit., 1997, p. 3).

⁹⁷ As críticas feitas aqui dizem respeito ao fato dos programas de computador terem sido, por pressão, especialmente da indústria do *software*, alçados a uma condição (obra literária) em nada condizente com a de sua natureza, passando então a, dentre outras benesses, gozar de prazos de proteção bem mais alargados. Na nossa legislação interna, o Art. 2º, § 2º, da Lei 9.609/98 estipula o prazo de cinquenta anos de proteção autoral aos programas de computador contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação.

⁹⁸ “O movimento de banalização do Direito de Autor, que temos referido, levou a pôr em causa também esse requisito [de personalidade ou individualidade como requisito da obra]. Dos EUA vem o slogan pragmático – tudo o que é digno de ser copiado é digno de ser protegido. Mas o Direito de Autor, recordemo-lo, não existe para reprimir a imitação, mas para premiar a criatividade. Por isso atribuiu uma tutela tão significativa” (ASCENSÃO, 1997, p. 51, 52).

No limite, e para além do campo do direito autoral, vale citar, no âmbito das patentes, o inimaginável: a apropriação por parte de empresas transnacionais de organismos vivos e, pior, de material genético humano. Microorganismos, plantas, animais e genes do código genético da raça humana têm sido objeto de patentes por algumas poucas corporações globais (SMIERS, 2006, p. 119 apud RIFKIN 1998, p. 2). Notemos que os exemplos deste parágrafo são emblemáticos, pois denunciam uma acentuada degeneração do objeto do direito intelectual, que, recorde-se, recai sobre as criações e invenções do gênio humano. Organismos vivos e genes, *a priori*, não guardam qualquer relação com o objeto de tutela dos direitos intelectuais. Ou seja, não configuram criações e invenções do gênio humano. Salta aos olhos, portanto, o desvio de objeto da propriedade intelectual, com desdobramentos, inclusive, no campo da ética. Sobre o tema, afirma BARBOSA (2002, p. 4, 17) que:

tradicionalmente, são patenteados parafusos e ácidos, processos químicos e circuitos elétricos. É nas áreas relativas aos produtos ou processos físico-químico em geral que, até recentemente, mais se tinha desenvolvido a ação criativa do homem. [...] Razões éticas e práticas induziram, durante muito tempo, à negativa de patente para toda matéria viva. A primeira concessão significativa neste campo foi a da patente de Pasteur em 1873. A partir da década de 30, alguns países europeus começaram a admitir o patenteamento de processos relativos à agricultura; só em 1969 forneceu-se a primeira patente para um processo de seleção animal. Em 1980, [...] no caso Chakrabarty, concedeu-se, pela primeira vez, a proteção a um microorganismo per se. [...] O limite do inimaginável, que seria a proteção de invenções relativas ao ser humano, já foi ultrapassado.

2.2 Homo sacer, vida nua e sua radicalização

Diante desse cenário de crescente privatização das áreas comuns da cultura, que a quase todos impõe agudas restrições nos âmbitos do acesso aos bens culturais e da liberdade de criação artística, parece-nos possível falar que, hoje, está se forjando entre nós um paradigma de “subjetividade sem substância”, isto é, estamos paulatinamente nos tornando em indivíduos despossuídos de nossa própria substância simbólica. Vale dizer, a contínua privatização das chamadas “áreas comuns da cultura” (ŽIŽEK, 2011, p. 83) promovida de um modo cada vez mais intenso por um punhado de empresas transnacionais traz o iminente risco de sermos despojados de nossa herança cultural comum. Entretanto, antes de aprofundarmos essa ideia, precisamos primeiro, examinar dois conceitos desenvolvidos pelo filósofo italiano Giorgio Agamben, quais sejam: *homo sacer* e vida nua. Vejamos.

Parte integrante do projeto filosófico de Giorgio Agamben, denominado *Homo sacer*, a obra “Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I”, dentre outras coisas, desenvolve os conceitos de *homo sacer* e vida nua.

Buscando um modelo que possa bem representar a condição da vida humana na senda política contemporânea, Agamben lança mão de uma sinistra figura do direito romano⁹⁹ denominada *homo sacer*.

Assim, citando Festo, um procurador romano do século I, o filósofo italiano, apresenta-nos uma breve noção sobre esse conceito:

Homem sacro [*homo sacer*] é (...) aquele que o povo julgou por um delito; e não é lícito sacrificá-lo, mas quem o mata não será condenado por homicídio, mas quem o mata não será condenado por homicídio, na verdade, na primeira lei tribunícia se adverte que “se alguém matar aquele que por plebiscito é sacro, não será considerado homicida”. Disso advém que um homem malvado ou impuro costuma ser chamado de sacro (Op., cit, 2010, p. 74).

⁹⁹ A escolha de Agamben de uma figura do direito romano para funcionar como representação paradigmática do homem político contemporâneo é estratégica. Isto porque, o direito romano, embora antigo, ainda se encontra extremamente vivo na cultura jurídico-política ocidental (NASCIMENTO, 2012, p. 156).

Em suma, pode-se dizer que a qualidade de *homo sacer* era atribuída pelos membros da comunidade àquele indivíduo (considerado um maldito) que violasse, simultaneamente, determinado direito civil e religioso. A pena aplicada ao *homo sacer* – a *sacer esse* – impunha a exclusão da comunidade humana, a privação de todos os bens em detrimento dos deuses, podendo, ainda, o indivíduo ser assassinado por qualquer pessoa (matável), sem que essa conduta pudesse ser considerada ilícita (NASCIMENTO, 2012, p. 158). Ademais, tendo em vista a violação simultânea perpetrada pelo *homo sacer* a um determinado direito civil e religioso, sustentava-se ser ele matável (podia ser licitamente assinado por qualquer pessoa), porém, insacrificável (não digno de sacrifício aos deuses). Assim, “o *homo sacer* é posto fora da jurisdição humana sem passar para a divina” (NASCIMENTO, 2012, p. 163). A morte impunível que qualquer um pode cometer em relação a ele “não é classificável nem como sacrifício, nem como homicídio, nem como execução de uma condenação e nem como sacrilégio” (AGAMBEN, 2010, p. 84).

Conforme Nascimento (2012, p. 158), a pena *sacer esse* (aplicável ao *homo sacer*):

tratava-se de uma pena especial uma vez que não visava à purificação ou à reconciliação do delinqüente. O *homo sacer* não possuía qualquer esperança de conseguir expiação pelo seu ato delituoso; estava perdido desprezado. (...). O *homo sacer* era um estigmatizado errante para fora do direito. Nem o direito penal insidia mais sobre ele, nem o direito religioso o concebia como objeto digno de sacrifício¹⁰⁰.

É, portanto, de posse desse paradigma do direito romano (do *homo sacer*) – direito este que ainda exerce decisiva influência sobre nossa cultura jurídico-política ocidental – que Agamben procura refletir sobre a condição da vida

¹⁰⁰ De acordo com Nascimento (2012, p. 158), a pena *sacer esse* era aplicada na época com mais frequência do que se possa imaginar. Embora não fosse qualquer violação simultânea a um direito civil e religioso que acarretasse na punição *sacer esse*, esta poderia ser aplicada em caso, por exemplo, de maus tratos de um filho contra um pai. Ademais, interessante notar que a atribuição da qualidade de *homo sacer* a um indivíduo não dependia de manifestação judicial prévia, pois poderia se dar pela consideração de fatos públicos e notórios efetuada pela própria comunidade. A sentença, então, nesse caso, tinha apenas carga declaratória.

humana contemporânea. E é exatamente aprofundando a sua investigação sobre a figura do *homo sacer* (principalmente relacionando-a ao poder soberano e desvelando o nexo entre direito e violência) que o filósofo irá nos apresentar ao conceito de *vida nua*.

Tal conceito, conforme nos mostra Nascimento (2012, p. 169), aparece diversas vezes na obra de Agamben com nuances próprias em cada uma dessas aparições. Tendo em vista os fins deste trabalho, tomaremos de empréstimo as seguintes noções sobre o conceito: vida nua como aquela vida exposta cada vez mais intensamente à ameaça de morte, abandonada a uma violência eficaz, sistemática anônima e cotidiana. Numa acepção jurídica *stricto sensu*, pode-se entender a vida nua como aquela vida despojada de seu estatuto básico de direito (sendo esta uma das acepções que mais nos interessa tendo em vista os objetivos desse trabalho). Esmiuçando a ideia de vida nua, Nascimento (2012, p. 175) destaca:

Uma vida desprovida daquilo que lhe era inerente. Uma vida cega pela generalização da indistinção. Onde o espaço da vida nua se caracteriza especialmente por impossibilitar as distinções e os limites que haviam viabilizado a vida comum, um ambiente nebuloso e opaco torna o espaço inabitável. Retirando da vida o que ela possui de mais próximo a si, a produção do espaço da vida nua redundava não mais numa referência explícita à vida, mas a algo que se aproxima mais de uma sobrevida.

Para Agamben (2010, p. 119), o conceito de vida nua tornou-se o “referente fundamental” de nosso tempo, o paradigma do homem político contemporâneo. Assim, temos que, hoje, segundo Agamben, para diversos pontos que fixemos o olhar é possível identificar formas atuais do *homo sacer* romano (com a conseqüente condição da vida nua que o impregna). Desse modo, quer olhemos para os habitantes das favelas brasileiras, dos guetos norte-americanos, dos *san-papiers* franceses, dos receptores de ajuda humanitária, dentre tantos outros, é possível identificar representantes contemporâneos do *homo sacer* – logo, é possível reconhecer a existência de vidas (nuas) despojadas de seu estatuto elementar de direitos.

Entretanto, o filósofo esloveno Slavoj Žižek (2003, pp. 111-116) radicaliza ainda mais a tese de Agamben, reconhecendo que, na atualidade, todos somos objeto da “biopolítica” e, assim, potencialmente excluídos tal qual o *homo sacer*.

Nos campos do acesso à cultura e da liberdade de criação artística, podemos reconhecer, portanto, que todos estamos potencialmente inscritos na paradigmática figura do *homo sacer*. Vale dizer, estamos, paulatinamente, nos tornando em potenciais “subjetividades sem substância”. À medida que enrijece o sistema de direito autoral, sufocando, conseqüentemente, o acesso aos bens culturais e à liberdade de criação artística, somos mais e mais despojados de nossa substância simbólica, de nossa herança cultural comum. Nas palavras de Žižek (2011, pp. 83-84):

O que nos une é que, em contraste com a imagem clássica do proletariado que “não tem nada a perder, a não ser os grilhões”, corremos o risco de perder *tudo*: a ameaça é que sejamos reduzidos a sujeitos vazios de todo o conteúdo substancial, despossuídos de nossa substância simbólica (...). Essa (...) ameaça a nosso ser inteiro transforma todos nós em proletários, reduzidos à “subjetividade sem substância”, como explicou Marx nos *Grundrisse*. O desafio ético-político é nos reconhecermos nessa imagem; de certo modo, somos todos excluídos, tanto da natureza quanto de nossa substância simbólica. Hoje, somos todos potencialmente *homo sacer*, e a única maneira de impedir que isso se torne realidade é agir de modo preventivo.

3. Conclusão

Finalmente, gostaríamos de acrescentar que, na verdade, não nos causa espanto a crescente privatização das chamadas áreas comuns da cultura por parte das indústrias culturais. Com efeito, nas últimas décadas, igual privatização ocorreu (ou vem ocorrendo) em vários outros importantes setores (educação, saúde, etc.) de diversos países (centrais, inclusive).

Não é, portanto, por acaso que o atual sistema de direito autoral favoreça, sobretudo, a alguns conglomerados culturais e a algumas “megaestrelas”. Na realidade, é preciso perceber que nós (sociedade civil – terreno de disputas ideológicas, econômicas, sociais, etc.) permitimos o surgimento de um contexto histórico propício para que isso ocorresse. Permitimos, por exemplo, que o *lobby* da indústria do entretenimento pressionasse (ou, como diz Lessig de forma mais escancarada, “comprasse”) os Parlamentos a fim de tornar mais favorável à lei de direito autoral aos interesses das indústrias culturais; permitimos, *verbi gratia*, que a OMC passasse a ser a entidade determinante do regime jurídico internacional do direito de propriedade intelectual. Em suma, observamos, hoje, estarecidos ao desequilíbrio do sistema de direito autoral, pois, nossas sociedades civis contemporâneas foram incapazes de impedir, como diria Francisco de Oliveira, a colonização da Política pelo poder econômico (ou melhor, pelo “mercado” – que, como bem lembra Marilena Chauí, não passa de um “jogo”).

Resta-nos, portanto, por meio dessa grande – e, talvez, incontornável – invenção dos gregos e romanos (a Política, no sentido forte da palavra), tentar retomar esses importantes espaços perdidos, sendo que, nessa senda, a intensa desobediência civil às normas de direito autoral que se observa na atualidade, bem como as iniciativas de projetos como o *Creative Commons* e o *software* livre, apresentam-se como relevantes provocações/ações contra o sistema jurídico-político vigente.

Entretanto, é preciso não perder de vista, conforme bem alerta Dupas (2007, p. 19), que “lutar contra essa lógica (...) é atacar os próprios princípios do capitalismo”, sendo certo que, mesmo a proposta de flexibilização do sistema de direito autoral, desejada por muitos (Lessig, por exemplo), investe, inegavelmente, contra os próprios alicerces da acumulação capitalista.

Portanto, pensamos que para, de fato, fazer frente ao modelo atualmente praticado, alcançar o consenso da massa de trabalhadores no campo das artes sobre essa temática, afigura-se como uma etapa imprescindível. Etapa

imprescindível, porém, intrincada, uma vez que parcela desses trabalhadores está acostumada a auferir (ou mesmo crê que possa vir a auferir algum dia), ainda que precariamente, algum tipo de rendimento por meio do sistema atual. Logo, qualquer que seja a proposta de mudança ou proscrição do direito autoral, parece-nos indispensável apresentar à massa de trabalhadores no campo das artes um modo pelo qual possam auferir um rendimento mais substancial do que o auferido na atualidade.

E sobre a eventual flexibilização do direito autoral, pensamos que tal proposta não conseguiria inaugurar entre nós uma atmosfera cultural *plenamente* vigorosa, uma vez que o direito de autor continuaria a funcionar como embaraço a uma dinâmica cultural realmente vívida. Isto é, ainda teríamos a seguinte contradição (ainda que amenizada por uma eventual reforma da lei): por um lado, possuiríamos um aparato tecnológico incrível para intervir criativamente em obras preexistentes e para “reconstruir a biblioteca de Alexandria”, porém, por outro lado, o direito autoral, ainda que mais flexível, permaneceria funcionando como um embaraço a todo esse potencial.

Com efeito, afigura-se oportuno captar as forças emancipatórias que estão aí presentes (a ampla desobediência civil às regras de direito autoral, os movimentos do *software livre* e do *creative commons*, etc.) para, muito mais do que conquistar um punhado de garantias jurídicas, superar, quem sabe, em definitivo o sistema de direito autoral, inaugurando-se, assim, um novo paradigma cultural entre nós.

De todo modo, conforme apontamos acima, algumas importantes iniciativas (nitidamente contrárias ao modelo praticado) vêm sendo tomadas. Assim, quem sabe se, com o intenso incremento de tais iniciativas, possamos vivenciar uma nova dinâmica cultural muito mais rica e estimulante do que a atual?

4. Referências

- ABRÃO, E.Y. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.
- AGAMBEN, G. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Tradução de Henrique Burigo. 2ª edição. Belo Horizonte: UFMG, 2010.
- _____. *State of exception*. Tradução de Kevin Attell. Chicago, Londres: The University of Chicago Press, 2005.
- ASCENSÃO, J. O. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- _____. *Direito da internet e da sociedade da informação: estudos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. *Direito de autor e desenvolvimento tecnológico: controvérsias e estratégias*. Revista de Direito Autoral (ABDA), São Paulo, n. 1, p. 3-33, ago./2004.
- _____. *Prefácio*. In: CRIBARI, Isabela (Org.). *Produção cultural e propriedade intelectual*. Recife: Fundação Joaquim Nabuco: Editora Massangana, 2006, p. 14-17.
- DEBORD, G. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.
- DUPAS, G. *Propriedade intelectual: tensões entre a lógica do capital e os interesses sociais*. In: VILLARES, F. (Org.). *Propriedade intelectual: tensões entre o capital e a sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007, p. 15-25.
- LANDES, W. M.; POSNER, R. A; *The economic structure of intellectual property law*. Harvard University Press, 2003
- LESSIG, L. *Free culture: the nature and future of creativity*. Penguin Books: 2004.
- _____. *The future of ideas: the fate of the commons in a connected world*. Vintage Books: 2001.
- FISHER III, W. W. *Promises to keep: technology, law and the future of entertainment*. Stanford University Press, 2004
- NASCIMENTO, Daniel Arruda. *Do fim da experiência ao fim do jurídico: percurso de Giorgio Agamben*. São Paulo: LiberArs, 2012.
- SMIERS, J. *Artes sob pressão: promovendo a diversidade cultural na era da globalização*. São Paulo: Escrituras Editora: Instituto Pensarte, 2006. 367 p.
- _____. *Propriedade criativa injusta direito do autor e mundo não-ocidental*. In: BRANT, Leonardo (Org.). *Diversidade cultural: globalização e culturas locais: dimensões, efeitos e perspectivas*. São Paulo: Escrituras Editora: Instituto Pensarte, 2005. p. 183-196.
- VAIDHYANATHAN, S. *Copyrights and copywrongs: the rise of intellectual property and how it threatens creativity*. New York University Press, 2001
- VOGEL, H. L. *Entertainment industry economics: a guide for financial analysis*. 6. ed. Cambridge University Press, 2004.
- ŽIŽEK, S. *Bem-vindo ao deserto do real!: cinco ensaios sobre o 11 de setembro e datas relacionadas*. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo editorial, 2003.
- _____. *Em defesa das causas perdidas*. Tradução de Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo editorial, 2011.

**A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO AUTORAL A PARTIR
DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO:
UMA NECESSIDADE IMPERIOSA PARA A CONCRETUDE
DO TEXTO CONSTITUCIONAL**

Michele Braun*

Grace Kellen de Freitas Pellegrini**

Resumo:

O presente trabalho tem por finalidade tratar da função social do Direito Autoral, decorrente da nova ordem social, que ganhou força no Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988, orientando a leitura de legislação infraconstitucional sob os preceitos da Carta Magna. Assim, o trabalho traz reflexões acerca da leitura da Lei de Direito Autoral, especialmente no que tange à visão individualista e patrimonialista que cerca esta legislação, o que permite traçar um paralelo com os aspectos sociais que devem, a partir de 1988 estarem presentes nas leis brasileiras, tendo em vista os valores expostos na Constituição Federal. Logo, o que se pretende com o presente artigo é estabelecer uma visão geral e objetiva sobre os modernos conceitos constitucionais que conferem respaldo aos direitos fundamentais como o direito de acesso à educação, à informação e à cultura em relação ao Direito Autoral, permitindo uma visão crítica e que promova os mais caros axiomas constitucionais. Para tanto, o trabalho foi dividido em três partes, de início, após breve explanação da história dos direitos autorais no introito, fez-se uma análise da proteção legal dos Direitos de Autor no Brasil. Na sequência, a constitucionalização dos direitos autorais foi tratada. Ao final, a função social dos direitos autorais restou aprofundada.

Palavras-chave: DIREITO AUTORAL; FUNÇÃO SOCIAL; EDUCAÇÃO; CULTURA; INFORMAÇÃO.

* Possui graduação em Direito pela UNISC (2003). Pós-graduada em Processo e suas Transformações pela UNISUL (2008) e em Direito Civil e seus Instrumentos de Tutela pela UNIDERP (2010). Assessora Jurídica da UNISC. Aluna especial do Mestrado em Direito da UNISC. Participante do grupo de estudo de Direito de Autor, coordenado pelo prof. Jorge Renato dos Reis, e-mail: michelebraun@bol.com.br.

** Possui graduação em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2010). Mestranda em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, bolsista CAPES-PROSUP. Participante dos grupos de estudos de Direito de Autor e de Intersecções jurídicas entre o Público e Privado, coordenados pelo Professor Pós-Doutor Jorge Renato dos Reis, e-mail: gracef@mx2.unisc.br.

Resumen:

El presente trabajo tiene por finalidad tratar de la función social del Derecho Autoral, decurrente de la nueva orden social, que ha ganado fuerza en Brasil con la promulgación de la Constitución Federal de 1988, orientando la lectura de la legislación infra constitucional so los preceptos de la Cara Magna. Así, el trabajo trae reflexiones acerca de la lectura de la Ley de Derecho Autoral, especialmente en lo que dice respeto a la visión individualista y patrimonialista que abarca esta legislación, lo que permite trazar un paralelo con los aspectos sociales que deben, a partir de 1988 estar presentes en las leyes brasileñas, teniendo en vista los valores expuestos en la Constitución Federal. Luego, lo que se pretende con el presente artículo es establecer una visión general y objetiva sobre los modernos conceptos constitucionales que confieren respaldo a los derechos fundamentales como el derecho de acceso a la educación, a la información y a la cultura en relación al Derecho Autoral, permitiendo una visión crítica y que promueva los más caros axiomas constitucionales. Para tanto, el trabajo fue dividido en tres partes, a principios, tras breve explanación de la historia de los derechos autorales en el introito, se hizo un análisis de la protección legal de los Derechos de Autor en Brasil. Siguiendo, tratamos de la constitucionalización de los derechos autorales. A finales, profundizamos sobre la función social de los derechos autorales.

Palabras-clave: DERECHO AUTORAL; FUNCIÓN SOCIAL; EDUCACIÓN; CULTURA; INFORMACIÓN.

1. Introdução

Inicialmente, pretende-se tecer algumas considerações sobre o histórico do Direito Autoral, antes de tratar sobre o tema principal deste trabalho, pois estes apontamentos servem como introdução.

A origem remota (do objeto de tutela) do Direito Autoral pode ser atribuída à época em que os seres humanos desenhavam nas paredes das cavernas situações do seu cotidiano, em que a ideia advinda do seu intelecto era materializada e reproduzida em uma base concreta. Como propala Cabral “esse artista primitivo tinha uma visão do mundo. Era um poeta”¹⁰¹.

¹⁰¹ CABRAL, Plínio. A nova lei de direitos autorais: comentários. 4. ed. São Paulo: Harbra, 2003. p. 2.

Na Grécia antiga, em torno de 700 a.C., surge a palavra escrita, alterando significativamente a natureza da cultura humana¹⁰². Na Roma antiga, os artistas eram sustentados pelos soberanos para que se dedicassem às artes e neste caso a obra pertencia ao senhor, mesmo sendo criada pelo escravo. Ao período da Idade Média remontam as organizações que, através dos religiosos (monges), produziam manuscritos de obras desde que autorizados pelos autores¹⁰³. Conforme Hammes, “tornaram-se assim grandes beneméritos da cultura, conservando para o futuro uma riqueza cultural que, sem isto, certamente se perderia”¹⁰⁴. Já o período Renascentista ficou conhecido como ‘mecenato’, por motivo de Mecenas, um rico cidadão romano, ser financiador de inúmeros artistas¹⁰⁵.

Somente na Idade Média, com a invenção da máquina impressora, em meados do século XV, houve preocupação com a ideia de proteção da criação do intelecto, contra a reimpressão, pois “a reprodução de obras em grandes escalas tornou-se possível após o alemão Gutenberg, por volta do ano de 1400, inventar a impressão tipográfica, que industrializou o processo de cópias de obras”¹⁰⁶.

Nesse período, “cumpre ainda assinalar que os privilégios, quase sempre, eram concedidos aos editores, e não aos autores”¹⁰⁷. Bittar explica que os privilégios concedidos aos editores pelos monarcas eram conferidos a determinado tempo, geralmente por 10 anos¹⁰⁸.

¹⁰² GANDELMAN, Henrique. De Gutenberg à internet: direitos autorais na era digital. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 26.

¹⁰³ HAMMES, Bruno Jorge. O direito da propriedade intelectual: subsídios para o ensino. 2. ed. Porto Alegre: Unisinos, 2001. p. 19.

¹⁰⁴ HAMMES, Bruno Jorge. O direito da propriedade intelectual: subsídios para o ensino. 2. ed. Porto Alegre: Unisinos, 2001. p. 19.

¹⁰⁵ HAMMES, Bruno Jorge. O direito da propriedade intelectual: subsídios para o ensino. 2. ed. Porto Alegre: Unisinos, 2001. p. 19.

¹⁰⁶ EPPLE, Cristiane; CUPPINI, Fernanda Inês Muller; KNIES, Luis. A evolução histórica do direito de autor. In: REIS, Jorge Renato dos. et al. (Orgs.). Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo. Curitiba: Multideia, 2011. p. 14.

¹⁰⁷ GANDELMAN, Henrique. De Gutenberg à internet: direitos autorais na era digital. 3ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 28.

¹⁰⁸ BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. p. 12.

Apenas no século XVII a percepção da pessoa do autor começou a receber atenção¹⁰⁹, porque com o descontentamento dos autores, em não poder colher os frutos do seu trabalho, que na maioria das vezes eram dedicados aos editores, surge o primeiro texto reconhecendo os direitos autorais, chamado de *Copyright Act* da Rainha Ana, como incremento à cultura¹¹⁰.

Mais tarde, a Rainha Ana publica o seu Estatuto, advindo do Parlamento Inglês¹¹¹, pelo qual o autor assume seu direito de dispor sobre a obra, medida que incentivou a materialização dos pensamentos dos autores e a criação de novas obras.

No século XVIII surge nos Estados Unidos o *Copyright Act*, baseado no Estatuto da Rainha Ana, mas com uma ideia diversa, nascido juntamente com os movimentos da Revolução Francesa, estabelecendo a tutela do autor na atividade criadora em si. O autor começa a figurar como o titular dos direitos autorais.

No século XIX, com a necessidade de regulamentar o direito de autor além das linhas geográficas de cada país, surge um sistema protecionista internacional e plurinacional, protegendo os direitos universais dos autores: a Convenção de Berna, em 1886.

Esse acordo internacional e multilateral sobre a tutela das obras literárias e artísticas é o mais antigo tratado internacional em vigor e aplicado, passando apenas por atualizações para adequar-se à nova realidade, mas sem alterar seu principal objetivo, que é a proteção dos direitos patrimoniais e morais do autor.¹¹²

¹⁰⁹ HAMMES, Bruno Jorge. O direito da propriedade intelectual: subsídios para o ensino. 2. ed. Porto Alegre: Unisinos, 2001. p. 20.

¹¹⁰ BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. p. 12.

¹¹¹ EPPLE, Cristiane; CUPPINI, Fernanda Inês Muller; KNIES, Luis. A evolução histórica do direito de autor. In: REIS, Jorge Renato dos. et al. (Orgs.). Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo. Curitiba: Multideia, 2011. p. 18.

¹¹² EPPLE, Cristiane; CUPPINI, Fernanda Inês Muller; KNIES, Luis. A evolução histórica do direito de autor. In: REIS, Jorge Renato dos. et al. (Orgs.). Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo. Curitiba: Multideia, 2011. p. 24.

A Convenção de Berna, apesar de ter sido criada no século passado, ainda é parâmetro para as legislações dos países signatários, inclusive pela legislação brasileira. A Convenção foi promulgada pelo Brasil através do Decreto nº 75.699, de 6 de maio de 1975. A partir do panorama tecido, como introito do presente trabalho, passa-se a analisar a proteção legal do direito autoral no país.

2. O direito autoral no Brasil e sua proteção legal

O diploma legal que regula o Direito Autoral no Brasil, atualmente, é a Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, também conhecida por LDA. Esse diploma tem como precursores a Lei dos Cursos de Direito de 1827; o Código Criminal de 1890, que regulou a matéria dos crimes contra a propriedade literária, artística e científica; a Constituição da República de 1891, ganhando a matéria nível constitucional; a Lei 496/1891, denominada Medeiros de Albuquerque em homenagem ao seu autor, a qual define e garante os direitos autorais; ainda o Código Civil de 1916, que define a propriedade literária, científica e artística, reguladas pelos artigos 649 a 673; e também a Lei 5.988/1973 que nasceu da necessidade de regulação da matéria em um único texto¹¹³.

A Lei 9.610 entrou em vigor 120 dias após sua publicação, com o intuito de alterar, atualizar e consolidar a legislação sobre direitos autorais e dar outras providências¹¹⁴, tendo como objetivo contemplar os inúmeros avanços tecnológicos ocorridos no decorrer dos vinte e cinco anos de vigência da lei anterior que regulava a matéria. A LDA passa a abranger novos meios de utilização da obra. No entanto, Cabral dispõe:

¹¹³ EPPLE, Cristiane; CUPPINI, Fernanda Inês Muller; KNIES, Luis. A evolução histórica do direito de autor. In: REIS, Jorge Renato dos. et al. (Orgs.). Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo. Curitiba: Multideia, 2011. p. 30-34.

¹¹⁴ BRASIL. Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>. Acesso em: 27 jun. 2012.

teria sido oportuno que o novo diploma legal contemplasse, mais acuradamente, questões cruciais que estão na ordem do dia no mundo jurídico e que têm sido objeto de discussões e conclusões bastante avançadas. Isto foi feito apenas parcialmente. Perdeu-se uma boa oportunidade de um avanço maior no campo das novas tecnologias. Além disso, como sempre, o desejo político de atender a diferentes setores terminou fragmentando a lei, prejudicando sua unidade e, sobretudo, a abordagem sistêmica e consequente de vários problemas.¹¹⁵

Mesmo sofrendo críticas, a Lei atual contempla ainda inúmeras situações que hoje são objeto de demanda do Direito Autoral. Em defesa da Lei, sabe-se que nenhuma legislação ou instrução normativa do gênero consegue contemplar todas as situações do complexo mundo contemporâneo. No entanto, percebe-se que uma lei de cláusulas fechadas, como é o caso da LDA, e sem o devido esforço hermenêutico, não tem como acompanhar os avanços da sociedade.

O Direito Autoral “é ramo do Direito Privado que regula as relações jurídicas, advindas da criação e da utilização econômica de obras intelectuais estéticas e compreendidas na literatura, nas artes e nas ciências”¹¹⁶. Conforme preceitua Bittar, o Direito Autoral destaca-se no âmbito do Direito Privado, embora com características de normas de ordem pública o que garante a consecução de suas finalidades¹¹⁷.

Decorre o Direito Autoral do instituto de Propriedade Intelectual¹¹⁸, no qual se destacam também a Propriedade Industrial, além dos Cultivares, dos

¹¹⁵ CABRAL, Plínio. A nova lei de direitos autorais: comentários. 4. ed. São Paulo: Harbra, 2003. p. 12.

¹¹⁶ BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. p. 8.

¹¹⁷ BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. p. 8.

¹¹⁸ “A Convenção OMPI define como propriedade intelectual, a soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiofusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos

Softwares, e outros¹¹⁹. O Direito de Autor e os que lhe são conexos regulam, conforme dispõe o art. 7º da Lei 9.610/1998, “as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”¹²⁰.

Entretanto, para Hammes, “o Direito de Autor não pode, em razão do seu caráter próprio, ser enquadrado nos moldes clássicos, que dividem os direitos em pessoais e reais. Fala-se em dupla natureza do Direito de Autor, ainda que, entrando-se em especificações, haja divergências”¹²¹. A teoria que poderia inserir o Direito Autoral na esfera dos Direitos Reais estaria superada¹²². Na mesma linha de raciocínio, Adolfo¹²³ entende que em decorrência de seus

domínios industrial, científico, literário e artístico.” BARBOSA, Denis Borges. Uma introdução à propriedade intelectual. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

¹¹⁹ A Propriedade Industrial é objeto da Lei 9279/1996, Cultivares que são reguladas pela Lei 9456/1997 e ainda os *Softwares* protegidos pela Lei 9.609/1998.

¹²⁰ “Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas; II - as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza; III - as obras dramáticas e dramático-musicais; IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma; V - as composições musicais, tenham ou não letra; VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas; VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia; VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética; IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza; X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência; XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova; XII - os programas de computador; XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual. § 1º Os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis. § 2º A proteção concedida no inciso XIII não abarca os dados ou materiais em si mesmos e se entende sem prejuízo de quaisquer direitos autorais que subsistam a respeito dos dados ou materiais contidos nas obras. § 3º No domínio das ciências, a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos da propriedade imaterial.” BRASIL. Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>. Acesso em: 27 jun. 2012.

¹²¹ HAMMES. Bruno. Elementos básicos do direito de autor brasileiro. São Leopoldo: Gráfica Unisinos, 1995. p. 3.

¹²² ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autorial na sociedade da informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 111.

¹²³ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autorial na sociedade da informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 111.

atributos morais e patrimoniais pode-se pensar em natureza dupla, ou seja, direito *sui generis* de Propriedade Intelectual.

A Lei de Direito Autoral em seu artigo 3º classifica o seu direito objeto de tutela como bem móvel¹²⁴, sendo que no artigo 4º dispõe que os negócios jurídicos, cujo objeto seja tutelado pelos direitos autorais, são interpretados restritivamente. O artigo 8º¹²⁵ da LDA elenca as obras que não são objeto de proteção e, nesse caso, o enunciado é taxativo. Para Cabral¹²⁶, “(...) a lei procurou abranger um universo maior de setores não protegidos, tornando-se mais explícita e restritiva, fechando em sete itens o elenco daquilo que não é protegido pelo direito autoral”. Esse leque de itens é sim maior do que dispunha a Lei de Direito Autoral de 1973; no entanto, deixa a desejar quanto ao rol que está aquém de abranger as situações da vida da sociedade moderna.

Já a definição do que é autor está descrita no artigo 11, que estabelece a pessoa física como a criadora das obras intelectuais, artísticas ou científicas e amplia a proteção dada aos autores e às pessoas jurídicas nos casos previstos na LDA¹²⁷. Portanto o criador da obra é a pessoa natural que deu origem a criação, pois esta decorre do intelecto humano independentemente da capacidade civil ou mental. Por isso que se diz que a titularidade originária de uma obra é atribuída somente à pessoa natural. A titularidade derivada pode ser atribuída a terceiros através do licenciamento, da concessão, da cessão ou

¹²⁴ “Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.” BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 27 jun. 2012.

¹²⁵ “Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei: I - as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais; II - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios; III - os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções; IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais; V - as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas; VI - os nomes e títulos isolados; VII - o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras.” BRASIL. Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>. Acesso em: 27 jun. 2012.

¹²⁶ CABRAL, Plínio. A nova lei de direitos autorais: comentários. 4. ed. São Paulo: Harbra, 2003. p. 33.

¹²⁷ BRASIL. Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>. Acesso em: 27 jun. 2012.

de outros meios admitidos em direito, em conformidade com o que estabelece o artigo 49 e seguintes, do capítulo V, do título III, da LDA¹²⁸.

Somente podem ser transferidos os direitos patrimoniais do autor¹²⁹, pois só estes podem ser utilizados, fruídos e dispostos, dependendo da autorização do autor a utilização por qualquer modalidade. A utilização autorizada a terceiros pode ser também por edição, adaptação, comunicação ao público, tradução, dentre outros¹³⁰.

Os direitos morais do autor são os descritos no art. 24 da LDA¹³¹, explicando Bittar que “os direitos morais são reconhecidos em função do esforço e do resultado criativo, a saber, da operação psicológica, com a qual se materializa, a partir do nascimento da obra, verdadeira exteriorização da personalidade do autor”¹³².

¹²⁸ BRASIL. Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>. Acesso em: 27 jun. 2012.

¹²⁹ “Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.” BRASIL. Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>. Acesso em: 27 jun. 2012.

¹³⁰ GANDELMAN, Henrique. De Gutenberg à internet: direitos autorais na era digital. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 44.

¹³¹ “Art. 24. São direitos morais do autor: I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra; III - o de conservar a obra inédita; 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; V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada; VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem; VII - 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. § 1º Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV. § 2º Compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público. § 3º Nos casos dos incisos V e VI, ressalvam-se as prévias indenizações a terceiros, quando couberem.” BRASIL. Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>. Acesso em: 27 jun. 2012.

¹³² BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. p. 43.

Com a subsequente reprodução ou representação da obra, para comunicação ao público, outros direitos morais emergem, em função do modo correspondente, completando-se o extenso elenco de prerrogativas reconhecidas, na doutrina e na jurisprudência, a esse título, de sorte que, em uma primeira classificação, podemos enumerar direitos anteriores (de inédito, de paternidade, de nomeação) e posteriores à colocação da obra para utilização econômica (à integridade, à modificação, à reivindicação)¹³³.

A Lei de Direito Autoral protege a criação do autor por toda a sua vida e ainda por setenta anos a contar de 1º de janeiro do ano subsequente a sua morte¹³⁴. Em relação a esse dispositivo e podendo se estender o comentário aos demais dispositivos da lei de um modo geral, percebe-se que, mesmo com a nova ordem social a LDA tem tido os seus preceitos interpretados literalmente e de forma individualista, pois proteger um direito por 70 anos a contar da morte de seu detentor é privar a sociedade do acesso à obra e conseqüentemente do acesso à informação, à cultura e à educação, dentre outros exemplos.

3. A constitucionalização do direito de autor

No Brasil, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, iniciou-se um movimento em que inúmeros institutos do Direito foram ajustando-se ou deveriam ajustar-se aos fundamentos constitucionais oriundos da Carta Magna.

Esse fenômeno é reflexo da adoção de um sistema civilista fechado, desencadeado pelo fenômeno de Codificação, pós Revolução Francesa. Lembra-se que no final do século XIX, quando se iniciaram os fenômenos do

¹³³ BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. p. 44-45.

¹³⁴ “Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil. Parágrafo único. Aplica-se às obras póstumas o prazo de proteção a que alude o *caput* deste artigo. BRASIL. Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>. Acesso em: 27 jun. 2012.

constitucionalismo e da codificação, o que existia entre a Constituição e a Codificação Civil era estruturalmente preciso: eram dois universos totalmente distintos.

Como destaca EPPLE e RIBEIRO, após o segundo pós-guerra, a sociedade pós-moderna passou a questionar os paradigmas liberais, especialmente no que diz respeito à liberdade formal e à autonomia da vontade, solicitando de forma rígida providências do Estado. Este passou então a assistir à população, proporcionando dignidade em parâmetros minimamente aceitáveis, inclusive intervindo na vida econômica e ainda buscando equilibrar as relações entre os particulares. Dessa forma, ocasionando o nascimento do Estado Social e o início do desaparecimento do Estado Liberal.¹³⁵

Nesse ínterim, a inconformidade com a legislação civil extremamente individualista traz à tona o processo de dirigismo que consiste na “intervenção do poder público em esferas que em princípio estavam fora da sua alçada interventiva, como é o caso das relações jurídicas de Direito Privado”¹³⁶.

Nesse contexto, o indivíduo foi substituído pela pessoa, a liberdade individual teve de dar espaço à solidariedade social. A dignidade humana tomou fôlego e o Estado ficou com o compromisso de erradicar a pobreza e as desigualdades, ao contrário da legislação civil que tinha como rei o indivíduo e suas vontades¹³⁷.

Importante destacar a previsão constitucional do atendimento à função social da propriedade, possibilitando, assim, a visualização de um modelo de utilização de direitos, que já nasce vinculado aos interesses máximos do Estado. Pelo exposto, conforme preceitua Streck¹³⁸

¹³⁵ EPPLE, Cristiane; RIBEIRO, Felipe Dias. A função social do direito de autor. In: REIS, Jorge Renato dos; GOCZEWSKI, Clóvis. Constitucionalismo contemporâneo: debates acadêmicos. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 115.

¹³⁶ DORNELES, Raquel. A função social dos contratos e o novo código civil. Revista do Direito. Santa Cruz do Sul, n. 21, jan./jun. 2004. p. 27-46.

¹³⁷ NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹³⁸ STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 241.

a Constituição é, assim, a materialização da ordem jurídica do contrato social, apontando para a realização da ordem política e social de uma comunidade, colocando à disposição os mecanismos para concretização do conjunto de objetivos traçados no seu texto normativo deontológico.

O processo de constitucionalização, que hoje se encontra em momento de efetivação de suas teorias no país, incorporando-as a toda e qualquer legislação infraconstitucional, não poderia deixar de estar também influenciando a leitura da legislação de Direito Autoral¹³⁹.

Num primeiro momento, o Direito Autoral foi interpretado sob a ótica privatística, tendo como objetivo principal regular as atividades econômicas advindas das relações jurídicas decorrentes da utilização desses direitos¹⁴⁰, o que não é mais confortável, pois hoje o Direito Autoral deve ser fruto de uma releitura constitucionalizada.

O mais importante, levando em consideração a natureza dúplice do Direito de Autor, é compreender a densidade que ele contém, pois regula elementos

¹³⁹ “Como consectário, a Constituição Federal é uma fonte que exerce uma influência, ‘tanto direta, através de normas operativas, quanto indireta’, modificando o ‘espírito informador do Direito’, e mudando os princípios gerais. Sob esta égide, o Direito Privado atual adota uma permanente ‘perspectiva constitucional’, enquanto que a Constituição tem ‘disposições de conteúdo civilista aplicáveis ao âmbito privado’.” REIS, Jorge Renato dos; WINCK, Enisa Eneida da Rosa Pritsch. O ressurgimento da fênix: O Código Civil constitucionalizado. In: REIS, Jorge Renato dos. GORCZEVSKI, Clóvis (Orgs.). Direitos Fundamentais: conhecer para exercer. Porto Alegre: Norton, 2007. p. 27.

¹⁴⁰ “Partindo da concepção constitucionalizadora do direito privado, o direito autoral, igualmente a outras áreas, sofre alterações em sua formatação e compreensão, pois a nova ótica proporcionada com o modelo democrático pluralista não se restringe às práticas observadoras do campo econômico-social (típico do modelo liberal), mas sim objetiva alterar o panorama com a associação entre as camadas sociais, mercado e os poderes públicos. Nesse contexto, uma análise renovada também se aplica ao direito autoral, pois, além dos interesses do autor a serem protegidos pelo ordenamento jurídico pátrio, coexistem outros direitos fundamentais como a cultura, a educação e a informação, por exemplo, os quais precisam ser fomentados, sem para isso prejudicar a órbita criativa do autor.” REIS, Jorge Renato dos. DIAS, Felipe da Veiga. A constitucionalização do direito privado brasileiro: a perspectiva do direito autoral. In: REIS, Jorge Renato dos. et al. (Orgs.). Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo. Curitiba: Multideia, 2011. p. 81.

de direitos fundamentais¹⁴¹. Explica Reis e Dias que até mesmo o componente criativo tem vinculação direta com a liberdade de expressão, um direito fundamental garantido¹⁴².

Também por isso o autor atual deve ser um intelectual empenhado na defesa da dignidade do autor e na consecução dos direitos sociais inerentes a sua obra. Sendo assim, com a constitucionalização do direito privado atrelado a uma ponderação de interesses, o Direito de Autor adquire conotação coletiva. Percebe-se que o Direito Autoral carece de identidade para exercer sua real função na sociedade atual. Não se trata de abominar a atual Lei de Direito Autoral e sim de tratá-la de forma condizente com os conceitos e anseios atuais. Dito isso, é de essencial importância ter o Direito Autoral como matéria constitucionalizada, fato que parece imprescindível para a evolução do Direito em questão e da sociedade como um todo.

E, graças aos bons ventos, está se percebendo que a interpretação da legislação autoral como se apresenta hoje é um percalço à evolução do Direito Autoral em seu contexto social e funcional e um transtorno à evolução da sociedade. Nesse sentido, “imprescindível realizar uma mudança cultural em relação à interpretação do Direito Autoral, trazendo à Lei de Direitos Autorais os preceitos da Lei Maior, e especialmente, da reinterpretação dos institutos jurídicos sob uma ótica constitucional”¹⁴³, porque a perspectiva em relação ao Direito Autoral deve ser vista sob o aspecto de desenvolvimento social e cultural. Afinal de contas é o que ordena nossa ordem jurídica hierarquicamente disposta.

¹⁴¹ NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. São Paulo: Método, 2008. “Os direitos fundamentais, compreendidos como os direitos humanos consagrados no plano interno, são normas positivas constitucionais. Após atravessarem uma fase de carência normativa na qual eram consideradas meras declarações solenes, revestidas somente de valor moral, esses direitos tiveram sua normatividade reconhecida sendo alcançados à condição de normas jurídicas constitucionais.” p. 222-223.

¹⁴² REIS, Jorge Renato dos., DIAS, Felipe da Veiga. A constitucionalização do Direito Privado brasileiro: a perspectiva do direito autoral. In: REIS, Jorge Renato dos. et al. (Orgs.). Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo. Curitiba: Multideia, 2011. p. 84.

¹⁴³ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 57.

4. A função social do direito autoral

A propriedade intelectual adquiriu imensurável importância na sociedade moderna, conseqüentemente os Direitos Autorais, no contexto do desenvolvimento e na medida em que o conhecimento adquire valor. Com a criação da *internet*, surgem as mais variadas formas de distribuição e de acesso às obras autorais. Contudo, a evolução tecnológica é apenas um dos aspectos que levam a reflexão sobre a função social do Direito Autoral. A crescente utilização dos meios eletrônicos para o acesso aos mais variados tipos de obras tende a tornar a titularidade do autor de certa forma vulnerável, sendo importante, portanto, visualizar novas formas de proteção do autor, sem prejudicar o acesso à obra em si. Para Carboni, a função social do Direito Autoral deve buscar um equilíbrio entre a proteção autoral e a diminuição de barreiras às novas criações e à circulação dessas, “visando a manifestações sociais mais abertas à criatividade e, conseqüentemente, com maior amplitude democrática, além da garantia de livre acesso às obras protegidas em determinadas circunstâncias”¹⁴⁴.

Não se pode pensar de forma absoluta o Direito Autoral. Aliás, pelo contrário, pois, os demais institutos de direito privado, como a propriedade, o contrato e a empresa, cumprem sua função social, portanto o Direito Autoral também deve cumprir a sua, “isso significa dizer que a proteção do Direito de Autor deve estar em harmonia com os interesses sociais.”¹⁴⁵

Carboni afirma que “não há, na Constituição Federal brasileira, qualquer menção expressa à função que o direito de autor deveria desempenhar na

¹⁴⁴ CARBONI, Guilherme. Aspectos gerais da teoria da função social do direito de autor. Disponível em: <www.gcarboni.com.br>. Acesso em: 10 jul. 2012.

¹⁴⁵ PIRES, Eduardo; TOLOTTI, Stella Monson. O acesso às obras intelectuais como pressuposto para concretização do direito fundamental à educação: a busca por um equilíbrio entre direito de autor e direito à educação. In: WACHOWICZ, Marcos. (Coord.) Anais do IV Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Florianópolis: Editora Boiteux, 2010. p. 249

sociedade (...)”¹⁴⁶, no entanto isto não obsta a consecução social deste instituto.

A proteção ao Direito Autoral deve estar em harmonia com os direitos da sociedade e, por isso, ser utilizado/empregado levando-se em consideração os direitos de acesso à informação, à cultura e à educação.

O Direito Autoral não pode fugir disso. Como está umbilicalmente ligado à consecução de uma sociedade mais justa, especialmente a partir da liberdade de expressão como princípio constitucional consagrado no ordenamento político-constitucional pátrio, e ainda no necessário acesso da população à educação, à cultura e à informação como direitos indispensáveis à dignidade humana e à cidadania plena, não há como negar que, se por um lado deve possibilitar aos titulares a melhor forma de remuneração e de exploração de suas criações, por outro deve maximizar os benefícios sociais de modo a atingir o maior número possível de pessoas.¹⁴⁷

Assim, no contexto atual, o poder do titular do Direito Autoral, não deve ser mais visto como poder absoluto e sim como situação complexa onde se inserem obrigações, ônus e direitos. A função social do Direito Autoral é a função que promove o desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico, protegendo o direito de autor e observando o acesso da coletividade às obras intelectuais. Ainda para Carboni

(...) a regulamentação da função social do direito de autor tem como base uma forma de interpretação, que permite aplicar a ele restrições relativas à extensão da proteção autoral (“restrições intrínsecas”) - notadamente no que diz respeito ao objeto e à duração da proteção autoral, bem como às limitações estabelecidas em lei -, além de restrições quanto ao seu exercício (“restrições extrínsecas”)

¹⁴⁶ CARBONI, Guilherme. Aspectos gerais da teoria da função social do direito de autor. Disponível em: <www.gcarboni.com.br>. Acesso em: 10 jul. 2012.

¹⁴⁷ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 202-203.

- como a função social da propriedade e dos contratos, a teoria do abuso de direito e as regras sobre desapropriação para divulgação ou reedição de obras intelectuais protegidas –, visando à correção de distorções, excessos e abusos praticados por particulares no gozo desse direito, para que o mesmo possa cumprir a sua função de promover o desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico.¹⁴⁸

Sendo assim, é necessário utilizar uma hermenêutica mais atual sobre o tema para se chegar a um conceito de Direito Autoral que englobe a função social sem atacar os direitos mínimos do autor, o que de momento parece mais apropriado. Além disso, a criação de mecanismos que se coadunem com as novas tecnologias se torna medida imperiosa. A edição de *e-books* e venda de *downloads* de arquivos de músicas podem ser alternativas para editoras e gravadoras.

Para Gervais¹⁴⁹, “a principal preocupação de muitas dessas indústrias parece ser evitar qualquer tipo de reutilização do material que é objeto de *download* pelos usuários”. Assim, como os autores e principalmente as indústrias do Direito Autoral querem proteger as suas obras do uso indiscriminado, os usuários querem usar as obras de forma segura (segurança jurídica).

O Direito Autoral não pode fugir disso. Como está umbilicalmente ligado à consecução de uma sociedade mais justa, especialmente a partir da liberdade de expressão como princípio constitucional consagrado no ordenamento político-constitucional pátrio, e ainda no necessário acesso da população à educação, à cultura e à informação como direitos indispensáveis à dignidade humana e à cidadania plena, não há como negar que, se

¹⁴⁸ CARBONI, Guilherme. Aspectos gerais da teoria da função social do direito de autor. Disponível em: <www.gcarboni.com.br>. Acesso em: 10 jul. 2012.

¹⁴⁹ GERVAIS, Daniel. Em busca de uma nova norma internacional para os direitos de autor: o “teste dos três passos” reversos. In: RODRIGUES JR., Edson Beas, POLIDO, Fabrício. Propriedade intelectual: novos paradigmas internacionais, conflitos e desafios. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.p. 202.

por um lado deve possibilitar aos titulares a melhor forma de remuneração e de exploração de suas criações, por outro deve maximizar os benefícios sociais de modo a atingir o maior número possível de pessoas.¹⁵⁰

Para Ascensão “a defesa do direito autoral como uma espécie de soberania sobre a obra ou prestação é equivocada. O direito autoral é protegido porque e enquanto contribui para o progresso social, uma vez que nenhum instituto é consagrado se dele não derivar vantagem social”¹⁵¹.

Nesse sentido, anseia-se por uma interpretação constitucionalizada da LDA, de forma mais humana e não meramente patrimonial. Sabe-se que a proteção atribuída ao autor tem caráter constitucional-fundamental; no entanto, não pode obstar a garantia aos demais direitos fundamentais previstos na Carta Magna. Logo, deve haver uma ponderação de interesses e alternativas para a flexibilização dos institutos do direito autoral, de modo a promover a função social dos direitos autorais e dos preceitos expostos no texto constitucional.

5. Conclusão

Para atingir a função social do Direito Autoral, deve-se ir além do que dispõe o conteúdo literal da LDA, interpretando-a em conformidade com os preceitos da Constituição Federal de 1988, principalmente no que diz respeito às limitações do Direito Autoral e ainda sob a ótica dos princípios referentes aos direitos fundamentais de acesso à informação, à cultura e à educação, pensando-se ainda na prática de circulação de obras intelectuais em meio digital, digo a *internet*, facilitando o acesso em massa às obras.

¹⁵⁰ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 203.

¹⁵¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Estudos de direito de autor e a revisão da lei dos direitos autorais. Recurso eletrônico. WACHOWICZ, Marcos; SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. (Orgs.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. CD-ROM. p. 18.

Essa é a questão, encontrar uma forma de compensar o autor pelo ato de criação, não proibindo que as benesses trazidas pela tecnologia cheguem à sociedade. Por isso o sucesso do *commons*¹⁵² que compartilha conhecimento ficando a critério do proprietário as situações possíveis de exploração da obra.

Portanto, o desafio da sociedade atual é combinar proteção ao autor com os direitos constitucionais da sociedade, realizando uma releitura do Direito de Autor, de forma a promover a função social da criação intelectual adequando-a aos anseios sociais e ao panorama tecnológico atual.

6. Referências

- ADOLFO, Luiz Gonzada Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.
- BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 27 jun. 2012.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 27 Jun. 2012.
- BRASIL. *Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>. Acesso em: 27 jun. 2012.
- CABRAL, Plínio. *A nova lei de direitos autorais: comentários*. 4. ed. São Paulo: Harbra, 2003.
- CARBONI, Guilherme. *Aspectos gerais da teoria da função social do direito de autor*. Disponível em: <www.gcarboni.com.br>. Acesso em: 10 jul. 2012.
- DORNELES, Raquel. A função social dos contratos e o novo código civil. *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul, n. 21, jan./jun. 2004.
- EPPLE, Cristiane; RIBEIRO, Felipe Dias. A função social do direito de autor. In: REIS, Jorge Renato dos; GOCZEWSKI, Clóvis. *Constitucionalismo contemporâneo: debates acadêmicos*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010.
- GANDELMAN, Henrique. *De Gutenberg à internet: direitos autorais na era digital*. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.
- HAMMES, Bruno Jorge. *Elementos básicos do direito de autor brasileiro*. São Leopoldo: Gráfica Unisinos, 1995.

¹⁵² “Vale ressaltar, que os *commons*, presentes na história da humanidade sempre que a sociedade compartilhou o uso de bens coletivamente e com vantagens para todos, não são, portanto, projetos utópicos ou idéias novas; são arranjos que já se manifestam através de políticas amplamente difundidas e que produzem resultados extremamente satisfatórios quando ao cumprimento de seus objetivos gerais e específicos, intrinsecamente ligados ao bem público.” PEREIRA, Larissa Alcântara. Democracia, desenvolvimento e formas de inclusão sócia tecnológica: o direito de autor a partir da concepção de commons. In: WACHOWICZ, Marcos; PRONER, Carol. *Inclusão tecnológica e direito à cultura: movimentos rumo à sociedade democrática do conhecimento*. Florianópolis, FUNJAB. 2012. p. 237

- _____. *O direito da propriedade intelectual: subsídios para o ensino*. 2. ed. Porto Alegre: Unisinos, 2001.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2008.
- REIS, Jorge Renato dos. GORCZEWSKI, Clóvis (Orgs.). *Direitos Fundamentais: conhecer para exercer*. Porto Alegre: Norton, 2007.
- REIS, Jorge Renato dos. et al. (Org.). *Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Multideia, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- WACHOWICZ, Marcos., PILATI, José Isaac., COSTA, José Augusto Fontoura. (Coords.). *Anais do V Congresso de Direito de Autor e Interesse Público*. Florianópolis, Editora Boiteux, 2012.
- WACHOWICZ, Marcos., SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. (Orgs.). *Estudos de Direito de Autor: a revisão da lei de direitos autorais*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. CD-ROM.
- WACHOWICZ, Marcos., PRONER, Carol. *Inclusão tecnológica e direito à cultura: movimentos rumo à sociedade democrática do conhecimento*. Florianópolis, FUNJAB. 2012.

O AUTOR ENTRE O SER E O TER: CAMINHANDO PARA A REPERSONALIZAÇÃO.

Rosalice Fidalgo Pinheiro¹⁵³

Rui Carlos Sloboda Bittencourt¹⁵⁴

Resumo:

Ao incluir o direito autoral no rol dos direitos fundamentais faz-se necessário tornar mais incisiva a separação entre os direitos morais e os direitos patrimoniais que compõem este direito subjetivo tão peculiar. O direito autoral encontra-se na fronteira entre o “ter” e o “ser” do sujeito. Com base na noção de re-personalização do direito civil, há que se cuidar para que o “ter” não tenha a mesma tutela jurídica que o “ser”. Para tanto, o primeiro passo será definir quem é o autor, sujeito de tais direitos e qual a vantagem ou desvantagem que a sociedade tem quando decide dar *status* de valor fundamental à proteção da criação deste sujeito. Como ponto de equilíbrio para esta questão encontramos a aplicação do conceito de função social da propriedade também à propriedade intelectual. O autor proprietário passa a ter também deveres, não só direitos. A sociedade tem o dever de respeitar a propriedade do indivíduo que resulta da expressão de sua personalidade, mas este passa a ter deveres para com o bem-estar comum. A propriedade intelectual deve servir para incentivar a produção de mais bens culturais e não para que se exerça abusivamente um direito de exclusividade de modo a obter vantagens, sejam elas financeiras ou não.

Palavras-chave: DIREITO DE AUTOR, DIREITOS FUNDAMENTAIS, DIREITOS DA PERSONALIDADE, REPERSONALIZAÇÃO.

¹⁵³ Mestre e Doutora em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Professora adjunta de Direito Civil das Faculdades Integradas do Brasil-UniBrasil. Professora titular de Direito Civil do Centro Universitário Curitiba-UNICURITIBA. Professora do Programa de Mestrado em Direito da UniBrasil. Professora convidada dos Cursos de Especialização da PUC-PR e UNICURITIBA. Professora pesquisadora do Núcleo de Estudos em Direito Civil da UFPR (Projeto de Pesquisa “Virada de Copérnico”)

¹⁵⁴ Bacharel em Direito. Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia e Pesquisador do Núcleo de Pesquisa em Direito Civil e Constituição das Faculdades Integradas do Brasil-UniBrasil.

Abstract

By including the authorial right in the list of fundamental rights it is necessary to make more effective separation between moral rights and economic rights that make up this so unique subjective right. The authorial right lies on the border between “having” and “being” of its subject. Based on the notion of repersonalize the civil law, we must assure that the “having” had a different level of legal protection comparing with the “being”. Therefore, the first step is to define who is the author, subject of such rights and what advantage or disadvantage the society has when it decides to give a status of fundamental value to the protection of the creation of this subject. As a point of balance to this issue we find the application of the concept of the social function of property also to intellectual property. The authorial rights' owner shall also have responsibilities, not just rights. The society has a duty to respect the property of the individual that results of a expression of its personality but there is duties to the common welfare as well. Intellectual property should serve to encourage more production of cultural goods and not to assure an abuse in its exercise of exclusivity right to obtain benefits, whether financial or not.

Keywords: AUTHORIAL RIGHTS, FUNDAMENTAL RIGHTS, PERSONALITY RIGHTS, REPERSONALIZATION

1. Introdução

Ao se pretender discutir qualquer assunto relacionado ao direito de autor, o primeiro passo é estabelecer quem é esse indivíduo agraciado pela ordem jurídica com tantos e tamanhos poderes através de uma apropriação artificial e relativamente recente.

O suporte inicial para tal apropriação é sua imposição pelo Estado na forma de privilégios para, mais tarde, no período de decadência do Antigo Regime francês, os livreiros-editores, temendo perder seus privilégios, criarem a noção de autor-proprietário,¹⁵⁵ ou seja, trata-se muito mais de uma revolução industrial e comercial do que propriamente cultural como aparenta ser.

¹⁵⁵ CHARTIER, Roger. A aventura do livro: do leitor ao navegador. Trad. Reginaldo de Moraes. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1999. p. 61-64. Apud. STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. Direitos autorais: entre as relações sociais e as relações jurídicas. Curitiba: Moinho do Verbo, 2006. p. 121-122.

Ocorre que, mesmo com a transformação da ideia em mercadoria, esta não se desvincula de seu criador. Uma das formas de valorizar (financeiramente) a produção criativa é atribuindo ao autor um poder de exclusividade sobre a utilização de sua criação após esta ser exteriorizada. Somente ele pode autorizar a utilização ou transformação de sua propriedade, fruto de seu trabalho.

Os valores utilizados na criação deste modelo de proteção dos direitos autorais – propriedade, indivíduo, trabalho... – são valores típicos do sistema liberal moderno que acabou por redundar nas codificações e que dá mais ênfase à propriedade do que à pessoa. O indivíduo é, dentro desta lógica, titular de direitos.

Esta visão só irá se alterar em meados do século XX, quando o horror de duas guerras mundiais deixou claro que o modelo positivista não seria suficiente para se tutelar o caráter humano do indivíduo. Passa-se, então, a buscar o que se convencionou chamar de repersonalização do direito civil.

Esta busca no âmbito jurídico demonstra que os valores centrais estavam (e ainda estão) se alterando. A propriedade não pode mais estar no centro de um ordenamento jurídico, devendo ser apenas instrumento para o desenvolvimento da pessoa.

Como fica, então, o direito autoral neste contexto de transição? Por certo que o autor deve ser remunerado por seu trabalho intelectual, mas o modelo exclusivista adotado hoje, ao invés de incentivar a criação, como diz o discurso tradicional do direito autoral, acaba por limitar a criação em um mundo interconectado, no qual o espectador também virou autor, dispensando a intermediação dos grandes conglomerados de comunicação que antes davam seu aval ao que devia ou não chegar ao público.

É preciso pensar um novo modelo para o direito autoral, adaptado à nova realidade da produção cultural e desligado de mitos protecionistas criados pelo mesmo mercado que tanto preza pelo liberalismo. Conforme ensina RAYA DE

BLAS, “no deja de parecerme curioso que sean estos hombres amantes de la libertad absoluta del mercado de súbito se tornen tan pródigos con los trabajadores científicos, artistas y similares postulando monopolios interminables. Tal proceder, desprendido incluso, provoca una razonable desconfianza llegando de quien llega.”¹⁵⁶

2. A construção do autor – Do coletivo ao individual

Com a invenção da tipografia em 1436 e depois da imprensa em 1440, ocorre uma verdadeira revolução no mercado editorial. O editor, titular exclusivo do direito de explorar comercialmente a publicação se vê neste momento ameaçado pela concorrência e se socorre do Estado, de quem obtém privilégios que lhe asseguram o monopólio contra quem tentasse se beneficiar do seu trabalho.¹⁵⁷

Por sua vez, o Estado, em especial o representado pelo *Ancien Régime* tinha enorme interesse em ter em suas mãos o poder de conceder tais privilégios aos seus aliados e, desta forma, ter a possibilidade de regulamentar a produção e difusão de ideias.¹⁵⁸

STAUT JÚNIOR vai então afirmar que havia um controle estatal sobre toda a cadeia de produção e consumo de conteúdo. Eram controlados pela burocracia real autores, editores, livreiros e leitores. Fazia-se uma rigorosa inspeção no texto para decidir se poderia ou não ser publicado e comercializado e aqueles editores que colaborassem com esta censura prévia recebiam em troca as vantagens do monopólio.¹⁵⁹

¹⁵⁶ RAYA DE BLAS, Carlos. La Revolución de los Sabios: Una alternativa a la propiedad intelectual. Disponível em: <<http://www.cibersociedad.net/archivo/articulo.php?art=224>>. Acesso em: 01 ago. 2012.

¹⁵⁷ ROCHA, Daniel da Silva. Direito de Autor. São Paulo: Ed. Irmãos Vitalle, 2001. p. 17.

¹⁵⁸ STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. Direitos autorais: entre as relações sociais e as relações jurídicas. Curitiba: Moinho do Verbo, 2006. p. 114-115.

¹⁵⁹ Ibid, p. 115-116.

Conflitos jurídicos ocorridos na França por conta de tais privilégios levaram a uma interessante discussão nos tribunais. Novos editores queriam entrar definitivamente no mercado e eram impedidos pelos privilégios dos já estabelecidos. Alguns juristas então, trabalhando na defesa de seus clientes editores escrevem:

O autor de um livro é dele o senhor e como tal pode livremente dispor sempre do mesmo, com se possuísse um escravo. A razão é que os homens, uns e outros, instintivamente reconhecem, mesmo em particular, ser senhores do que fazem, inventam e compõem.¹⁶⁰

E outro:

O autor cria e sua criação lhe pertence; é um bem de sua propriedade; seu direito é independente do privilégio do livreiro; ele é o senhor absoluto e, em consequência, dele pode dispor em favor de quem bem entender. Porque é o fruto do seu trabalho ligado à sua pessoa, do qual deve ter a liberdade de dispor a seu bel prazer, buscando, além das honorarias esperadas, um proveito que lhe assegure prover suas necessidades, e mesmo as das pessoas a que esteja unido pelos laços de sangue, da amizade e do reconhecimento. Consequentemente, o Rei não tendo nenhum direito durante a vida do autor ou representado por seus herdeiros e donatários, não pode transmiti-lo a ninguém, a favor de um privilégio, sem o consentimento daquele a quem sabe pertencer.¹⁶¹

A partir destes argumentos não se apresentam dificuldades para que se conclua que o movimento jurídico que ligou definitivamente a obra à pessoa do autor, ou seja, o movimento responsável pela subjetivação do direito de autor, não foi um movimento de autores, mas sim um movimento de editores para

¹⁶⁰ POILLET, Éugene. *Traité de propriété littéraire et artistique*. Paris, Librairie Général de Droit et Jurisprudence, 1908. p. 9-11. *apud* ROCHA. Op. cit. p. 17-18.

¹⁶¹ *Idem.*

quem seria interessante que a produção intelectual do autor fosse um bem, uma propriedade do autor sobre a qual imperaria sua vontade.

Esclarecedor neste sentido o que ensina STAUT JÚNIOR:

Nesse sentido, verifica-se que a livre manifestação do pensamento, direito ligado muito mais ao aspecto personalíssimo dos direitos autorais, pois expressa a liberdade de consciência do sujeito em relação ao Estado, vem servindo, em larga medida, para legitimar a apropriação da pessoa e de suas ideias pelo mercado e atinge patamares elevados nesse contexto de indústria cultural. O livre acesso à cultura e a liberdade de expressão, trazidos pelo novo sistema jurídico moderno, possibilitaram, também, a transformação das ideias em mercadorias, sendo que a forma escolhida para a sua obtenção, para seu acesso, deveria ser feita através da atividade de consumo.¹⁶²

É este o processo que inicia a conversão do conhecimento de bem comum para bem privado, apropriado por um indivíduo. Primeiro a apropriação do direito de divulgação do conhecimento pelos editores e depois a apropriação do próprio conhecimento pelos autores através de reivindicações de outros editores.

A ligação que se estabeleceu entre a obra e o sujeito que a criou é, certamente, o ponto chave do pensamento individualista moderno.

Este contexto é muito bem resumido nas palavras de BARTHES:

O autor é uma personagem moderna, produzida sem dúvida pela nossa sociedade, na medida em que, ao terminar a Idade Média, com o empirismo inglês, o racionalismo francês e a fé pessoal da Reforma, ela descobriu o prestígio pessoal do indivíduo, ou como se diz mais nobremente, da 'pessoa humana'. É, pois, lógico que, em matéria de literatura, tenha sido o positivismo, resumo e

¹⁶² STAUT JÚNIOR, S. S. Op. cit., p. 187-188.

desfecho da ideologia capitalista, a conceder a maior importância à 'pessoa' do autor. O autor reina ainda nos manuais de história literária, nas biografias de escritores, nas entrevistas das revistas, e na própria consciência dos literatos, preocupados em juntar, graças ao seu diário íntimo, a sua pessoa e a sua obra.¹⁶³

CARBONI relacionará o autor enquanto personagem histórico ao pensamento capitalista, o que resulta em um destaque para a relevância do que chama de "indivíduo-autor".¹⁶⁴

Conforme GEDIEL, "no contexto das transformações econômicas e sociais, ocorridas durante o processo de consolidação do capitalismo e dos Estados nacionais, a arte e as invenções tiveram seu valor econômico alterado e a crescente subjetivação dos direitos tornou possível que se lhes aplicasse o modelo de apropriação privada de bens"¹⁶⁵

Ensina-nos o Professor ASCENSÃO que outro fator relevante neste caso foi à conceituação do direito de autor como propriedade, que, segundo ele, sempre tem função ideológica e acabou por corroer a consciência dos limites do direito.¹⁶⁶

Importante observar que o produto autoral de que se fala, este que foi apropriado pelo indivíduo, nada mais é que reprodução do real, ou seja, uma apropriação de algo que já tem dono. "A produção do sujeito encontra assim a sua necessária limitação no próprio sujeito".¹⁶⁷

¹⁶³ BARTHES, Roland. A Morte do Autor. In O Rumor da Língua. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 65.

¹⁶⁴ CARBONI, Guilherme. Função Social do Direito de Autor. Curitiba: Juruá, 2006. pg 42.

¹⁶⁵ GEDIEL, José Antônio Peres. A formação do direito moderno e o corpo humano. In: _____. Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000. p. 34.

¹⁶⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. A função social do direito autoral e as limitações legais. In ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; _____ (Coords.). Direito da Propriedade Intelectual: Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes Curitiba: Juruá, 2005. p. 86.

¹⁶⁷ EDELMAN, Bernard. O Direito Captado pela Fotografia. Coimbra: Centelha, 1976. p. 51-52.

Este modelo, decorrente do surgimento de um mercado editorial, da briga entre editores com e sem privilégios de publicação e da posterior extinção dos privilégios com o fim do Antigo Regime destacará o conteúdo do “ter” em detrimento do “ser”¹⁶⁸ na relação autor-obra. O autor torna-se sujeito de direitos, o proprietário de suas ideias.

Note-se o fato de que antes de haver esta proteção capitalista ao autor-indivíduo, o conhecimento era patrimônio comum de todos os membros da sociedade. Conforme RAYA DE BLAS, “tradicionalmente el conocimiento se comparte y pertenece por derecho a todos y cada uno de los componentes de la sociedad, [...] Se han dado casos en algunas sociedades humanas en que alguno de sus miembros han ocultado conocimientos a sus congéneres, pero ha sido siempre con la intención de dominarlos y someterlos para sacar provecho particular de ello”¹⁶⁹. Ou seja, a repersonalização do direito autoral só poderia se efetivar ao se devolver da pessoa para a sociedade o direito sobre o conhecimento.

O exagero no prestígio ao autor-indivíduo fica claro quando se percebe que chegamos a um ponto tal em nosso mercado cultural que uma obra encontrará público cativo independente da qualidade de seu conteúdo, bastando para tanto o nome de um autor de expressão.

Se até pouco tempo atrás a discussão era sobre o forte viés patrimonialista que se impunha ao se tratar da produção intelectual do autor em um contexto liberal e individualista, os excessos deste processo levaram a uma patrimonialização da própria pessoa do autor, hoje transformado, ele também, em mercadoria disponível para toda a sorte de operações comerciais. O “ter” invadiu assim o último reduto do “ser”.

¹⁶⁸ Sobre o “ter” e o “ser”, recomenda-se PERLINGIERI, Pietro. Perfis de Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

¹⁶⁹ RAYA DE BLAS, Carlos. Op. cit.

3. A desconstrução do autor – Do individual ao coletivo

Assumindo-se então, a premissa de que ao aproximar o chamado direito de autor, ou seja, o direito de exploração exclusiva de um produto intelectual, do indivíduo acabou-se por legitimar uma apropriação (ou seria uma expropriação?) de algo que, via de regra, pertencia ao coletivo, à comunidade, deve-se então buscar o caminho de volta, a desconstrução do conceito tradicional de autor, mostrando que autora é a sociedade e que o proveito do que se produz em seu seio deve ser comum a todos que dela fazem parte.

Neste sentido, a primeira peça a ser desmontada é o mito de que a obra do autor está pronta e acabada quando o autor a entrega ao público quando, na verdade, o próprio público emprestará seus símbolos à obra e lhe dará significados infinitos.

Mallarmé, sem dúvida o primeiro, viu e previu em toda a sua amplitude a necessidade de pôr a própria linguagem no lugar daquele que até então se supunha ser o seu proprietário; para ele, como para nós, é a linguagem que fala, não é o autor; escrever é, através de uma impessoalidade prévia - impossível de alguma vez ser confundida com a objetividade castradora do romancista realista - atingir aquele ponto em que só a linguagem atua, “performa”, e não “eu”: toda a poética de Mallarmé consiste em suprimir o autor em proveito da escrita (o que é, como veremos, restituir o seu lugar ao leitor).¹⁷⁰

Quando BARTHES afirma que quem fala é a linguagem e não o autor, nos mostra que o indivíduo não é mais que um instrumento na produção de cultura e em outro trecho de “A morte do autor” vai apresentar a contribuição do surrealismo para esta necessária desconstrução.

¹⁷⁰ BARTHES, R. Op. cit. p. 67.

...ao confiar à mão a preocupação de escrever tão depressa quanto possível o que a própria cabeça ignora (era a escrita automática), ao aceitar o princípio e a experiência de uma escrita a vários, o Surrealismo contribuiu para dessacralizar a imagem do Autor. Enfim, de fora da própria literatura (a bem dizer, estas distinções tornam-se obsoletas), a linguística acaba de fornecer à destruição do Autor um instrumento analítico precioso, ao mostrar que a enunciação é inteiramente um processo vazio que funciona na perfeição sem precisar ser preenchido pela pessoa dos “interlocutores”; linguisticamente, o autor nunca é nada mais para além daquele que escreve, tal como *eu* não é senão aquele que diz eu.¹⁷¹

A partir destes dois elementos, a desimportância do autor e o antigo espectador assumindo seu papel como produtor de cultura, ignorando as antigas chancelas cerceadoras de quem detinha até então o poder de dizer que criação chegará ou não aos olhos e ouvidos do público (chancelas estas que contrariam quem diz que a política de privilégios durou apenas até a Revolução Francesa), chega-se à ideia de autoria colaborativa, da sociedade para a sociedade.

O caminho até esta nova revolução no ambiente cultural, provavelmente a maior desde as anteriormente citadas invenções da tipografia e da imprensa na primeira metade do século XV, passa, mais uma vez, por um aspecto relacionado ao (bom) uso de uma tecnologia. Neste sentido, ASCENSÃO: “O Direito de Autor sempre foi à superestrutura de uma tecnologia. Só se tornou possível com a imprensa; foi evoluindo ao sabor das transformações tecnológicas subsequentes.”¹⁷² Quase 500 anos depois, ao invés da imprensa, o suporte para a revolução é a internet e suas redes sociais.

¹⁷¹ Idem.

¹⁷² ASCENSÃO, J. O. Direito de autor e desenvolvimento tecnológico: controvérsias e estratégias. In Revista Forense, v. 374, ano 100, jul-ago Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 160.

Com o advento da internet 2.0 que permite ilimitadas opções de interação entre seus usuários, deixam de existir, ao menos na forma estática que outrora se pensava imutável, os papéis do autor e do espectador. Eles se fundem e se confundem. O espectador, passa a, além de absorver o conteúdo que acessou, discutir tal conteúdo por meio de fóruns e variados sites de relacionamento, misturar conteúdos de diferentes formatos, divulgar e redistribuir originais e seus derivados, enfim, produzir conteúdo verdadeiramente novo e que segue o mesmo destino de seus predecessores, sendo misturado ao caldo cultural para que se torne novo conteúdo.

Ambientes colaborativos são, por definição, ambientes de produção de bens culturais, muitas vezes informalmente, e esse desapego com relação às benesses que o “ser autor” pode trazer, tem criado uma legião de obras, desde a mais simples fotomontagem até belas canções inteiras, em que o interesse fundamental não é vincular o nome do autor ao bem produzido mas sim o simples fato de participar da produção em si. Observa-se então uma produção constante e infinita. Partindo desta nova lógica todos os trabalhos, todos os produtos culturais passam a ser considerados inacabados.

O que agora se observa de diferente é a velocidade sem precedentes com que o conteúdo é produzido, divulgado e compartilhado. Conforme JOSGRILBERG “a discussão sobre a produção social de conteúdo está diretamente relacionada à facilidade com que se produz, se reproduz e se transmite informação pelas redes de telecomunicações existentes”¹⁷³.

A característica mais importante deste processo coletivo de produção auxiliada pela forma como as pessoas interagem nas redes sociais e os softwares cada vez mais simples e intuitivos é a descentralização. Qualquer um pode criar bens culturais e divulgá-los em poucos minutos sem depender de

¹⁷³ JOSGRILBERG, F. B. Produção colaborativa em rede, direito autoral e a socialização do conhecimento nas universidades. In SATHLER, L.; _____.; AZEVEDO, A. B. (Org.). Educação à distância: uma trajetória colaborativa. São Bernardo do Campo: Editora Metodista, 2008, v. 1, p. 109.

nenhuma espécie de chancela¹⁷⁴. Esta necessidade de uma chancela foi, até pouquíssimo tempo atrás, o que separava os indivíduos que faziam dos que consumiam bens culturais.

A internet 2.0, em um primeiro momento, propiciou um incremento na interação entre produtor e consumidor de conteúdo. O consumidor de bens culturais podia dar uma resposta mais rápida sobre sua impressão a respeito do bem e, mais importante, esta resposta começou a chegar diretamente a quem interessa: o criador do bem.

Em uma segunda etapa a interação se intensifica: o consumidor percebe que quase não há diferenças entre o autor e ele e se apropria do espaço simbólico que não lhe pertencia, interferindo na produção de trabalhos de outras pessoas.

De todo este movimento, conclui-se que, independente da vontade do autor e de quem o leva ao público, a partir do momento em que o direito autoral é considerado equivalente à propriedade e que a propriedade, em nosso ordenamento jurídico, deve ser pautada por uma função social, há que se repensar o modelo de direito autoral de forma que a propriedade do conhecimento cumpra tal função.

4. Função social do direito de autor

Interessante iniciarmos esta seção do trabalho com uma lição do Professor Ascensão retirada da Bíblia¹⁷⁵:

A Bíblia, no Livro do Deuteronômio (24, 19 a 22) e noutros lugares, determinava que a colheita não fosse exaustiva; deveria deixar-se sempre alguma espiga ou bago, para que pudesse ser alimento do pobre ou do caminhante. Que justifica que no Direito de Autor se não faça assim? Que se

¹⁷⁴ WACHOWICZ, M. A Revolução Tecnológica da Informação: Os Valores Éticos para uma Efetiva Tutela Jurídica dos Bens Intelectuais In ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; _____. (coords.). Direito da Propriedade Intelectual. Curitiba: Juruá, 2005. p. 59-60.

¹⁷⁵ ASCENSÃO, J. O. A função social do direito autoral... p. 88.

proceda com tal ferocidade que torna este ramo cego à realidade circunstante e à satisfação de necessidades correntes da vida social?

Partindo-se da ideia de que o princípio da função social, inscrito pela Constituição da República de 1988, transforma a propriedade em uma “situação subjetiva complexa”, que impõe deveres ao seu titular em favor dos interesses não proprietários. A “configuração flexível” que lhe resulta desta noção, importa em negar tutela à propriedade que não cumpre com sua função social¹⁷⁶

Para CARBONI, “o direito de autor tem como função social a promoção do desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico, mediante a concessão de um direito exclusivo para a utilização e exploração de determinadas obras intelectuais por certo prazo, findo o qual, a obra cai em domínio público e pode ser utilizada livremente por qualquer pessoa.”¹⁷⁷

Além desta definição, o autor trará que não considera que o conteúdo da função social do direito de autor esteja todo ele expresso nas limitações e exceções da lei de direito autoral, devendo-se incluir também neste rol as limitações relativas à estrutura do direito de autor e as que dizem respeito ao seu exercício.¹⁷⁸

Tais limitações têm como finalidade harmonizar o direito autoral – e seu caráter proprietário, exclusivista – com outras disposições constitucionais como, por exemplo, o direito à educação. Ou seja, quando CARBONI fala que a função social do direito de autor visa corrigir distorções, excessos e abusos praticados por seu titular,¹⁷⁹ o que entendemos é que o próprio direito de autor, como é hoje definido, se aplicado sem levar em conta outras garantias

¹⁷⁶ TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. In: _____. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 279-282.

¹⁷⁷ CARBONI. G. Op. cit., p. 97.

¹⁷⁸ Idem.

¹⁷⁹ Ibid., p. 99.

fundamentais previstas na Constituição, já constitui distorção, excesso, abuso e, como tal deve ser tratado.

Já na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo XXVII, a proteção ao autor e o direito de acesso à cultura aparecem lado a lado, demonstrando que deve haver equilíbrio entre ambos. Mas muito mais ilustrativo é o texto do artigo 53 da Declaração de Princípios da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação¹⁸⁰:

A criação, a difusão e a preservação de conteúdo em vários idiomas e formatos devem ser consideradas altamente prioritárias na construção de uma sociedade da informação integradora, prestando-se particular atenção à diversidade do suprimento de obras criativas e ao devido reconhecimento dos direitos dos autores e artistas. É essencial promover a produção de conteúdos e a acessibilidade aos mesmos, seja com propósitos educativos, científicos ou com fins recreativos, em diferentes idiomas e formatos. A criação de conteúdo nacional que se ajuste às necessidades nacionais ou regionais fomentará o desenvolvimento socioeconômico e estimulará a participação de todas as partes interessadas, incluindo os habitantes de zonas rurais, distantes e marginais. (Grifo nosso)

Permita-nos o leitor um breve aparte para aproveitar a oportunidade, voltando à discussão sobre quem ou o que é o autor. Com o simples ato de grifar um trecho de um texto, como fiz acima, não estaria eu produzindo outro conhecimento baseado no original, mas que já não é mais aquele?

Agora sim, retomando, quando o referido diploma trata da essencialidade da promoção da produção de conteúdos e da acessibilidade aos mesmos para qualquer fim, está descrevendo de forma definitiva a que se refere à função social do direito de autor. A produção de conteúdos (preferencialmente de conteúdos que atendam as necessidades regionais) deve ser incentivada, o

¹⁸⁰ Ibid., p. 101-102.

que não significa de maneira alguma que a melhor maneira de incentivo seja entregar a alguém um monopólio sobre o conteúdo produzido. Por outra parte, todo esforço deve ser feito para se atingir um bem maior, o acesso da sociedade ao que, direta ou indiretamente, foi ela quem produziu.

Resta claro, então, que as limitações que aparecem em todo o ordenamento jurídico (e não apenas na lei de direito autoral) têm o condão de moldar um novo modelo de direito de autor, definitivamente calcado na pessoa e não no patrimônio.

5. Conclusão

Em um primeiro momento, pode causar estranheza que um autor vá dedicar seu tempo de trabalho a escrever contra garantias tão consolidadas aos seus interesses pessoais. A pergunta que resta é: tem o autor direito a sobrepor seus interesses pessoais aos da sociedade na qual vive, da sociedade que lhe formou?

A única resposta que nos parece honesta é não. O autor-herói, este ser especial dotado de características intelectuais únicas – devemos por acaso entender que o autor é mais “humano” que o restante da humanidade? – não existe.

Em um contexto pautado essencialmente pela facilidade e agilidade da comunicação, não só a comunicação de massa na qual alguns se expressam e muitos recebem, mas uma comunicação onde, de fato, todos podem se expressar sem depender da chancela que muitas das vezes decorre de uma análise puramente comercial do conteúdo produzido, a sociedade parece estar cada vez mais pronta a tomar seu lugar. A sociedade autora. Eis a ironia, para se pensar em uma repersonalização do direito de autor, para centrá-lo na pessoa, deve-se retirá-lo o mais possível das mãos do indivíduo.

De forma alguma se pretende que quem produza conteúdo/conhecimento não tenha o justo reconhecimento por seu trabalho, mas um novo modelo de direito de autor deve levar em conta duas coisas: a remuneração financeira não é a única forma de justo reconhecimento por um trabalho e o autor, enquanto trabalhador da mente deve ser remunerado por seu trabalho como qualquer outro trabalhador, ou será que um pedreiro (e seus herdeiros...) recebe alguma espécie de remuneração depois de concluído o trabalho na obra. Aos que se opõem a este argumento, entenderiam estes que o trabalhador intelectual é um ser de primeira categoria em detrimento dos trabalhadores braçais que seriam, então, seres de segunda categoria?

Quando, através de um estudo histórico, se percebe que não costumam ser os autores, mas sim as grandes corporações que negociam os direitos destes autores quem mais luta pelo caráter exclusivista e proprietário do direito autoral, torna-se fácil perceber que esta elevação do trabalhador intelectual a uma categoria superior e que deve ser protegida nada tem a ver com o conhecimento e a cultura que aparece em suas bandeiras.

Por conta de todo o contexto de repersonalização e constitucionalização do direito civil já está atrasada uma reforma, não da lei de direito autoral, mas de seu conteúdo, de seu modelo, para que se torne de fato um direito autoral ao invés de editorial.

6. Referências

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito de autor e desenvolvimento tecnológico: controvérsias e estratégias. In *Revista Forense*, v. 374, ano 100, jul-ago Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 151-169.

_____. A função social do direito autoral e as limitações legais. In ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; _____ (Coords.). *Direito da Propriedade Intelectual - Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes* Curitiba: Juruá, 2005. p. 85-111.

BARTHES, Roland. A Morte do Autor. In _____. *O Rumor da Língua*. Trad. Mario Laranjeira. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 65-70.

BRASIL, *Lei 9.610 de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm> Acesso em 01 ago. 2012.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em

- 01 ago. 2012.
- CARBONI, Guilherme. *Função Social do Direito de Autor*. Curitiba: Juruá, 2006.
- EDELMAN, Bernard. *O Direito Captado pela Fotografia*. Coimbra: Centelha, 1976.
- FOUCAULT, Michel. *O que é um Autor?* In: _____. *Ditos & Escritos III*. Trad. Inês Autran Dourado Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 264-298.
- GEDIEL, José Antônio Peres. A formação do direito moderno e o corpo humano. In: _____. *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.
- JOSGRILBERG, F. B. Produção colaborativa em rede, direito autoral e a socialização do conhecimento nas universidades. In SATHLER, L.; _____.; AZEVEDO, A. B. (Org.). *Educação à distância: uma trajetória colaborativa*. São Bernardo do Campo: Editora Metodista, 2008, v. 1.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Da “Obra Sem Autor” ao “Autor Sem Obra”: Cultura e Inclusão Tecnológica na Recomposição do Direito de Autor. In PRONER, Carol. & WACHOWICZ, Marcos. (Orgs.) *Inclusão tecnológica e direito à cultura: Movimentos rumo à sociedade democrática do conhecimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 261-282.
- RAYA DE BLAS, Carlos. 2006, *La Revolución de los Sabios: Una alternativa a la propiedad intelectual*. Disponível em: <<http://www.cibersociedad.net/archivo/articulo.php?art=224>>. Acesso em: 01 ago. 2012.
- ROCHA, Daniel da Silva. *Direito de Autor*. São Paulo: Ed. Irmãos Vitalle, 2001.
- STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *Direitos autorais: entre as relações sociais e as relações jurídicas*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2006.
- TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. In: _____. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 267-291.
- WACHOWICZ, Marcos. A Revolução Tecnológica da Informação - Os Valores Éticos para uma Efetiva Tutela Jurídica dos Bens Intelectuais In ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; _____ (Coords.). *Direito da Propriedade Intelectual - Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes* Curitiba: Juruá, 2005. p. 39-83.

**PORQUE O SABER SE TRANSFORMOU EM PROPRIEDADE?
UMA ANÁLISE DE SEU SURGIMENTO E DE SEUS REFLEXOS
NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL**

Thaís Carnieletto Muller*

Grace Kellen de Freitas Pellegrini**

Resumo:

O objetivo deste artigo é discutir o conhecimento pós-moderno. Para tanto, necessita refletir o saber, a produção científica, o avanço da sociedade capitalista no mundo do conhecimento e a transformação do saber em propriedade. Por fim, tece considerações acerca das políticas públicas como meio de concretização dos direitos fundamentais, desde que sua implementação seja feita em consonância com os dispositivos principiológico do texto constitucional. A condição pós-moderna, de Lyotard (2002) servirá de alicerce para esta discussão, amparada, ainda, pelas ideias de autores como Morin (2003), Harvey (2005), entre outros. Espera-se, com esta discussão, contribuir para a reflexão acerca da transformação do saber em propriedade intelectual implementada através de políticas públicas, permitindo não só

* Doutoranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul -UNISC. Atualmente é Coordenadora do Curso de Direito, membro do Escritório de Relações com o Mercado/NITT e professora de Propriedade Intelectual do Centro Universitário Univates. Tem experiência na área de Direito Civil, com ênfase em Direito Reais e Direito da Propriedade Intelectual, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos autorais, propriedade industrial e marca.

** Mestranda em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, bolsista CAPES-PROSUP, modalidade Tipo I. Advogada. Participante do grupo de estudos de Direito de Autor e do grupo de pesquisa Intersecções jurídicas entre o Público e Privado. Membro dos Grupo de Estudos em Direitos Autorais e Informação, da Universidade Federal de Santa Catarina. Integrante e pesquisadora do projeto “O Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo: um estudo comparado Brasil x Uruguai”, com apoio financeiro do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, CNPq., e-mail: gracef@mx2.unisc.br.

o estabelecimento da discussão, mas sua formação crítica, de modo a demonstrar que as políticas públicas de propriedade intelectual devem ser alicerçadas sob um viés que promova e fecunde na sociedade os valores expressos no texto constitucional, permitindo a consecução dos princípios previstos não só como objetivos gerais da sociedade, mas também contidos como premissas para a economia e livre iniciativa. Desse modo, após breve introito, o trabalho analisa em tópico específico o saber como força produtora. Posteriormente, em um segundo momento, a transformação do saber em propriedade. Para, ao final, tecer considerações acerca das políticas públicas de propriedade intelectual.

Palavras-chave: CONHECIMENTO; LEGITIMAÇÃO; PROPRIEDADE; POLÍTICAS PÚBLICAS.

Abstract:

The objective of this paper is to discuss the postmodern knowledge. To do so, needs to reflect the knowledge, the scientific, the advance of capitalist society in the world of knowledge and the transformation of knowledge into property. Finally, weaves considerations of public policy as a means of achieving fundamental rights, since its implementation is made in accordance with the provisions of the constitutional text principiológico. The postmodern condition, Lyotard (2002) will form the foundation for this discussion, supported also by the ideas of authors such as Morin (2003), Harvey (2005), among others. It is hoped this discussion, contribute to the reflection on the transformation of knowledge into intellectual property implemented through public policies, allowing not only the establishment of the discussion, but criticizes its formation in order to demonstrate that public policy intellectual property must be grounded in a bias that promotes and fruitful society the values expressed in the Constitution, allowing the achievement of the principles laid down not only as general goals of society, but also contained assumptions as to the economy and free enterprise. Thus, after a brief introito, the paper analyzes in specific topic knowledge as producing force. Later, in a second step, the transformation of knowledge into property. For in the end, make considerations about public policy on intellectual property.

Keywords: KNOWLEDGE; LEGITIMATION; PROPERTY, PUBLIC POLICY.

1. Introdução

O paradigma moderno concebe a ciência como a procura desinteressada do conhecimento/"verdade pura", defende o esmaecimento das visões totalizantes do conhecimento, que prescreviam padrões de verdades absolutas aceitas por toda a humanidade. Esse esmaecimento está diretamente relacionado com a instabilidade da ciência e com a incerteza humana.

Na pós-modernidade, rompe-se com o dogma científico reducionista e instiga-se a dúvida e a multidimensionalidade presentes no saber. Então, o saber científico se faz instável, como um jogo de verdades em movimento, e assim produz contingências, eis que a desconfiança dos padrões de verdades absolutas torna impossível a produção de um saber inquestionável, cujo fundamento seja aceito por todos.

Para compreender "O que é conhecimento?" e "O que é verdade?", é necessário entender o estatuto do saber científico e sua legitimação. Assim, a instabilidade que se molda gera alguns questionamentos relevantes: Como definir o que é ou não saber científico e, principalmente, quem poderá legitimar esse conceito? Passa-se a analisar essas inquietações no decorrer do trabalho.

2. O saber como força produtora

A discussão sobre o estatuto do saber científico e sua legitimação, evidencia a existência de um conjunto de conhecimentos que permite a uma autoridade no assunto (cientista, filósofo, sociólogo, juiz, professor universitário, entre outros) emitir juízos de verdade, justiça, moralidade, estética, etc.

Em um debate sobre o que é justiça, por exemplo, cada uma dessas pessoas (cientista, filósofo, sociólogo, juiz, professor universitário, etc.) interage na luta simbólica pelo monopólio da imposição da sua verdade, a partir do seu reconhecimento perante a sociedade (quem é; que cargo ocupa; qual o seu

grau de instrução...) e de estratégias que visam legitimar o seu discurso como “neutro” e “objetivo”. De acordo com Bordieu:

as estratégias discursivas dos diferentes actores, e em especial os efeitos retóricos que têm em vista produzir uma fachada de objectividade, dependerão das relações de forças simbólicas entre os campos e dos trunfos que a pertença a esses campos confere aos diferentes participantes ou, por outras palavras, dependerão dos interesses específicos e dos trunfos diferenciais que, nesta situação particular de luta simbólica pelo verdadeiro “neutro”, lhes são garantidos pela sua posição nos sistemas de relações invisíveis que se estabelecem entre os diferentes campos em que eles participam.¹⁸¹

Analisando o exemplo do debate sobre o que é justiça, tem-se uma progressão do mais comprometido: no caso, o juiz; ao menos comprometido: no caso, o professor universitário. O discurso do juiz será visto com desconfiança, eis que ele é “parte do Poder Judiciário”, e como tal produzirá um discurso interessado sobre o que é justiça; enquanto que o discurso do professor universitário (o mais descomprometido estruturalmente com o Poder Judiciário) seria o mais apto para discutir o que é justiça.

Se a discussão sobre o que é justiça envolvesse a aplicação de algum artigo de lei, em vez de outro, incluir-se-iam os sujeitos que pertencem ao “espaço jurisdicional”, tais como: legisladores, advogados, membros do ministério público e juízes (escalonados em grupos distintos, com poderes distintos, mas complementares entre si); esses sujeitos utilizariam vários recursos técnico-jurídicos (como armas simbólicas), para “revelar” a lei mais adequada e se chegar à justiça.

Conforme Bordieu, o vencedor da luta simbólica pelo monopólio da imposição da verdade será aquela “autoridade” que produzir um discurso mais “neutro” e “objetivo”, reconhecido como “pertinente” pelo grupo a que se dirige.

¹⁸¹ BORDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. Traduzido por Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil AS, 1989, p. 56.

Considerando-se que a política é um campo de lutas, pode-se afirmar que essa luta simbólica se manifesta na disputa dos diferentes grupos sociais pela imposição de seus “saberes” e para a defesa dos seus interesses.¹⁸²

Habermas, por exemplo, constata que a dinâmica social moderna apresenta riscos de uma “refeudalização” da sociedade, cujo indivíduo não é o ideal imaginado pelo liberalismo; pois os indivíduos estão formando grupos que defendem interesses particulares e conseguem impor sua “verdade” e influenciar as decisões políticas.¹⁸³

Logo, vencer essa luta significará legitimar o discurso sobre um determinado “saber” e impor princípios e valores sobre esse “saber” que repercutem, inclusive, em políticas públicas:

si se define la toma de decisiones como un proceso en el que se elige o selecciona determinada opción, entonces la noción de decisión implica un punto o una serie de puntos en el tiempo y el espacio que marca el modelo en el que los diseñadores de las políticas públicas asignan valores. (...) la toma de decisiones abarca la totalidad del ciclo de las políticas públicas; por ejemplo: las decisiones acerca de qué constituye un “problema” , qué información elegir, selección de estrategias para influir la agenda de las políticas, selección de opciones de políticas a considerar, selección de qué opción, selección de fines y medios, selección del método para evaluar las políticas.¹⁸⁴

Em outras palavras, a opção política pela legitimação do “científico” está atrelada ao poder que o saber confere (tanto como alicerce da ciência, quanto economicamente), como explica Japiassu:

¹⁸² BORDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. Traduzido por Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil AS, 1989.

¹⁸³ HABERMAS, Jürgen. Opinião pública e poder. In: COHN, Gabriel. Comunicação e indústria cultural. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1971.

¹⁸⁴ PARSONS, W. Políticas públicas: uma introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas. Traduzido por Atenea Aguillar. México: Flacso. Buenos Aires: Miño y Dávila, 1997, p. 273.

na realidade, todo processo científico, da pesquisa fundamental ao crescimento econômico, passando pela pesquisa aplicada ou de desenvolvimento, está intimamente vinculada ao poder que o saber científico confere.¹⁸⁵

Em função do poder inerente ao saber científico, a ciência acabou assumindo um papel relevante para as políticas públicas no desenvolvimento das forças produtoras do desenvolvimento econômico, e como explica Parsons:

El hombre económico toma decisiones a partir de la recopilación de toda la información necesaria, la comparación de información sobre diferentes opiniones y la elección de aquella que le permitirá alcanzar sus objetivos y satisfacer sus intereses.¹⁸⁶

Para Japiassu, a ciência passou a atuar como participante do processo de industrialização, contribuindo, organizando e racionalizando o seu processo de funcionamento e soberania política. Lyotard explica: “descobriu-se que a fonte de todas as fontes chama-se informação e que a ciência - assim como qualquer modalidade de conhecimento - nada mais é do que certo modo de organizar, estocar e distribuir certas informações”.¹⁸⁷ O autor denuncia o processo de industrialização do saber, ao afirmar que, atualmente, esse processo gera uma alienação em relação ao que se produz, deixando “de ser para si mesmo seu próprio fim; perde o seu ‘valor de uso’”.¹⁸⁸

¹⁸⁵ JAPIASSU, Hilton Ferreira. Introdução ao pensamento epistemológico. 7. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves Editora, 1992, p. 144.

¹⁸⁶ PARSONS, W. Políticas públicas: una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas. Traduzido por Atenea Aguillar. México: Flacso. Buenos Aires: Miño y Dávila, 1997, p. 300.

¹⁸⁷ LYOTARD, Jean-François. A condição Pós-Moderna. Traduzido por Ricardo Corrêa Barbosa. Posfácio: Silvano Santiago. 7. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2002, p. IX.

¹⁸⁸ LYOTARD, Jean-François. A condição Pós-Moderna. Traduzido por Ricardo Corrêa Barbosa. Posfácio: Silvano Santiago. 7. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2002, p. 5.

Atualmente, os cientistas de carreira são considerados, provavelmente, o mais valioso recurso “natural” dos países desenvolvidos; isto ocorre, porque a economia global estabelece-se no conhecimento e é dirigida pelo conhecimento, como demonstra Maldonado: “o acesso a uma ampla base de informações e conhecimentos científicos e tecnológicos, que se constituía numa vantagem no passado, tornou-se uma necessidade fundamental no presente”.¹⁸⁹

Essa tendência é evidenciada através da crescente articulação/cooperação entre agentes político-econômicos e instituições de pesquisas, eis que a produtividade/competitividade daqueles, depende da sua capacidade de transformar a informação em conhecimento científico. Para a Organização das Nações Unidas:

las revoluciones económica y tecnológica que se han producido durante los dos últimos siglos han incrementado las oportunidades de los países de incorporación tardía para poner en marcha un proceso de rápido crecimiento y desarrollo. No obstante, muchos países y comunidades no pudieran aprovechar dichas oportunidades, o se les impidió hacerlo. Al mismo tiempo, los beneficios económicos obtenidos por los “pioneros” han sido a menudo acumulativos, dando lugar a una modalidad de desarrollo económico mundial muy distinta, caracterizada por crecientes diferencias de ingresos, capacidad tecnológica...¹⁹⁰

Percebe-se uma nova dinâmica de valorização do saber científico, centrada no processo de industrialização do saber, que tem como consequência a concentração das informações científicas e tecnológicas nos países que ocupam uma posição privilegiada neste processo, e prescrevem os

¹⁸⁹ MALDONADO, José. Tecno-globalismo e Acesso ao Conhecimento. In: LASTRES, H. M. M.; ALBAGALI, S. Informação e globalização na era do conhecimento. Rio de Janeiro: Campus, 1999, p. 105.

¹⁹⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS [ONU]. Estudio Económico y Social mundial 2009: Promover el desarrollo, salvar el planeta. Nueva York: Naciones Unidas, 2010.

conjuntos de condições políticas e econômicas para que um país possa ingressar em determinados mercados e ter acesso a determinadas tecnologias.

Essas afirmações permitem dizer que, atualmente, o saber virou mercadoria! A pesquisa científica, para atender as novas necessidades econômicas, adquiriu a forma de produção em série, com a necessidade de resultados em curto prazo (o que faz com que as investigações sejam rasas, cujos pontos falhos podem ser descobertos com maior aprofundamento sobre as questões).

Por essa razão, os cientistas ficam limitados às exigências dos órgãos financiadores, donde se conclui que os cientistas passam a ajudar o capital a obter maior lucro, pois, como diz Lyotard, o saber é/será elemento fundamental na competição mundial pelo poder, numa espécie de “guerra intelectual” dos países.

Essa “guerra intelectual” já é percebida pela Organização das Nações Unidas:

a falta de una innovación y un aprendizaje constantes, la economía permanece anquilosada em métodos de producción que utilizan una tecnología menos avanzada y no consigue diversificarse hacia actividades más dinámicas. Habida cuenta de que el mayor conocimiento tecnológico a menudo se materializa em bienes de capital, un rápido ritmo de formación de capital y el progreso tecnológico son, com frecuencia, altamente complementários (Salter, 1969). Por conseguinte, se requiere una política macroeconómica favorable a las inversiones para fortalecer el desarrollo tecnológico.¹⁹¹

Por tal razão os países em processo de desenvolvimento estejam tão preocupados com esse novo fenômeno, pois para poderem avançar na competição mundial, será necessário um grande apoio político para fomentar a

¹⁹¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS [ONU]. Estudio Económico y Social mundial 2009: Promover el desarrollo, salvar el planeta. Nueva York: Naciones Unidas, 2010.

sua capacidade científica de inovação, e de desenvolvimento tecnológico, a partir de rede de políticas públicas que fomentem esse processo.

3. Transformando o saber em propriedade

Com essa inversão de valores, relacionados ao saber, com as exigências da economia industrial e, a partir do momento em que as novas tecnologias científicas (financiadas) passaram a permitir a reprodução em série de produtos a serem comercializados, cria-se uma nova categoria de direitos de propriedade que reconhece, além da propriedade sobre o produto; direitos exclusivos sobre a ideia de produção. Neste sentido, é a explicação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI:

la propiedad intelectual tiene que ver con la información o los conocimientos que pueden incorporarse en objetos tangibles, de los que se puede hacer un número ilimitado de ejemplares en todos los lugares del mundo. La propiedad no reside en dichos ejemplares, antes bien, en la información y conocimientos reflejados em los mismos.¹⁹²

Considerando-se o conceito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI, é possível afirmar que a Propriedade Intelectual está amparada na lógica capitalista de acumulação, que exige uma prática científica voltada para a especulação (criação de novos produtos, processos e tecnologias) lucrativa.

No mesmo sentido, é o conceito apresentado pela Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI):

¹⁹² ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL [OMPI]. PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL. Disponível em: <http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/es/intproperty/895/wipo_pub_895.pdf> Acesso em: 30 abr. 2012.

a propriedade intelectual abrange os direitos relativos às invenções em todos os campos da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, de comércio e de serviço, aos nomes e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal, às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas, intérpretes, às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, bem como os demais direitos relativos à atividade intelectual no campo industrial, científico, literário e artístico.¹⁹³

Para propiciar uma maior eficácia no planejamento/execução de políticas públicas de proteção, dividiu-se a matéria abordada na propriedade intelectual em dois grandes grupos, de acordo com o magistério de Pimentel:

as diversas produções da inteligência humana e alguns institutos afins são denominadas genericamente de propriedade imaterial ou intelectual, dividida em dois grandes grupos, no domínio das artes e das ciências: a propriedade literária, científica e artística, abrangendo os direitos relativos às produções intelectuais na literatura, ciência e artes; e no campo da indústria: a propriedade industrial, abrangendo os direitos que têm por objeto as invenções e os desenhos e modelos industriais, pertencentes ao campo industrial.¹⁹⁴

Em síntese, a propriedade intelectual compreende os seguintes ramos: o direito industrial (regulado pela Lei nº 9.279/1996) e o direito autoral (regulado pela Lei nº 9.610/1998); no primeiro ramo, as regras abrangem os bens industriais (patentes de invento, modelo de utilidade, desenho industrial, marcas, entre outros), enquanto no segundo, abrangem os direitos de autor de obras literárias, artísticas, científicas, os direitos de artistas, intérpretes e

¹⁹³ ABPI. O que é propriedade intelectual? Disponível em: <<http://www.abpi.org.br>>. Acesso em: 31 jul. 2012.

¹⁹⁴ PIMENTEL, Luiz Otávio. Direito Industrial: as Funções do Direito de Patentes. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 126.

executantes, produtores de fonograma e os organismos de radiodifusão, além dos direitos dos programadores de software.¹⁹⁵ Logo, a Propriedade Intelectual está vinculada à prática científica, voltada à materialização de ideias e realização de obras culturais e/ou industriais.

Cabe ressaltar que, juridicamente o termo "propriedade intelectual" se restringe aos tipos de propriedade que resultam das criações do espírito humano, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, com ou sem aplicação industrial e que resultam essencialmente da atividade privada do criador/inventor, como explica Farina:

toda exteriorización de un pensamiento puede ser considerada producto intelectual, pues es resultado de la actividad mental de su autor quien crea – mediante la aplicación de la inteligencia humana – ideas, conceptos y expresiones que adquieren realidad de por sí, y que generalmente se exteriorizan en la materia que le da sustento o en la que se plasma. Cuando estos productos intelectuales están protegidos por la tutela que les brinda la ley se convierten en propiedad intelectual o derecho intelectual.¹⁹⁶

Logo, a Propriedade Intelectual diz respeito a um direito pessoal, inerente ao ser humano, haja vista ser afeito a capacidade intelectual do autor/criador, voltada a suprir as necessidades culturais, ou o interesse social e o desenvolvimento industrial e tecnológico do país. Lendo-se o artigo 7 do TRIPs¹⁹⁷, confirma-se essa vinculação:

¹⁹⁵ Existem ainda, direitos *sui generis*, como os direitos de cultivares, topografia de circuitos integrados, etc.

¹⁹⁶ FARINA, Juan M. *Contratos Comerciales Modernos*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1997, p. 633.

¹⁹⁷ Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, de 15 de abril de 1994, incorporada na legislação brasileira pelo Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994.

a proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social e econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações.

Percebe-se que as produções da inteligência humana industrializaram-se ao se hiperespecializar, e acabaram tornado-se produtoras/produtos de uma dinâmica econômica que reflete o contexto histórico-social no qual está inserida. Descortinam-se déficits de legitimação, a partir de novas modalidades de apropriação da informação e do conhecimento, pois a informação é parcialmente privatizada (como no caso do *know how*¹⁹⁸, *trade secret*¹⁹⁹, etc.) e os direitos sobre as produções industriais são exclusivos (muito embora sejam temporários).

Em outras palavras, compreende as faculdades de, atuando nos limites estabelecidos pela lei, usar, gozar e dispor da coisa corpórea, além do direito reavê-lo de quem o detiver ou possuir injustamente. Logo, as políticas públicas de proteção da Propriedade Intelectual, são desenvolvidas (planejadas e programadas) de acordo com esse entendimento sobre “propriedade” e sobre “os direitos do proprietário”.

¹⁹⁸ Entendido por Barbosa como “o corpo de conhecimentos técnicos, relativamente originais e secretos, ou pelo menos escassos, que permitem, a quem os detenha, uma posição privilegiada no mercado”.

BARBOSA, Denis Borges. Conceito Jurídico de *Know how*. Disponível em <<http://denisbarbosa.addr.com/109.doc>>. Acesso em: 30 abr. 2012.

¹⁹⁹ Sherwood explica como “informações comerciais e industriais, que tenham valor comercial”. Essas informações, fornecem opções na escolha de planos de pesquisa, desenvolvimento e financiamento de inovações. SHERWOOD, Robert M. Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico. Traduzido por Heloísa Arruda Villela. São Paulo: Editora USP, 1992, p. 29.

4. O problema das políticas públicas sobre propriedade intelectual

O início da proteção da propriedade intelectual ocorre no século XIX, quando países estabeleceram a reciprocidade de tratamento protetivo.²⁰⁰ Obviamente que a reciprocidade de tratamento protetivo ocorria entre os países europeus que mantinham relações comerciais com o Reino Unido. Ressalta-se que, a maioria das proteções à propriedade intelectual, tanto no Reino Unido, quanto em outros países, eram privilégios de exclusividade outorgados pelo monarca.

A partir de 1880, surgem as primeiras convenções propondo um sistema extranacional como forma de harmonização do sistema de proteção da propriedade intelectual. No ano de 1873, na cidade de Viena, iniciou-se uma movimentação internacional na tentativa de harmonização dos diferentes sistemas jurídicos nacionais relativos à Propriedade Industrial, que culminou com a Convenção da União de Paris - CUP, de 1883, que originou o Sistema Internacional da Propriedade Industrial. Três anos depois, é realizada a Convenção de Berna com o mesmo objetivo, que tratou da proteção das obras literárias, artísticas e científicas, criando normas comuns para o Direito do Autor e seus direitos conexos.

Para gerir e aplicar os princípios estabelecidos nas convenções foram criadas duas “Uniãoes”: de Paris e de Berna; e dois órgãos centrais encarregados de aplicá-las: Bureau (Secretaria) Internacional da União Industrial (no ano de 1884), e Bureau (Secretaria) Internacional da União Literária, (no ano de 1888). Anos depois, esses dois Bureaus foram unificadas na chamada *Bureaux Internationaux Reunis pour la protection de la Propriété Intellectuelle - BIRPI*.

²⁰⁰ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva e TESCHE, Ana Bárbara Moreira. A proteção internacional à propriedade intelectual e os países em desenvolvimento. Disponível em: <<http://www.apdi.pt/pdf/Artigo%20-%20A%20PROTE%C3%87%C3%83O%20INTERNACIONAL%20%C3%80%20PROPRIIDADE%20INTELECTUAL.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2012.

A partir deste evento, começam a acontecer outros eventos que repercutiram diretamente na promoção e proteção da propriedade intelectual, como por exemplo: a assinatura (em Paris, no ano de 1948), da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que no art. XXVII, previa:

XXVII. 1. Todo homem tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios.

2. Todo homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

Analisando-se o artigo acima, pode-se afirmar que propriedade intelectual é o esforço dispendido pelo ser humano, voltado à materialização de ideias e realização de obras culturais e industriais, e que deve ser juridicamente protegido. Como explica Christmann,²⁰¹ esta Declaração reconheceu ao ser humano o direito de produzir riqueza a partir de suas idéias (se assim desejar), e garantir sua sobrevivência com trabalho e dignidade, garantiu, também, ao autor/inventor, a fruição dos resultados econômicos oriundos da sua obra.

Em 14 de julho de 1967, a “Convenção de Estocolmo” criou a então Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI²⁰²; cuja missão é promover a inovação e a criatividade a serviço do desenvolvimento econômico, social e cultural de todos os países, por meio de um sistema internacional de propriedade intelectual equilibrado e eficaz. Razão pela qual ficou como responsável pela gestão e aplicação das Convenções de Paris e de Berna no lugar da *Bureaux Internationaux Reunis pour la protection de la Propriété Intellectuelle* – BIRPI.

²⁰¹ CHRISTMANN, Damaris. As marcas e concorrência (des)leal: a proteção da Lei 9.279/96. 2006. 166 f. Monografia (Curso de Direito) - Centro Universitário Univates, Lajeado, 2009.

²⁰² Conhecida como *World Intellectual Property Organization* – WIPO

Em virtude da atuação da OMPI, da sua colaboração com os Estados membros e interessados, das suas análises econômicas e das propostas de soluções (para enfrentar os desafios mundiais) baseadas em Propriedade Intelectual é que a mesma possui, desde 1974, o *status* de Organismo Especializado da ONU.

Inobstante as tentativas de harmonização da OMPI, na década de 1980, os Estados Unidos exigiram uma mudança na proteção da Propriedade Intelectual e submeteram o tema na agenda do GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*). Durante a Rodada Uruguai, discutiram-se temas como a liberalização do comércio, e propriedade intelectual.

Em virtude das consequências advindas das negociações da Rodada Uruguai e das ameaças norte-americanas de aplicação das sanções previstas no *Trade Act*, foi aprovado o texto do *Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPS*²⁰³, que estabeleceu procedimentos para tornar eficazes suas normas, (como faz parte da Organização Mundial do Comércio, os países signatários sofrem as sanções impostas como solução de controvérsias).

Ao se analisar as tentativas de harmonização da proteção e o Regime Internacional de Propriedade Intelectual, especialmente as políticas públicas de proteção à Propriedade Intelectual, no Brasil, verifica-se que as mesmas dependem da diversificação da economia, dos princípios fundamentais que constituem o Estado (previstos na Constituição Federal), dos fundamentos/objetivos que norteiam a atuação do Estado, da implementação concreta de ações estatais e da avaliação do impacto dessas ações sobre a situação fática existente na realidade brasileira.

O texto constitucional procura proteger as criações do intelecto humano, sedimentando o assunto em dois dispositivos. A conotação de proteção dada a propriedade, no presente texto, está assentada no Código Civil, que não traz

²⁰³ Também conhecido como Acordo Relativo aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio – ADPIC

um conceito de propriedade, limitando-se a enumerar os poderes do proprietário, conforme exposto no artigo 1.228, que aduz: “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

O que se percebe do dispositivo supramencionado, é que, juridicamente, a relação entre a palavra propriedade (significante) e o conceito (significado), reflete a ideia de pertencimento de um DIREITO (propriedade do conhecimento produzido) a um SUJEITO ATIVO (titular dos poderes: *jus utendi*²⁰⁴, o *jus abutendi*²⁰⁵, o *jus fruendi*²⁰⁶ e a *reivindicatio*²⁰⁷), que submete a COISA (objeto do direito) e as outras pessoas, não titulares do direito (sujeitos passivos universais).

A complexidade deste direito está relacionada com as suas características de absolutismo (oponibilidade *erga omnes* – isto é, o poder de exercer o seu direito em face de todos), perpetuidade (assegura-se ao proprietário, que atende a função social da propriedade, a sua perpetuação como titular do objeto, e no caso de óbito, assegura-se a titularidade aos seus herdeiros), exclusividade (o *jus utendi*, o *jus abutendi*, o *jus fruendi* e a *reivindicatio* pertencem ao titular do direito), e por isso, o crescente interesse do mercado financeiro pela apropriação dos direitos relativos às produções intelectuais.

Para tentar diminuir essa ingerência do mercado financeiro, percebe-se na redação constitucional, o planejamento estratégico para a elaboração de ações públicas, tendo em vista o desenvolvimento tecnológico e econômico do país. Nesse processo político, os constituintes consideraram a propriedade como direito fundamental; e asseguraram privilégios aos autores e inventores, na

²⁰⁴ Faculdade de servir-se da coisa - materialmente ou juridicamente, de acordo com a sua destinação econômica.

²⁰⁵ Faculdade de alterar a substância da coisa materialmente (construção, alteração, destruição) ou juridicamente (alienação, oneração, etc).

²⁰⁶ Faculdade de explorar economicamente a coisa, extraindo frutos e produtos que a coisa é capaz de produzir.

²⁰⁷ Trata-se do elemento externo/jurídico da propriedade, que representa a pretensão do titular do direito subjetivo, de excluir terceiros que indevidamente estejam na posse da coisa.

medida em que suas obras atendam aos objetivos de cunho social e favorecem o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Essa estratégia de proteção à Propriedade Intelectual, voltada ao desenvolvimento industrial e tecnológico do Brasil, premia os autores e inventores com uma exclusividade artificial, que tem por propósito incentivar a invenção, recompensando-os com o monopólio econômico limitado a um determinado período de tempo, durante o qual ninguém pode usar, gozar ou dispor da criação/invento, sem a devida autorização do titular do direito.

Alerta-se que a Constituição não prevê alternativa à proteção das criações intelectuais e tecnológicas, mas a restrição à concorrência, através da exclusividade de utilização, como entende Barbosa.²⁰⁸ As normas constitucionais garantem ao titular das criações e invenções, a fruição econômica proveniente da utilização das suas obras, como forma de atender aos fundamentos da República Federativa do Brasil²⁰⁹, tornando eficazes os objetivos apregoados no artigo 3º²¹⁰ do texto constitucional, além dos princípios previstos no art. 170 da Constituição Federal:

Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

²⁰⁸ Barbosa, Denis Borges. Proteção das Marcas – uma perspectiva semiológica. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 189.

²⁰⁹ Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

²¹⁰ Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

Logo, as políticas públicas governamentais deverão ser desenvolvidas e implementadas considerando o conteúdo dos incisos II e III do art. 170 da CF, o que significa dizer que devem atender aos *fins sociais* aos quais a Constituição se dirige e às *exigências do bem comum*. Desse modo verifica-se o compromisso com a concretização dos princípios protetivos da propriedade intelectual pela Constituição.

Ao se analisar as políticas públicas torna-se imperioso que o indivíduo se desfaça de pré-conceitos, porque grande parte de seus críticos desconhece as suas características ou até mesmo a existência de etapas na sua efetivação. Além disso, deve-se lembrar de que inexiste um ator político neutro, bem como ao analisarem-se as políticas públicas, não é coerente vê-las dissuadidas da realidade social, as quais elas estão inseridas, ou longe do prisma constitucional, sob pena de realizar constatações equivocadas e distantes da visão geral da sociedade brasileira.²¹¹ O texto constitucional estabelece mudanças no Direito, estabelecendo modificações no campo das políticas públicas, a partir do ideal democrático e constitucionalista:

assim, no final dos anos 80 e nos anos 90, as propostas redefiniram, sendo enfatizadas – além das teses de descentralização e de participação – a necessidade de estabelecimento de prioridades de ação; a busca de novas formas de articulação com a sociedade civil e com o mercado, envolvendo a participação de ONG, da comunidade organizada e do setor privado na provisão de serviços públicos; e a introdução de novas formas de gestão nas organizações estatais, de forma a dotá-las de maior agilidade, eficiência, e efetividade superando a rigidez derivada da burocratização de procedimentos e da hierarquização excessiva dos processos decisórios. (grifo do autor).²¹²

²¹¹ SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. (Org.). Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. V. 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008. p. 2309 - 2310.

²¹² FARAH, Marta Ferreira Santos. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no nível

O pensamento democrático surgido com Constituição de 1988 amplia e altera o panorama estatal no Brasil, ampliando as políticas públicas e as aproximando dos principais componentes de uma sociedade – o Estado, mercado e a comunidade – aumentando as possibilidades de eficácia e de pluralidade de ações, tanto do poder público, quanto da sociedade civil, na busca de uma maior equidade social.²¹³

A partir de tais premissas, o Estado não será mais visto como um ente a ser temido, mas sim como aliado, junto à sociedade civil e o mercado, na construção de um país mais justo, o que corrobora o mencionado ao longo do texto acerca do pensamento constitucional, pois os direitos fundamentais passam a serem vistos como ferramentas na efetivação de direitos expressos no Texto Maior e em conformidade com os princípios erigidos por ele.²¹⁴

Assim, verifica-se que o Direito Autoral no Brasil deve ser analisado não somente com a necessidade de modificações legislativas,²¹⁵ para bem alcançar seus objetivos, mas também como a implementação de políticas públicas eficientes para bem se coadunar com os dispositivos constitucionais, efetivando, dessa forma, os direitos fundamentais e permitindo a proporcionalização dos interesses envolvidos nos debates autorais.

local de governo. RAP. Revista Brasileira de Administração Pública. Rio de Janeiro. v. 35. n. 1. 2001. [n.p.].

²¹³ ETZIONI, Amitai. La tercera via hacia una buena sociedad. Propuestas desde el comunitarismo. Madrid: Mínima Trotta, 2001. p. 17. “La buena sociedad es la que equilibra tres elementos que frecuentemente aparecen como incompatibles: el estado, el mercado y la comunidad. Ésta es la lógica que subyace en las afirmaciones anteriores. La buena sociedad no pretende eliminar estos elementos sino preservarlos adecuadamente nutridos, y restringidos”.

²¹⁴ Aprofunda o tema do público não-estatal o artigo de SCHMIDT, João Pedro. O novo estado, o público não estatal e as instituições comunitárias. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. (Org.). Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. V. 9. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009. p. 2784 - 2812.

²¹⁵ EPPLE, Cristiane; RIBEIRO, Felipe Dias. A função social do direito de autor. In: REIS, Jorge Renato dos; GORCZEWSKI, Clovis (org.). Constitucionalismo contemporâneo: debates acadêmicos. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 127. “Demais disso, as previsões de limitações são *numerus clausus*, ou seja, não admitem interpretação extensiva, o que contraria o princípio da função social do direito de autor. Tais limitações deveriam ser estabelecidas na forma de princípios gerais, que podem ser moldados pelo juiz no caso concreto, além de sobreviverem mais facilmente às mudanças sociais e tecnológicas”.

5. Conclusão

O artigo, ao dialogar o sentido do conhecimento, estabeleceu como abordagem inicial o estudo do saber científico e sua legitimidade, eis que a instabilidade em torno dessas premissas ainda é perceptível. Após analisou a questão do saber e sua transformação em propriedade, importante marco para os direitos intelectuais. Por fim, o estudo se deteve na abordagem das políticas públicas e o seu problema para a propriedade intelectual.

Sendo assim, observou-se no trabalho uma evolução da propriedade intelectual que resultou nas inquietações trazidas ao longo do último tópico, qual seja, a necessária adequação do saber, do conhecimento, da propriedade intelectual, com as ideias estatais, que refletirá na promoção e implementação de políticas públicas, a partir dos pressupostos constitucionais, no intuito de concretização dos direitos fundamentais.

A partir de tais premissas, os paradigmas dos direitos autorais devem ser relidos, para que haja uma maior possibilidade de satisfação jurídica, oportunizando a continuidade das políticas públicas para o desenvolvimento social, que devem ser implementadas no intuito de atender aos fins sociais e às exigências do bem como, definidos pela Constituição Federal brasileira, permitindo a concretização principiológica estabelecida para a propriedade intelectual não só no texto constitucional, mas em diplomas internacionais em que o país é signatário. Afinal, somente assim, o reconhecimento da propriedade intelectual será feito de modo a concretizar seus valores.

6. Referências

- ABPI. *O que é propriedade intelectual?* Disponível em: <<http://www.abpi.org.br>>. Acesso em: 31 jul. 2012.
- ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; TESCHE, Ana Bárbara Moreira. *A proteção internacional à propriedade intelectual e os países em desenvolvimento*. Disponível em <<http://www.apdi.pt/pdf/Artigo%20-%20A%20PROTE%C3%87%C3%83O%20INTERNACIONAL%20%C3%80%20PROPRIEDADE%20INTELECTUAL.pdf>>. Acesso em 24 jul. 2012.
- BASSO, Maristela. *Propriedade Intelectual na era pós-OMC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- BARBOSA, Denis Borges. *Conceito Jurídico de Know how*. Disponível em <<http://denisbarbosa.addr.com/109.doc>>. Acesso em 30 abr. 2012.
- BARBOSA, Denis Borges. *Proteção das Marcas – uma perspectiva semiológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução a propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.
- BORDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Traduzido por Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil AS, 1989.
- BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.403 de 10 de janeiro de 2002. Aprova o novo código civil brasileiro. Brasília, DF, 2002.
- BURKE, Peter. *Uma História Social do Conhecimento: de Gutenberg a Diderot*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
- EPPLE, Cristiane; RIBEIRO, Felipe Dias. A função social do direito de autor. In: REIS, Jorge Renato dos; GORCZEVSKI, Clovis (org.). *Constitucionalismo contemporâneo: debates acadêmicos*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010.
- ETZIONI, Amitai. *La tercera via hacia una buena sociedad: propuestas desde el comunitarismo*. Madrid: Mínima Trotta, 2001.
- CHRISTMANN, Damaris. *As marcas e concorrência (des)leal: a proteção da Lei 9.279/96*. 2006. 166 f. Monografia (Curso de Direito) - Centro Universitário Univates, Lajeado, 2009.
- FARAH, Marta Ferreira Santos. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no nível local de governo. RAP. *Revista Brasileira de Administração Pública*. Rio de Janeiro. v. 35. n. 1. 2001. [n.p.].
- FARINA, Juan M. *Contratos Comerciales Modernos*. 2.^a ed., uenos Aires: Editorial Astrea, 1997.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. Opinião pública e poder. In: COHN, Gabriel. *Comunicação e indústria cultural*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1971.
- HARVEY, David. *Condição Pós-Moderna: uma pesquisa sobre as Origens da Mudança Cultural*. Tradução: Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2005.
- INGLEHART, Ronald; WELZEL, Christian. *Modernização, mudança cultural e democracia: a sequência do desenvolvimento humano*. Traduzido por Hilda Maria Lemos Pantoja. São Paulo: Francis, 2009.
- JAGUARIBE, Roberto; BRANDELLI, Otávio. Propriedade Intelectual: espaços para os países em desenvolvimento. In: VILLARES, Fábio [Org.]. *Propriedade Intelectual: tensões entre o capital e a sociedade*. São Paulo: Paz e Terra, 2007.
- JAPIASSU, Hilton Ferreira. *Introdução ao pensamento epistemológico*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1992.
- LEMONS, André. *Cibercultura, tecnologia e vida social na cultura contemporânea*. Porto Alegre: Sulina, 2008.

- LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Direitos Reais à luz do Código Civil e do Direito Registral*. São Paulo: Método, 2004.
- LYOTARD, Jean-François. *A condição Pós-Moderna*. Traduzido por Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 2002.
- MALDONADO, José. Tecno-globalismo e Acesso ao Conhecimento. In: LASTRES, Helena M. M.; ALBAGALI, Sarita. (Org.). *Informação e globalização na era do conhecimento*. Rio de Janeiro: Campus, 1999.
- MORIN, Edgar. *A cabeça bem feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Traduzido por Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL [OMPI]. PRINCÍPIOS BÁSICOS DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL. Disponível em <http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/es/intproperty/895/wipo_pub_895.pdf>. Acesso em: 30 abr. de 2012.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS [ONU]. *Estudio Económico y Social mundial 2009: promover el desarrollo, salvar el planeta*. Nueva York: Naciones Unidas, 2010.
- PARSONS, W. *Políticas públicas: uma introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas*. Trad. Atenea Aguillar. México: Flacso. Buenos Aires: Miño y Dávila, 1997.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- PIMENTEL, Luiz Otávio. *Direito Industrial – As Funções do Direito de Patentes*. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- SHERWOOD, Robert M. *Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico*. Tradução Heloísa Arruda Villela. São Paulo: Editora USP, 1992.
- SCHMIDT, João Pedro. O novo estado, o público não estatal e as instituições comunitárias. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.
- _____. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- STRENGER, Irineu. *Marcas e Patentes*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

PARTE II

TEMAS DE DIREITO AUTORAL, ECONOMIA CRIATIVA E NOVAS TIC'S

TRANSFORMAÇÃO CRIATIVA NA SOCIEDADE INFORMACIONAL

Alexandre Pessler¹

Resumo:

A partir da análise de uma sentença do Tribunal Constitucional alemão versando sobre a reutilização de trechos de obras de terceiros numa obra autoral, são reunidos elementos constitutivos do conceito de “transformação criativa”: de um lado, há o autor que necessita da proteção contra a exploração desautorizada de suas obras. Do outro, há os interesses de outros autores, em criar e discutir arte num ambiente livre protegido de usurpações em termos de conteúdo ou limitados pela ameaça de repercussões financeiras. Numa situação na qual duas posições constitucionalmente protegidas (o direito de criar arte (liberdade de expressão) versus o direito de autor (análogo à proteção da propriedade)) estão em conflito, deve se proceder à análise ponderativa dos direitos em choque, tendo sempre como norte o interesse público. A própria obra, protegida pelo direito de autor, pode se tornar o ponto de partida para uma nova discussão artística; e tal integração social justificaria esta usurpação no direito autoral original. Este conceito – a transformação criativa – mantém sua presença de forma consistente na história da arte e da cultura, e seu valor é inerente para a criação artística. Também são traçadas distinções entre conceitos similares, como o plágio – conduta ilícita que atinge o núcleo mais profundo do direito autoral, qual seja, a própria paternidade da obra, para fazer crer aos leitores que quem a assina é seu verdadeiro autor; e a paródia, que consiste numa imitação burlesca ou satírica de determinada obra, utilizando a ironia e o deboche. Nos termos da legislação em vigor, “são livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito”. A paródia se diferencia da transformação criativa; enquanto esta vai utilizar elementos pré-existentes para criar uma obra nova que pode ou não referenciar a obra original,

¹ Mestre em Direito – CPGD/UFSC. Pesquisador do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Informação - GEDAI. pessler@gmail.com

aquela vai remeter necessariamente ao original, obtendo seu efeito artístico geralmente pelo uso humorístico dos elementos criativos. Finalmente, tais questões são visualizadas sobre o pano de fundo da sociedade informacional, com a digitalização de conteúdos e o conseqüente barateamento dos custos de produção e distribuição de obras artísticas, demonstrando a tensão existente entre os direitos autorais e a liberdade de expressão.

Palavras-chave: DIREITOS AUTORAIS, TRANSFORMAÇÃO CRIATIVA, PLÁGIO, PARÓDIA, LIBERDADE DE EXPRESSÃO.

Abstract:

Starting from the analysis of the German Constitutional Court decision about the reuse of portions of preexisting third parties works of art into a new work, we gather constitutive elements of the “creative transformation” concept: in one hand, there is the need for protection against the unauthorized exploration of works of art; on the other, the possibility to create and discuss art in a free environment, sheltered from usurpation in terms of content or limited by financial threats. In a situation in which there is a conflict between two constitutionally protected positions (the right to creat art (freedom of expression) against copyright (exclusive right, analogous to a property right)), it is necessary to proceed with a ponderative analysis of such said clashing rights, always bearing the interest of the public as a north. The copyrighted work itself, may become the starting point for a new artistic discussion; and such social integration would justify this usurpation on the original copyright. Such concept – creative transformation – is present throughout the history of art and culture, and has inherent value for artistic creation. We also draw distinctions between similar concepts such as plagiarism – wrongful conduct that affects the innermost core of copyright, that is, the actual authorship of the work, to make readers believe that the person signing is its real author; and parody, which is a burlesque or satirical imitation of a particular work, using irony and mockery. Under the brazilian legislation, paraphrases and parodies that are not true reproductions nor do they imply discredit of the original works are free. Parody differs from creative transformation; the latter will utilize pre-existing elements to create a new work that may or may not cite the original work, but parody will necessarily refer to the original, often getting their artistic effect by the use of humorous creative elements. Finally, these questions are visualized over the background of the informational society, with the digitization of contents and the consequent lowering of works of art production and distribution costs, demonstrating the existing tension between copyrights and freedom of expression.

Keywords: COPYRIGHT, CREATIVE TRANSFORMATION, PLAGIARISM, PARODY, FREEDOM OF EXPRESSION.

*Quem escreveu essa peça?
Foi Bertoldt Brecht.
Sim, mas quem escreveu essa peça?*

Kurt Tucholsky

1. Introdução

O centenário do nascimento do poeta e dramaturgo Bertoldt Brecht (1998) foi comemorado com montagens de suas peças, debates e publicações em várias partes do mundo². Brecht deixou um poema em que dizia que não seria necessária uma pedra tumular quando ele morresse, mas que, se fosse feita, ela deveria conter os seguintes escritos:

Ele fez sugestões

Nós as aceitamos

Provocativo e irreverente tal como Brecht, Heiner Müller (1929-1995), dramaturgo alemão que o sucedeu na direção do *Berliner Ensemble*, fez uma paródia destes versos em sua peça *Germania 3: Gespenster am Toten Mann*³, ou "Germania 3: Os espectros do morto-homem", composta e compilada entre 1990 e 1995 e publicada postumamente, uma colagem sobre a história alemã e mitos que o autor denominava de "fragmentos sintéticos"⁴:

VOZ DE BRECHT - Mas de mim eles vão dizer "Ele fez propostas, não as aceitamos. Por que é que havíamos de o fazer?". É isto que deve estar escrito na minha sepultura, e que os pássaros lhe caguem em cima e que as ervas cresçam no meu nome escrito na pedra. Por todos quero ser esquecido, um rastro na areia.

Müller estava exercendo o conceito brechtiano de *Kopien* ("cópia", em alemão), a prática de considerar textos de terceiros como material a ser utilizado, imitado, e reescrito. A respeito da própria obra de Brecht, Müller dizia que "usar Brecht sem o criticar é traição". Para Müller, a obra de outros

² FREITAS, Eduardo Luiz Viveiros de. Brecht: Teatro, estética e política. Disponível em http://www.apropucsp.org.br/revista/rcc01_r09.htm em 15/03/10

³ MÜLLER, Heinrich. *Germania 3. Gespenster am Toten Mann*; Verlag Kiepenheuer & Witsch, Köln, 1996

⁴ KALB, Jonathan. *Germania 3: Gespenster am toten Mann: Heiner Müller and the Art of Posthumous Provocation*. p. 49. in *New German Critique* 98, Vol. 33, No. 2. Duke University Press, Durham: 2006.

escritores e artistas não era vista como propriedade privada; deveria ser utilizada como matéria prima para seus próprios trabalhos. A obra de Müller no teatro marca o início de uma tradição de dramaturgia densamente poética baseada na lógica da associação, ao invés da narrativa “dramática” linear. Em *Hamletmachine*, por exemplo, tal estratégia permitiu que Müller intercambiasse passagens de Shakespeare, T.S. Eliot e Jean-Luc Godard com frases ditas por Susan Atkins, uma das assassinas da atriz Sharon Tate e membro da “Família Manson”, durante seu julgamento.

Tal enfoque meramente ecoa o próprio trabalho de Brecht; ele emprestava livremente de várias fontes, muitas vezes sem as devidas citações – entre elas de obras de François Villon e Rudyard Kipling – mas tais plágios indisfarçados normalmente se prestavam ao suporte de paródias afiadas. O dramaturgo assumia que usurpou para suas montagens certos elementos utilizados previamente por outros autores (como Karl Valentin), ressaltando os novos efeitos, objetivando uma melhor aplicação de suas teorias sobre o distanciamento em cena⁵.

Müller não foi o único autor a utilizar trechos da obra de Brecht em seus trabalhos; Millôr Fernandes, por exemplo, no momento em que concebeu o espetáculo "Liberdade, Liberdade" junto com Flávio Rangel, recheou o roteiro com textos de vários autores e personalidades da história humana (Brecht ao lado de Churchill, Shakespeare, Manuel Bandeira, Sócrates, entre outros)⁶.

Na peça *Germania 3*, com 75 páginas no original, Müller citou, dentro de um capítulo com 18 páginas, um total de aproximadas 04 páginas de textos de Bertoldt Brecht sem a autorização dos herdeiros. Tais citações foram feitas em itálico, com a devida referência ao final da obra. Nesta peça, coerentemente com seu posicionamento, Müller faz uma crítica a Brecht e tais citações foram utilizadas com este propósito. Os herdeiros de Brecht buscaram impedir

⁵ BATTISTELLA, Roseli Maria. O jovem Brecht e Karl Valentin: A cena cômica na república de Weimar. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade do Estado de Santa Catarina - Programa de Pós-Graduação em Teatro. p. 74. Florianópolis: 2007.

⁶ FERNANDES, Millôr; RANGEL, Flávio. Liberdade, Liberdade. Porto Alegre: L&PM Editores, 1977.

liminarmente a publicação da obra, argumentando que seu consentimento seria necessário para a publicação de tais citações.

A defesa argumentou que a lei permite citações de obras protegidas pelo direito autoral até o *limite necessário*. A questão de fundo (constitucional) era justamente a determinação de qual a extensão de tal liberdade⁷.

A lide chegou até a esfera de apreciação do Tribunal Constitucional alemão⁸. O Prof. Denis Borges Barbosa assim comenta a decisão, no que chama de um “julgado seminal”:

Contra os interesses dos herdeiros de Brecht, o Tribunal afirmou que, no caso especial de uma obra expressiva de grande importância cultural, e sem maior lesão patrimonial para os titulares de direitos da obra transformada, prevaleceria o interesse da nova criação.

O caso suscita a hipótese de uma licença de dependência autoral, pela qual o acréscimo crítico ou estritamente criativo não pudesse ser objeto de vedação, desde que garantidos os direitos patrimoniais.”

O Tribunal Constitucional alemão entendeu que, uma vez que a principal função do dispositivo legal que permite citações é manter o artista ao abrigo de usurpações públicas, ele protege atividades artísticas extensivamente. Apesar de seu amplo espectro, a liberdade artística não é absoluta e é, portanto, restringível. Por exemplo, outros direitos fundamentais como o direito à privacidade, ou ao exclusivo de direito autoral, podem confinar o exercício do direito da criação artística.

Por outro lado, estes direitos – privacidade e direito autoral – também não são absolutos. Mesmo se a Constituição (alemã) aloca – em princípio – o valor econômico dos direitos de autor para seu titular e proteja seus interesses, o

⁷ SCHNEIDER, Markus. The Balance Of Interests And Intellectual Property Laws – The European Approach, memorando, Março de 2002, p.06. Disponível em <http://denisbarbosa.addr.com/markus2.doc> em 15/03/10

⁸ Germania 3 - BVerfGE 825/98 em 29.06.2000.

legislador deve definir fronteiras de tais direitos para o benefício do público (*Sozialbindung*)⁹.

Numa situação na qual duas posições constitucionalmente protegidas (o direito de criar arte (liberdade de expressão) versus o direito de autor (análogo à proteção da propriedade)) estão em conflito, deve se proceder à análise ponderativa dos direitos em choque, tendo sempre como norte o interesse público.

O Tribunal Constitucional decidiu que com a publicação de uma obra, ela se torna parte do domínio público (no sentido amplo) e pode – em si mesma – se constituir num fator determinante em sua época e espaço social. A própria obra, protegida pelo direito de autor, pode se tornar o ponto de partida para uma nova discussão artística; e tal integração social justificaria esta usurpação no direito autoral original.

A gravidade e a extensão de tais usurpações, quando permitida, é determinada pela lei, a qual deve ser interpretada à luz do exclusivo do autor, mas sempre balanceando os interesses opostos. De um lado, há o autor que necessita da proteção contra a exploração desautorizada de suas obras. Do outro, há o interesses de outros autores, em criar e discutir arte num ambiente livre protegido de usurpações em termos de conteúdo ou limitados pela ameaça de repercussões financeiras.

Relativamente a tal equilíbrio, o Tribunal Constitucional decidiu que uma usurpação nos direitos autorais de determinado titular, que não traga consigo a existência do perigo de desvantagens econômicas consideráveis para tal titular, não supera os interesses do público em fazer uso (não autorizado) de obras protegidas pelo direito autoral, com o objetivo de permitir discussão artística num ambiente livre.

⁹ SCHNEIDER, Markus. The Balance Of Interests And Intellectual Property Laws – The European Approach, memorando, Março de 2002, p.07. Disponível em <http://denisbarbosa.addr.com/markus2.doc> em 15/03/10

Tal é o equilíbrio necessário de que nos fala ainda o Prof. Denis Borges Barbosa:

Existe, sim, e como pretensão efetiva, um direito à satisfação das promessas constitucionais de acesso à informação e aos bens culturais; à liberdade de expressão; de acesso à educação. Caso a exclusiva autoral seja construída e exercitada de forma que desrazoavelmente frustre tal promessa, ferirá a Constituição, e desse desequilíbrio nascerá, ainda que para um rol limitado de legitimados, a pretensão adjetiva de reequilíbrio.¹⁰

2. Transformação criativa

A decisão alemã representa um avanço do ponto de vista da liberdade de expressão, pois privilegia a transformação criativa, o mecanismo pelo qual a arte se apropria de trechos de artefatos culturais pré-existentes para instrumentalizar de forma determinante certas manifestações artísticas e sociais, democratizando e socializando as possibilidades de criação.

Tal conceito não é novo. Desde tempos imemoriais a humanidade tem se utilizado de tradições passadas para a construção do novo. Em 1872, um estudante de assiriologia (ciência que abrange o estudo dos povos da Mesopotâmia que praticavam a escrita cuneiforme) chamado George Smith, quando estudava a epopeia de Gilgamesh, viu-se diante da narrativa de um dilúvio da tradição sumeriana incorporado ao texto. Esta descoberta revelava que a grande inundação não era uma exclusividade da Bíblia, mas que fazia parte de uma literatura antecedente¹¹, tendo sido incorporada pela tradição judaica.

¹⁰ BARBOSA, Denis Borges. Domínio Público e Patrimônio Cultural. *in* Portal Ibero-americano de Gestión Cultural. Boletín GC: Gestión Cultural Nº 15: Derechos de autor y acceso a la cultura, noviembre de 2006, p. 16. Disponível em <http://www.gestioncultural.org/boletin/2006/bgc15-DBorges.pdf> em 15/03/10

¹¹ CAMPOS, Arnaldo. Breve história do livro. p. 31. Porto Alegre: Mercado Aberto / Instituto Estadual do Livro, 1994.

O fenômeno se repete ao longo da história; na Grécia clássica, as obras de Homero representam, de acordo com numerosas fontes, compilações da tradição oral de diversos autores. Há uma ligação direta entre “*Príamo e Thisbe*”, de Ovídio, “*Os Noivos*”, de Alessandro Manzoni, “*Romeu e Julieta*” de Shakespeare e “*West Side Story*” de Leonard Bernstein; Daniel Defoe, quando escreveu “*Robinson Crusoe*”, bebeu em diversas fontes da literatura portuguesa¹²; Vladimir Nabokov escreveu “*Lolita*” ecoando um enredo redigido quarenta anos antes dele pelo jornalista alemão Heinz Von Lichberg, e assim por diante. Exemplos ainda mais radicais incluem os experimentos literários dos surrealistas, retomados por William Burroughs com seu método de *cut-up*¹³, literalmente cortando textos de terceiros e remontando-os para que adquirissem novos significados.

De modo análogo, tal fenômeno não se restringiu ao campo da literatura. O surrealismo se notabilizou pela mudança de contextos de objetos tradicionais (é o caso de Marcel Duchamp e seus urinóis e rodas de bicicletas); academicamente, a Escola de Frankfurt teve em Adorno e Benjamin seus principais expoentes na discussão dos conceitos de *cópias versus originais*¹⁴, especialmente em suas referências ao cinema, e a *pop art* desenvolveu técnicas como a colagem e a repetição de figuras em série como formas de questionamentos sobre o significado da arte no mundo moderno.

¹² "In giving shape to *Robinson Crusoe*, the main character, Daniel Defoe must have sought his inspirations in a man who had once lived alone for many years on St Helena island and whose story had been recorded by three Portuguese writers, João de Barros, Fernão Lopes de Castanheda and Gaspar Correia.

Furthermore, as we progress through the book, we come across instances which resemble well-known episodes from *Os Lusíadas*, *A Peregrinação*, *O Esmeraldo de Situ Orbis*, *As Décadas da Ásia*, *Lendas da Índia* and other Portuguese texts of the fifteenth and sixteenth centuries." in FERREIA, Fernanda Durão. *The portuguese origins of Robinson Crusoe*. Lisboa: Lusitânia Press, s/d. p. 14

¹³ *Cut-up* é uma técnica ou gênero literária aleatório no qual um (ou múltiplos) textos são cortados em pequenas porções aleatórias, e rearranjadas para a criação de um novo texto. Usualmente, *cut-ups* são utilizados para oferecer uma alternativa não linear para a leitura e escrita tradicional.

¹⁴ "The presence of the original is the prerequisite to the concept of authenticity", in 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> em 15/03/10

Neste contexto, as técnicas musicais do sample, da colagem e da remixagem se destacam pela sua característica de utilização de “blocos sonoros” (tais como riffs de guitarra, linhas de baixo ou bateria) retirados de obras de terceiros e retrabalhados para a feitura de músicas originais e pesquisa de novas sonoridades. Gêneros musicais como o hip-hop ou a música eletrônica, de grande alcance e repercussão, se notabilizam pelo uso extensivo de tais técnicas – com resultados importantes e inovadores musical e artisticamente, mas que muitas vezes trouxeram consigo problemas de ordem legal e financeira para os artistas envolvidos¹⁵.

3. Plágio

É fundamental dizer que a transformação criativa não deve ser confundida com o plágio, “*copia en lo sustancial de obra ajena dándola como propia*”¹⁶. O plágio atinge o núcleo mais profundo do direito autoral, qual seja, a própria paternidade da obra¹⁷. O conceito clássico do plágio remete necessariamente à literatura. Consiste no ato ou efeito de copiar a obra literária criada por outra pessoa, para fazer crer aos leitores que quem a assina é seu verdadeiro autor; e é obra reproduzida mecanicamente, para ser difundida publicamente¹⁸.

O vernáculo plágio, através do latim *plagium*, provém do grego *plágios* ou *plágon*. Na origem, *plágios* tem o significado de oblíquo, transversal, tortuoso, ambíguo, astucioso e doloso. Posteriormente, no direito romano, *plagium*

¹⁵ PESSERL, Alexandre. Arte ilegal? Os tribunais e a cultura do *sample*. P. 415. In Estudos de direito de autor e interesse público: Anais do II Congresso de direito de autor e interesse público. Fundação Boiteux: Florianópolis, 2008.

¹⁶ *Diccionario de la Real Academia Española*. Disponível em <http://buscon.rae.es/drae/> em 15/03/10

¹⁷ A este respeito, é interessante registrar um corrente que identifica um conflito de fundo edipiano no estudo do plágio, para quem este corresponde (pela falsa paternidade) à posse (sexual) mediante fraude da figura materna. Ver LACK, R.-F. *La Littérature de Martial: plagiarism as figure in Sade, Lautrémont, Ouologuem and Sony Labou Tansi*. Romanic Review, 86 (4). pp. 681-696. USA: Columbia, 1995. ISSN 00358118.

Marcial versa o assunto de uma forma peculiar, mencionando a Avito que, tal como Fílino, que nunca dorme com a sua esposa, assume uma paternidade, assim Gaditano, que nunca escreveu nada, recebe, não obstante, o nome de poeta.

¹⁸ FERNANDEZ, Antonio Agúndez. *Estudio jurídico del plagio literario*. Colección Derecho y Creación. Granada: Comares, 2005.p. 52.

passou a significar sequestro, ocultação, doação, compra e venda de escravo alheio sem autorização do dono, bem como o ato consciente de manter em servidão homem livre¹⁹.

O plágio, assim como a própria transformação criativa, é fenômeno antigo. A origem da aplicação do termo na literatura é atribuída a Marcus Valerius Martialis (Marcial), poeta latino conhecido por seus “epigramas” de forte teor satírico e crítico, do primeiro século d. C. Lê-se que o poeta censurou Fidentinus por este recitar as suas palavras como se fossem dele próprio, comparando-o à pior coisa que podia – um ladrão de escravos (sequestrador), um “plagiário”²⁰. Da literatura, este conceito se estendeu para as outras áreas da criação artística, especialmente para a música; no Brasil, um dos casos mais famosos envolveu o cantor Roberto Carlos e a música “O Careta”, condenado por plágio da canção intitulada “Loucuras de Amor”, de autoria do compositor Sebastião Braga.

Também é importante citar o plágio acadêmico, frequentemente visto como forma de desonestidade intelectual. Com as atuais ferramentas de pesquisas digitais, porém, se tornam também mais comuns os casos em que o plágio é descoberto e seu propagador exposto, muitas vezes com sérias consequências para suas carreiras e descrédito para seu nome.

Também se verificam tais ocorrências em mercados específicos – por exemplo, nas traduções de livros. No Brasil, a tradutora e blogueira Denise Bottmann vem denunciando sistematicamente esta “prática de algumas editoras de se apropriar de traduções anteriormente publicadas por outras, trocando o nome do tradutor verdadeiro por outro, quase sempre forjado, fazendo alterações cosméticas e as apresentando como novas”²¹.

¹⁹ PRATA, Patricia. O caráter alusivo dos *Tristes* de Ovídio: uma leitura intertextual do livro I. Instituto de Estudos da Linguagem. Campinas: Unicamp, 2002. p. 14

²⁰ “*Commendo tibi, Quintiane, nostros - Nostros dicere si tamen libellos possum, quos recitat tuus poeta: - Si de seruitio grui queruntur, Adsertor venias satisque praestes Et, cum se dominum uocabit ille, Dicas esse meos manusque missos Hoc si terque queterque clamitaris Impones plagiario pudorem*” MARTIALIS, Marcus Valerius. Epigrama LIII, livro I. (grifo nosso)

²¹ BOTTMANN, Denise. Blog “Não Gosto de Plágio”, disponível em

4. Paródia

O plágio consiste em atividade reprovável e ilícita, pela usurpação da paternidade. O mesmo não se dá com a paródia, que consiste numa imitação burlesca ou satírica de determinada obra, utilizando a ironia e o deboche. Nos termos da legislação em vigor, “são livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito.”²²

A paródia se diferencia da transformação criativa; enquanto esta vai utilizar elementos pré-existentes para criar uma obra nova que pode ou não referenciar a obra original, aquela vai remeter necessariamente ao original, obtendo seu efeito artístico geralmente pelo uso humorístico dos elementos criativos.

A paródia não precisa ter finalidades não lucrativas, já que a lei não o exige para permiti-la. Na jurisprudência comparada, um dos casos mais importantes foi *Irving Berlin et al. v. E.C. Publications, Inc.*, que teve seu exame negado pela Suprema Corte norte-americana, mantendo a decisão de inferior instância.

Em 1961, um grupo de editores musicais representando compositores como Irving Berlin, Richard Rodgers e Cole Porter processou a revista “Mad” por infração a direitos autorais pela publicação da obra “*Sing Along With Mad*”, uma coletânea de paródias a letras de músicas populares. Os editores esperavam estabelecer um precedente no sentido de que seriam os únicos a deterem o direito de paródia. A decisão foi totalmente a favor do direito da revista em manter as paródias; ficou famoso o comentário do juiz Charles Metzner quando disse duvidar que mesmo um compositor tão eminente como Irving Berlin pudesse alegar ser proprietário do pentâmetro iâmbico...²³

<http://naogostodeplagio.blogspot.com/> em 25/03/10

²² Lei 9.610/98, art. 47.

²³ *Irving Berlin et al. v. E.C. Publications, Inc.*, 329 F. 2d 541 (2d Cir. 1964), disponível em http://cip.law.ucla.edu/cases/case_berlin_ec.html em 15/03/10

Também ficou famoso um processo envolvendo o quadro “*American Gothic*”, de Grant Wood. O quadro mostra um fazendeiro e sua filha em frente a um celeiro, e se tornou um ícone da pintura americana, gerando diversas imitações e paródias. Uma destas imagens foi uma paródia publicada pela revista adulta *Hustler*, que é uma cópia quase exata da obra, exceto em que a filha do fazendeiro está de *topless*. Ainda que tal imagem possa ser muito interessante, em 1978, Nan Wood Graham, irmã do pintor e modelo para a filha do fazendeiro, não gostou do resultado e processou a revista alegando infração de direitos de autor e difamação (*Nan Wood Graham vs. Hustler Magazine Inc.*). O tribunal deu ganho de causa para a revista, reforçando ainda mais o direito à paródia – o qual, repise-se, ainda que possua similitudes, não se confunde com a transformação criativa.

5. Internet e digitalização de conteúdos

A Internet trouxe consigo a virtualização da obra artística, a cópia digital, sem perda de qualidade. A fronteira entre a cópia e o original se dilui, já que tudo se restringe a *strings* de *bits*, sequências de zeros e uns. Logo, a lógica econômica não é mais aquela da escassez, mas sim a do compartilhamento: o custo de duplicação do artefato cultural cai exponencialmente, tendendo a zero – possibilitando, em tese, sua circulação de forma acentuada. Na mesma medida, caem também as possibilidades de fiscalização e controle das reproduções, já que muitas vezes tal se dá fora do âmbito comercial, de modo caseiro.

A desmaterialização do suporte traz profundas modificações no modo não apenas como os indivíduos se relacionam com tais artefatos culturais (e com a própria tecnologia), mas também apresenta forte impacto na dinâmica de transformação da sociedade de informação. Os postos de emprego estão evoluindo com rapidez - enquanto se extinguem setores inteiros de “atravessadores informacionais”, ao mesmo tempo são criadas novas funções e formas de negócio inéditas.

Em paralelo, a Internet traz o fenômeno denominado pelo Prof. Yochai Benkler de “*commons-based peer production*”, um novo modelo de produção econômica no qual a energia criativa de um grande número de pessoas é coordenado (normalmente pela própria rede) para a realização de projetos complexos e profundos, normalmente sem uma organização hierárquica tradicional ou compensação monetária. Ao mesmo tempo, a desmaterialização do suporte físico da obra de arte permite seu ingresso no que denomina como “economia interconectada da informação”, ao trabalhar os conceitos de “bens rivais” x “bens não rivais” (escassez e abundância)²⁴.

Tais fatores indicam uma situação de transição e conflito. Conforme o ensinamento do Prof. Miguel Reale em sua conhecida teoria tridimensional do direito, três são os elementos que devem ser considerados no entendimento de uma questão jurídica: fato, valor e norma. Trata-se de três aspectos de uma mesma realidade, unidos de maneira orgânica. Na medida em que se encontram envolvidas questões novas e complexas, a compreensão dos fatos e valores subjacentes é fundamental para o entendimento da realidade jurídica.

Nesse sentido, merecem destaque algumas questões pontuais, cuja regulamentação jurídica carece de melhor adequação diante do novo cenário tecnológico. Nota-se, em particular, que a Internet vem possibilitando e fomentando inúmeras formas novas de produção e difusão de conteúdos, as quais, por vezes, conflitam com o regramento jurídico em vigor. Essa dinâmica solicita análise mais aprofundada, sobretudo a partir de um enfoque da promoção do desenvolvimento – entendido não apenas como geração de riqueza, mas também no contexto de evolução sociocultural.

No que diz respeito à produção, o acesso às novas tecnologias vem permitindo que usuários situados em qualquer lugar do planeta produzam obras culturais – sejam elas textos, sons, imagens, ou obras audiovisuais – a custos significativamente baixos, e em padrões satisfatórios de qualidade.

²⁴ BENKLER, YOCHAI. *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, p.60. EUA: Yale University Press. 2006.

Nesse contexto, em muitos casos, a utilização das novas ferramentas e do acervo cultural conduz à recriação de obras já existentes, ou ao aproveitamento de obras de terceiros em processos criativos.

Ainda no plano produtivo, o acesso à rede mundial vem fomentando novas formas de interação criativa, fundadas na colaboração, nos moldes da citada “*commons-based peer production*”. Um exemplo claro dessa forma de produção é representada pelos modelos de produção de software livre, o qual conta com licenças que permitem alteração e redistribuição do código empregado nos programas de forma livre, por terceiros. Outro exemplo significativo são os projetos de construção colaborativa de conhecimento, tais como a Wikipédia (<http://www.wikipedia.org>).

No que tange à difusão de conteúdo, a emergência de novos canais de distribuição ao alcance dos usuários comuns aparece como um dos motores da revolução informacional em curso. Na Internet, qualquer um é não apenas receptor, mas um potencial emissor de informação.

Ficam para trás os sistemas de comunicação centralizados no poder do emissor, fundados na lógica do “*one-to-many*” (de um emissor para muitos receptores). Com a nova dinâmica, modelos “*many-to-many*” começam a proliferar. Tais modelos, que retratam a evolução da dinâmica informacional em nossa sociedade, também podem encontrar obstáculos na legislação vigente, sobretudo na medida em que a regulamentação atual impõe obrigações excessivas em relação ao uso e distribuição de conteúdos.

6. Conclusão

A tecnologia digital reacende o debate sobre as possibilidades artísticas decorrentes da reprodutibilidade técnica. A queda de preço dos equipamentos de informática, de suportes e de aparelhos eletrônicos democratiza o meio de produção artística, que se reflete na crescente participação popular nos processos de fabricação da cultura - remixes, mash-ups, blogs e tantos

exemplos, essencialmente periféricos e cujo denominador comum é a reciclagem de artefatos culturais. Tal fato também provoca a perda de identidade da originalidade (a “aura” da obra, no termo cunhado por Benjamin²⁵).

A facilidade de copiar, típica do mundo digital, opõe-se à legislação autoral vigente, que foi concebida para o mundo analógico, no qual a cópia depende da expressa previsão e autorização de seu titular. A tecnologia digital trouxe profundas alterações no conceito de autoria e nos processos de criação. A interatividade propiciada pelas obras digitais faz com que elas possam ser constantemente alteradas, não apenas pelo seu criador, mas também pelo usuário, que se torna coautor.

Além disso, tal facilidade de reprodução de obras digitais permite o desenvolvimento da chamada “autoria-montagem”, na qual o processo de criação é realizado mediante a colagem de trechos ou de partes de obras previamente criadas. Todos esses aspectos trazem grande impacto para os direitos morais de autor, cuja concepção está voltada para a defesa do artista individual, uma figura romântica de tradição Iluminista. Na prática, porém, resta claro que a grande beneficiária do direito autoral, nos dias de hoje, é a indústria do entretenimento e das comunicações, que defende a ampliação, muitas vezes de forma desmesurada, desses direitos, em detrimento dos direitos do público (e dos demais autores que desejam iniciar novas discussões artísticas ou estéticas a partir do repositório cultural comum).

Do ponto de vista do Direito positivo, tais práticas demandam a negociação de autorizações, na ausência de mecanismos claros que permitam automatizar ou justificar tais usos. Nesse caso específico, o Direito pode ser encontrado atuando como mecanismo de restrição ou mesmo ameaça a tais formas de expressão.

²⁵ 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 26/06/12.

Os tribunais têm começado a reconhecer que os direitos fundamentais de liberdade de expressão (tais como os dispostos no Art. 10 da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais²⁶) podem atuar como coarctadores externos ao âmbito dos direitos autorais.

As atividades *online* e na internet produzem fatos não previstos nos ordenamentos em vigor. Um regime de aplicação irrestrita dos direitos de autor, combinado com regras inflexíveis para estabelecimento de limites e exceções, podem produzir resultados perturbadores para as criações culturais e artísticas da humanidade.

7. Referências

- BATTISTELLA, Roseli Maria. *O jovem Brecht e Karl Valentin: A cena cômica na república de Weimar*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade do Estado de Santa Catarina - Programa de Pós-Graduação em Teatro. Florianópolis: 2007.
- BARBOSA, Denis Borges. *Domínio Público e Patrimônio Cultural*. in *Portal Ibero-americano de Gestión Cultural. Boletín GC: Gestión Cultural Nº 15: Derechos de autor y acceso a la cultura*, Nov/2006. Disponível em <http://www.gestioncultural.org/boletin/2006/bgc15-DBorges.pdf> em 15/03/10
- 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> em 15/03/10
- BENKLER, YOCHAI. *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, EUA: Yale University Press. 2006.
- BOTTMANN, Denise. *Blog "Não Gosto de Plágio"*, disponível em <http://naogostodeplagio.blogspot.com/> em 25/03/10
- CAMPOS, Arnaldo. *Breve história do livro*. Porto Alegre: Mercado Aberto / Instituto Estadual do Livro, 1994.
- Diccionario de la Real Academia Española*. Disponível em <http://buscon.rae.es/drae/> em 15/03/10
- FERNANDES, Millôr; RANGEL, Flávio. *Liberdade, Liberdade*. Porto Alegre: L&PM Editores, 1977.

²⁶ Artigo 10 - Liberdade de Expressão – Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou transmitir informações ou ideais sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.

O exercício destas liberdades, porquanto implica em deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

- FERNANDEZ, Antonio Agúndez. *Estudio jurídico del plagio literario*. Colección Derecho y Creación. Granada: Comares, 2005.
- FERREIA, Fernanda Durão. *The portuguese origins of Robinson Crusoe*. Lisboa: Lusitânia Press, s/d.
- FREITAS, Eduardo Luiz Viveiros de. *Brecht: Teatro, estética e política*. Disponível em http://www.apropucsp.org.br/revista/rcc01_r09.htm em 15/03/10
- Happy birthday Heiner Müller*. Editorial, Jornal The Local, 09/01/09 - disponível em www.thelocal.de/opinion/20090109-16655.html em 15/03/10
- KALB, Jonathan. *Germania 3: Gespenster am toten Mann: Heiner Müller and the Art of Posthumous Provocation*. in New German Critique 98, Vol. 33, No. 2. Duke University Press, Durham: 2006.
- LACK, R.-F. '*La Littérature de Martial*': plagiarism as figure in Sade, Lautréamont, Ouologuem and Sony Labou Tansi. *Romanic Review*, 86 (4). pp. 681-696. USA: Columbia, 1995. ISSN 00358118
- MARTIALIS, Marcus Valerius. *Epigrama LIII*, livro I.
- MÜLLER, Heinrich. *Germania 3. Gespenster am Toten Mann*; Verlag Kiepenheuer & Witsch, Köln, 1996.
- PRATA, Patricia. *O caráter alusivo dos Tristes de Ovídio: uma leitura intertextual do livro I*. Instituto de Estudos da Linguagem. Campinas: Unicamp, 2002.
- PESSERL, Alexandre. Arte ilegal? Os tribunais e a cultura do *sample*. In *Estudos de direito de autor e interesse público: Anais do II Congresso de direito de autor e interesse público*. Fundação Boiteux: Florianópolis, 2008.
- SCHNEIDER, Markus. *The Balance Of Interests And Intellectual Property Laws – The European Approach*, memorando, Março de 2002. Disponível em <http://denisbarbosa.addr.com/markus2.doc> em 15/03/10.

ECONOMIA CRIATIVA E DIREITO AUTORAL SOB A PERSPECTIVA DO COMÉRCIO INTERNACIONAL: CAPITAL X ESTADO

Amanda P. Coutinho de Cerqueira²⁷

Resumo:

A pesquisa parte da contextualização da chamada pós-modernidade. Utilizando-se de conceitos como sociedade da informação e capitalismo cognitivo, o trabalho enfatiza a tecnologia, a mundialização e a transversalidade da cultura e da criatividade na contemporaneidade. Surge o conceito de Economia Criativa como catalisador de alternativa do existente. A criatividade tida como bom negócio movimentada os debates internacionais e nacionais, colocando sob nova perspectiva a voracidade com que a questão dos direitos de propriedade intelectual é debatida. Em um mundo cada vez mais marcado pela superação das tradicionais dicotomias, o trabalho analisa o panorama contemporâneo da governança global e sua interrelação com o comércio internacional a partir do Acordo TRIPs – *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*. O foco neste tema será a distribuição equilibrada dos Direitos Autorais da informação e da cultura, a partir da perspectiva polissêmica e multifacetada de desenvolvimento.

Palavras-chave: ECONOMIA CRIATIVA. COMÉRCIO INTERNACIONAL. TRIPS. DIREITO AUTORAL. DESENVOLVIMENTO.

²⁷ Mestranda em Direito Econômico na Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Endereço eletrônico: praconversar@globomail.com | CV Plataforma Lattes: <http://tinyurl.com/3n4a724>

Abstract:

The research begins on contextualizing the so-called post-modernity. Using concepts such as information society and cognitive capitalism, the paper emphasizes technologization, globalization and the mainstreaming of culture and creativity in the contemporary society. There arises the concept of Creative Economy as a catalyst of alternative of the existent. Seeing creativity as good business moves the national and international debates and puts in a new light on the voracious manner on which the matter of intellectual property is discussed. In a world increasingly marked by the overcoming of traditional dichotomies, the word examines the contemporary landscape of global governance and its interrelationship with international trade from the paradigm of the TRIPS Agreement - Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. The focus on this theme will be the balanced distribution of the information and culture copyrights, from the development polysemic and multi-faceted perspective.

Keywords: CRATIVE ECONOMY. INTERNATIONAL TRADE. TRIPS. COPYRIGHT. DEVELOPMENT.

1. Introdução

Se o prefixo “pós” revela a tentativa de compreensão da configuração social, a pós-modernidade anda à solta. As derivações advindas das descobertas científicas aplicadas às ciências naturais avançam sobre o campo das ciências da sociedade e marcam a semântica aplicada pelos analistas dos fenômenos contemporâneos: sociedade em rede (Manuel Castells), terceira onda (Alvin Toffler), sociedade informática (Adam Schaff), sociedade amébrica (Kenichi Ohmae), aldeia global (Marshall McLuhan). Profusão das metáforas (uma realidade emergente ainda nebulosa para as ciências sociais): barateamento das análises? (ORTIZ, 2003) ou transformações quantitativas²⁸? Tudo aparece implícita ou explicitamente no conceito de globalização²⁹.

²⁸ A profusão das metáforas, por mais imprecisas que sejam, possuem pelo menos o mérito de reconhecer certa especificidade do momento histórico que se atravessa. No entanto, se toda metáfora é um relato figurado, o que se ganha em consciência perde-se em precisão conceitual (ORTIZ, 2003), de forma que o debate encontra-se profundamente comprometido no jogo da linguagem que caracteriza quase uma metalinguagem poética, metafórica e/ou simbólica, característico das *tags* ou *slogans*. Por isso que se, por um lado, o uso de termos metafóricos ajuda a mobilizar discussões a respeito da dimensão da contemporaneidade, por outro, corre-se o risco de reduções simplistas, no

A partir das transformações que se revela na dinâmica do sistema capitalista e da utilização dos recursos *high tech* do novo milênio, a sociedade é classificada como uma “sociedade da informação” em uma “era do conhecimento”. Modifica-se o paradigma clássico do capitalismo centrado no conteúdo material dos processos produtivos. O sistema de produção é amparado, sobretudo, na geração de conhecimento, no processamento de informações e na comunicação de símbolos. A economia de bens simbólicos sinaliza para o “capitalismo cognitivo”: isso significaria hipoteticamente a centralidade das dimensões imateriais de acumulação, a partir do valor agregado do intangível³⁰. Surge o conceito de Economia Criativa. Projeta-se a potencialidade econômica do setor. Os saldos positivos na balança comercial colocam em pauta as questões que envolvem os direitos de propriedade intelectual.

As transformações nas tecnologias de comunicação e informação desenvolvem teorias de novos paradigmas. São eixos de reflexões que exigem novos instrumentos de análise. São as reflexões de Jean-François Lyotard, Ladislau Dowbor, Lawrence Lessing, Jeremy Rifkin, Manuel Castells – alguns eixos teóricos. Há uma mudança na base-midiático-tecnológica de produção, distribuição e consumo de bens culturais e criativos, tornando os intermediários dispensáveis e potencializando o compartilhamento de conteúdos. Mundialização dos meios: pluralismo. Está instalada a provocação catalisadora dos debates nacionais e internacionais atuais: a distribuição “equilibrada” dos direitos de informação e da cultura.

melhor estilo “antes” e “depois”, em prejuízo do enfoque dialético – mais atento às rupturas e continuidades operadas na complexidade social.

²⁹ Neste trabalho, o termo globalização é utilizado para caracterizar a mudança dos modelos de produção que caracterizam o estágio recente do capitalismo, no qual, em um mercado cada vez mais mundializado e sob a predominância do capital financeiro, as novas tecnologias de informação e as políticas internacionais são assumidas como eixos decisivos.

³⁰ Cabe registrar o crescente papel de componentes simbólicos na determinação do valor da mercadoria, mesmo sob o formato de bens materiais – hoje um automóvel, por exemplo, importa o design, a marca e outros elementos simbólicos que agregam distinção e prestígio ao produto. Essa transformação atribui nova forma ao padrão geral de consumo e a maneira que os serviços e produtos culturais são criados e comercializados.

E “onde vai dar o caos”? Qual a significação das categorias? Há categorias? Há consensos sob as categorias? Embora se observe a proeminência dos discursos institucionais, o funcionamento dos mercados depende, cada vez mais, das restrições normativas manifestadas através de regras transnacionais, hoje conhecidas usualmente como *global market governance* (PETERSMANN, 2010). Há mesmo um adensamento da normatividade internacional e a profusão das novas formas regulatórias. É o que se observa no consenso internacional traduzido nas regras de comércio do recente Acordo Relativo aos Aspectos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (*Trade Relates Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPs*).

A partir das premissas teóricas salientadas, este trabalho pretende analisar o Acordo TRIPs, especificamente a secção sobre o Direito do Autor, a fim de discutir as práticas de governança global em sua relação com um dos principais temas da agenda internacional contemporânea – a Economia Criativa -, tentando inferir a tensão capital x Estado e a possibilidade dos mecanismos jurídicos na obtenção da mescla ideal entre direitos culturais e criativos e direitos de mercado.

2. Economia criativa e propriedade intelectual – desterritorialização da discussão?

Se a atitude “antieconômica” e essencialista – que apontava para a distinção adorniana entre cultura e mundo da produção material – já fez parte da noção de cultura, seu modo de funcionamento contemporâneo se caracteriza pelo predomínio do “comercial”, como elemento de crescimento econômico. Enquanto serviço ofertado no mercado global, a “economização” da cultura tem demandado a atenção de instituições governamentais, agências

internacionais, bancos de desenvolvimento e organizações não-governamentais³¹.

Chin-Tao Wu (2006, p. 42) explica a atualidade da convicção crescente quanto à universalidade e à valorização da cultura através da dinâmica que procura encontrar territórios e consumidores potenciais do excedente de imagens e de artefatos gerados por sociedades centrais e unitárias. Partindo dessa premissa, a autora investiga a privatização da arte e da cultura, desde a intervenção corporativa de 1980 na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos – modelos atuais da gestão neoliberal da cultura e da criatividade.

Com efeito, embora o conceito de indústrias criativas tenha suas origens na política de “Nação Criativa” da Austrália, proposta em 1994, a associação entre potencial criativo e geração de direitos autorais levou o governo britânico a dar importância ao tema. Em 1997, Tony Blair criou a Força-Tarefa das Indústrias Criativas³².

A partir da importância da propriedade intelectual, ao longo da década seguinte, o exemplo do Reino Unido tornou-se paradigmático principalmente por: contextualizar programa de indústrias criativas como resposta a um quadro socioeconômico global em transformação; privilegiar os setores de maior vantagem competitiva para o país e reordenar as prioridades públicas para fomentá-los; divulgar estatísticas reveladoras das indústrias criativas; e reconhecer o potencial da produção criativa para projetar a nova imagem do

³¹ A propósito, Adorno (2002) é elucidativo quanto à mercantilização da cultura na passagem da modernidade para o mundo contemporâneo, intimamente ligada ao desenvolvimento do capitalismo e a chamada indústria cultural. Debord (2011), por sua vez, contextualiza a temática com suas reflexões sobre a sociedade do espetáculo, no momento em que a mercadoria chega à ocupação total da vida social. A cultura torna-se a mercadoria vedete da sociedade espetacular e desempenha forte papel econômico através da geração de propriedade intelectual.

³² Um dos primeiros trabalhos da força-tarefa britânica foi moldar a definição de indústrias criativas. Identificados 13 setores (propaganda, arquitetura, mercados de arte e antiguidades, artesanato, design, moda, filme e vídeo, software de lazer, artes performáticas, edição, jogos computador, televisão e rádio), as indústrias criativas foram entendidas como “aquelas que têm sua origem na criatividade, habilidade e talento individuais e que têm potencial para a criação de renda e empregos por meio da geração e exportação da propriedade intelectual” (DCMS, 2011).

país, interna e externamente, sob os slogans “*Creative Britain*” e “*Cool Britain*” (diplomacia cultural).

De fato, junto à dinâmica neoliberal na área cultural, observa-se a expansão discursiva do setor como “fator de desenvolvimento”. Organizações internacionais multilaterais do porte das agências que compõem o Sistema das Nações Unidas – principalmente a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD), o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) – têm elaborado documentos, acionado programas, reunido estatísticas e organizado eventos que apontam para a incorporação da cultura e da criatividade à suas estratégias político-institucionais³³.

A aproximação entre direitos autorais nos produtos culturais e criativos e desenvolvimento tem como principal protagonista o Banco Mundial (BM). Por um lado, a conferência sobre cultura e desenvolvimento celebrada na África em 1992, e, por outro, a conferência que o BM celebrou junto a UNESCO: *Culture Counts – Financing, Resources, and the Economics of Culture in Sustainable Development*. Percebe-se que a imbricação da cultura e desenvolvimento se dá através da geração de propriedade intelectual, embora isso não se dê sem contradições e sofisticação discursiva, já que, de forma geral, todos os discursos institucionais, ao mesmo tempo em que garantem o direito autoral, orientam as políticas culturais para o processo de democratização de acesso aos bens que materializariam o direito à cultura.

Mesmo que ainda se vislumbrem alguns níveis de complexidade conceitual, a Economia Criativa representa um número extremamente dinâmico da economia contemporânea mundial. Conforme demonstra a pesquisa da UNCTAD (2011), o impacto econômico da indústria criativa no mundo foi

³³Em 2001 as iniciativas em torno do assunto estiveram em posição destacada na Conferência das Nações Unidas sobre os Países Menos Avançados. Nesse encontro, os 50 países representativos das economias frágeis do mundo acataram a constituição de programa de fomento que reconhece o recurso criativo como reserva estratégica para um modelo sustentável de desenvolvimento.

bastante importante nos últimos anos, uma vez que cresceu em média, 1995 e 2006, o dobro (6%) da economia geral (3%). No período de 2000 a 2005, a comercialização de bens e serviços criativos aumentou 8,7% ao ano, e a exportação de produtos criativos aumentou 8,8% por ano³⁴.

Em termos econômicos, a criatividade representa hoje combustível não só renovável, como seu estoque aumenta com o uso, visto que a “concorrência” criativa, em vez de saturar o mercado, atrai e estimula a atuação de novos produtores. Tampouco é necessário realizar investimentos vultosos para iniciar ou expandir a maioria dos empreendimentos criativos, que adotam modelos de negócio com processos mais eficientes. Aliás, um dos grandes trunfos da economia criativa para a inclusão socioeconômica é o fato de possibilitar a promoção das micro e pequenas empresas, imprimindo competitividade mais ou menos assimétrica, agilidade e capilaridade a toda economia, afirmam os entusiastas. A propriedade da logística e distribuição eficiente, que eram diferenciais decisivos para validar as empresas, ficou minimizada com a distribuição online e em tempo real, com o uso da tecnologia que se torna cada vez mais acessível e barata.

Mas a partir de qual perspectiva a Economia Criativa pode ser encarada como base estratégica de desenvolvimento (socioeconômico, cultural e sustentável)? Ao refletir sobre a propriedade intelectual – gênero -, este trabalho situa o Direito Autoral – espécie – propriamente no que toca as obras literárias e artísticas no contexto da Economia Criativa. O Direito Autoral surge como monopólio por tempo limitado de direitos concedidos ao autor/criador. O tempo deveria ser o suficiente para gratificar o autor, mas não tão longo a ponto de prejudicar o interesse público. Não por acaso, cria-se uma batalha ideológica e econômica em torno do direito do acesso ao conhecimento, à cultura e à criatividade.

³⁴ Nos países mais avançados, as indústrias criativas estão liderando o crescimento econômico, o emprego e o comércio. Na Europa, a economia criativa cresce 12% mais rapidamente que a economia total. No Reino Unido, as indústrias criativas representam 8% da renda nacional (UNCTAD, 2011).

A base de discussão sobre o direito do autor refere-se ao conceito de propriedade. Um assunto espinhoso. A tradicional forma de reconhecer os direitos de propriedade intelectual é aquela presa aos arcabouços patrimonialistas que afetam tanto os bens tangíveis quanto os bens intangíveis. E então, a lógica da escassez controlada é aplicada aos bens culturais: a cultura só se transforma em preço quando esta atividade é impedida de difundir-se. Quanto mais indisponível um bem, mais adquire valor para quem os controla. E foi assim até a internet embarçar as coisas e tornar a escassez muito mais complicada. Afinal a internet foi criada para compartilhar – e agora? A lógica da economia das ideias é inversa: a ideia ganha mais valor à medida que é partilhada. E isso porque os bens culturais são bem não-rivais. Ou seja, ao contrário da propriedade tradicional, o uso de uma pessoa não exclui o uso de outros. Em outros termos: uma ideia partilhada por duas pessoas dá duas ideias.

Sobre como as mudanças tecnológicas influenciaram as práticas sociais de produção de conhecimento, criando novas oportunidades para a produção e a troca de informações e cultura, necessárias são as reflexões de Castells (2010), sobre a sociedade em rede; Rifkin (2005), sobre a era do acesso; André Gorz (2005), sobre a revisão dos próprios meios de produção. Com a tecnologização da comunicação e da cultura tem-se o aparecimento da intitulada cultura midiaticizada com a explosão das redes informáticas e todo o conjunto de *ciberculturas* que hoje passam a ambientar a sociabilidade. (LÉVY, 1999)

No sistema de distribuição convencional o autor tem de recorrer a um editor. É este quem possui os meios de fixar a criação em suportes para a sua distribuição e logística. Em geral, a transferência de direitos é exclusiva. Sem concorrência na produção, cabe somente ao editor fixar o preço a ser cobrado. Daí a sensação dos consumidores de que há alguma coisa de errada com os preços finais. Isso permite também que o editor simplesmente deixe de produzir a obra, ao mesmo tempo em que também impede outros de fazê-lo.

Mas as tecnologias digitais (principalmente as redes P2P e a web 2.0) transformam o intermediário entre o autor e o público uma figura praticamente dispensável. Criador e público passam a ter a possibilidade de uma relação direta.

O que se está vivendo, nesse momento, parece ser um embate entre dois modelos: o modelo tradicional e o modelo novo, digital, no qual os intermediários são menos importantes. Ao Direito Autoral, enquanto instrumento jurídico que limitaria o acesso, cabe uma posição de equilíbrio, em uma realidade onde ele não é mais o elemento estruturante da indústria cultural.

Jean-François Lyotard (1999) teoriza sobre mudanças das operações de aquisição, classificação, possibilidade de disposição e de exportação do conhecimento na sociedade pós-moderna. As suas reflexões convergem para a seguinte premissa: a questão do saber na era da informática é mais que nunca uma questão de governo. De forma mais específica, Ladislau Dowbor (2008) reflete sobre a propriedade intelectual na economia do conhecimento e importantes são os seus questionamentos acerca do tema: a propriedade intelectual não tem limites? Lawrence Lessing (2006) elucida o desafio maior que hoje deve ser enfrentando: a gestão da informação e do conhecimento e a distribuição dos direitos.

No que tange aos instrumentos internacionais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, dispõe no seu artigo 22 que todo ser humano deve ter assegurado os direitos culturais, considerados indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade. Já o artigo 27 enfatiza o direito das pessoas de participar e fruir dos benefícios da cultura, ao dispor que todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade e ter acesso às artes e ao progresso científico³⁵.

³⁵ Outros instrumentos internacionais se sucederam. Em 1966 foi concluída a elaboração do Pacto Internacional dos Direitos econômicos, sociais e culturais, prevendo obrigações legais para os Estados-partes no caso de descumprimento dos direitos ali previstos. Em 1986 foi elaborada a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, que em sua exposição de motivos já anuncia a importância da promoção dos direitos culturais para o escopo do desenvolvimento. A Conferência Geral da UNESCO

Mas no contexto de materialização das diretrizes, ou seja, de funcionamento do mercado, valem cada vez mais as restrições normativas manifestadas através de regras transnacionais – *global market governance*. No Acordo Relativo aos Aspectos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (*Trade Relates Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPs*), a propriedade intelectual é tratada no âmbito da Organização Mundial do Comércio – OMC.

Por um lado a expansão econômica e comunicacional propiciada pelas indústrias criativas não beneficia equitativamente todos os países e regiões. O mercado de bens simbólicos tem as suas leis que não são as da comunicação universal entre sujeitos universais

Os EUA ficam com 55% dos lucros mundiais gerados pelos bens culturais e comunicacionais; a União Europeia, com 25%; o Japão e o restante da Ásia, com 15%, e os países latino-americanos, só com 5%. A desvantagem econômica mais notória, a da América Latina, resulta do baixo investimento de nossos governos em ciência, tecnologia e produção industrial de cultura, condicionada a escassa competitividade global e a difusão restrita, limitada a cada nação, da maioria dos filmes, vídeos e discos. (CANCLINI, 2008, p. 63)

Por outro lado é preciso saber o que os órgãos estatais, internacionais, transnacionais, as instituições privadas e a sociedade civil podem fazer para proteger e fomentar o fluxo cultural e criativo. Aqui isso pode significar alguma reflexão sobre o Direito Global, suas potencialidades e perigos; bem como sua possibilidade de mecânica sociojurídica.

sobre a Diversidade Cultural tem como princípios a proteção da diversidade cultural dos povos e a democratização da produção e do acesso aos bens culturais, estabelecendo ainda o plano de ação para a plena aplicação das disposições nela previstas. Em seguida, como forma de efetivar esta última declaração, foi celebrada, em 2005, a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, ratificada pelo Brasil, prevendo adoção de medidas efetivas pelos Estados-partes.

3. Direito global e proteção do direito autoral

O principal fundamento discursivo da regulamentação global do Direito Autoral está associado ao termo “sociedade da informação”, por sua vez, articulado na noção de revolução informacional, concentrando-se praticamente em duas dimensões: as potencialidades das novas tecnologias de distribuição e o uso estratégico da informação, especialmente nos campos econômico e político. É possível refazer a proto-história da sociedade da informação a partir de fatos científicos e políticos que convergiram para o seu “aparecimento”, mas que também não deixa de estar atrelado à adoção de políticas neoliberais por organizações internacionais, a partir da pressão de determinados países, no sentido de desregular os mercados e modelar o desenvolvimento econômico a partir do uso estratégico dos novos meios tecnológicos como resposta à crise de superprodução que eclodiu na década de 1970. Segundo Queiroz (2010), a sociedade da informação é, portanto, antes que um avanço tecnológico no campo da informação ou da comunicação, uma resolução política alavancada por certos países, a partir de interesses e fundada em um planejamento econômico, tendo em vista tanto as alterações estratégicas do comércio exterior e o desenvolvimento industrial, quanto à tentativa de se defender da crise do capitalismo, assegurando sua reestruturação e acumulação global.

As teorias constitucionais transnacionais partem da seguinte premissa: quanto mais interdependente tem se tornado o mercado global, maior tem sido a interação dos marcos regulatórios nacionais. E a busca pela aproximação de marcos regulatórios em todo o globo passa a ser uma exigência da contemporaneidade. Fala-se em capitalismo regulamentar (PICCIOTTO, p. 2011). Stephen Vogel, em 1996, apontou para o processo aparentemente contraditório de mercados mais livres, mais regras. Como os desafios transfronteiriços relacionados aos bens públicos globais exigem cada vez mais respostas coletivas, as fronteiras entre normas domésticas e internacionais (e entre instituições públicas e privadas) têm-se tornado mais líquidas. O

funcionamento do mercado depende, portanto, das restrições normativas nacionais e transnacionais. Surge o conceito de Direito Global. Uma tentativa de ordem ao caos? Ao apropriar-se das reflexões de Popper (2008) sobre a necessidade de mecânica jurídica, poder-se-ia perguntar: mas a partir de que racionalidade? Ou mais especificamente: “que forma de legitimidade assume a atual forma de proteção da propriedade intelectual? Com que fundamentos sobrevive e é respeitada a proteção dos direitos intelectuais no plano internacional?” (PRONER, 2007, p. 207)

Quando se fala em Direito Global é importante que se tenha em mente uma releitura do direito internacional clássico a partir do arquétipo da globalização. Na constelação do pós-nacional, como foi descrita por Habermas³⁶, o Estado nacional não consegue por iniciativa própria cumprir determinadas tarefas de interesse comum: entre elas a regulamentação do comércio global. Novas estruturas de governança servem de instrumentos complementares para preenchimento desta lacuna. Admitir certo esvaziamento da governabilidade Estatal nacional é admitir a necessidade de compensação constitucional em vários níveis de governança em rede, inclusive através da cooperação internacional com atores não-estatais (PETERS, p. 2011). Isso significa, sobretudo, uma mudança global de paradigmas: de um o modelo jurídico baseado na unidade, estabilidade e racionalidade, para vários modelos jurídicos fundamentados na pluralidade, desterritorialização e racionalidade ampla.

A racionalidade ampla é analisada por Petersmann (2011). O autor é bastante elucidativo quanto à razão pública cosmopolita como internacionalismo construtivista. Para Petersmann a realidade do pluralismo legal não exclui a possibilidade de governança multinível de bens públicos interdependentes. Para tanto, seria necessária uma cooperação internacional entre os diversos atores, dentre eles: sociedade civil, governos e ONGs. A

³⁶ Ou seja, a dinâmica social e política caracterizada pela perda da centralidade do Estado-nação e a emergência de novas linhas de conflito envolvendo atores e problemas que não podem ser ordenados no âmbito nacional.

disposição para o diálogo caracterizaria a linguagem do constitucionalismo global orgânico: flexível, aberta e anti-imperial.

Outros autores teorizam acerca do Direito Global. Bruno Galindo (2006) tematiza sobre a teoria intercultural da constituição que se aproxima do que Pannikar chama de hermenêutica diatópica. O objetivo seria encontrar convergências sistêmicas (PERNICE, p. 2011). Gianluigi Palombella (2011), quando reflete sobre o Estado de direito para além do Estado nacional, reflete sobre um pluralismo comunicativo em que regimes separados se conectam por links não hierárquicos, contrariando a visão do direito internacional clássico. O problema, explica o autor, não é monismo ou dualismo. A questão essencial é se as regras do sistema internacional são regras comuns ou trans-sistêmicas na medida em que elas podem se tornar um ponto de conexão entre os sistemas jurídicos. Eis a possibilidade de certa ordenação, afirma.

Marcelo Neves (2009) trata de transconstitucionalismo a partir do conceito de razão transversal de Wolfgang. O que demanda construção de uma racionalidade transversal que realize um diálogo horizontal entre as ordens jurídicas, fator de integração sistêmica na sociedade hipercomplexa, multicêntrica e policontextual da atualidade. O diálogo seria promovido através de uma ordem diferenciada de comunicação que não toma uma ordem jurídica ou um tipo determinado de ordem como última razão. Antes, atenta para a necessidade de pontes de transição que promovam “conversas constitucionais”. Aqui não são suficientes os meios de acoplamentos operativos de Luhman³⁷. É imprescindível que haja vínculos estruturais que possibilitem as interinfluências entre diversos âmbitos de comunicação. Explicitamente avesso à hierarquia, Marcelo Neves defende a metodologia da dupla contingência que admite a alternativa: o ponto cego o outro pode ver.

³⁷ Na teoria sistêmica de Luhman fica excluída a possibilidade de, reciprocamente, estar posto a disposição do outro. E é exatamente o que Neves propõe como condição necessária para a construção de uma racionalidade transversal. No mais, enquanto na teoria de Luhmann o acoplamento estrutural é apresentado bilateralmente como mecanismo entre dois sistemas autônomos, a racionalidade transversal sugere que haja o entrelaçamento de dois ou mais sistemas.

A influência das teorias sistêmicas ou trans-sistêmicas é sintomática. As *tags* do Direito Global podem ser assim resumidas: interdependência, regulamentação, governança, compensação, pluralidade, rede, convergências. Mas como isso se manifesta no âmbito da propriedade intelectual?

O adensamento da normatividade internacional, representada pela multiplicação e diversidade de sujeitos envolvidos, pela profusão de novas formas regulatórias através do TRIPs insere as questões de propriedade intelectual no âmbito do regime internacional do comércio de produtos e serviços e é o instrumento de maior alcance na ordem multilateral, pois estabelece os padrões mínimos que devem ser respeitados pelos membros da OMC tanto no âmbito externo quanto no interno. O Acordo comercial tem duas importantes características: pode ser invocado pelos Estados e adota mecanismos de solução de controvérsias. As discussões atuais acerca dos direitos autorais estão no centro do debate entre países desenvolvidos e em desenvolvimento. O debate gira em torno do desequilíbrio de interesses.

Uma das justificativas do TRIPs no âmbito da normatividade global se insere no fenômeno circular do chamado Paradoxo da liberdade: mais liberdade aqui equivale a maior restrição de liberdade. Portanto, uma estrutura legal estável, envolvendo o mercado, constituiria indispensável ferramenta para assegurar um mercado equilibrado:

É justo reconhecer certo sabor ‘ordoliberal’ nestas premissas [...] O ordo-liberalismo enfatiza a necessidade de um ambiente legal adequado para equilibrar direitos sociais e direito de mercado. De acordo com o ordo-liberalismo, o modelo antigo e caro de intervencionismo estatal deve ser substituído por uma ordem legal forte e eficiente, acima da economia, que garanta, guarde e preserve o mercado e suas instituições fundamentais, tais como a execução contratual, a proteção à propriedade e um sistema justo de solução de controvérsias. Todavia, instituições tais como contratos, propriedade privada e sistemas de soluções de controvérsias não são um fim em si mesmas. Elas só são legítimas à medida que servem para assegurar a proteção

de bens jurídicos relevantes, como direitos humanos, desenvolvimento social, paz e um ambiente saudável. É essa visão instrumental que caracteriza a essência das diferenças entre o velho Consenso de Washington, de 1980, e o novo Consenso de Genebra, proposto pelo Diretor Geral da OMC, Pascal Lamy, a fim de melhorar os resultados sociais da globalização econômica. (FRANCA FILHO, 2010, p. 2)

Até aqui, as potencialidades do Direito Global. Mas quais os seus perigos? E como refutá-los ou evitá-los?

Especialmente no que concerne ao objeto de estudo, no plano internacional, os autores atentam para o problema da subordinação do direito internacional público à política determinada pelas grandes potências mundiais. Este seria um limite à racionalidade transversal: a hiperpolitização da proteção internacional, modelo em que o Direito fica subordinado diretamente ao poder. Este parece ser um problema diretamente relacionado à participação da sociedade nas esferas de decisão.

Isso implica que a discussão deve considerar mais atentamente a esfera da sociedade civil e a opinião pública, do pluralismo e da comunicação livre. É a crítica do Percine (2011) ao analisar o Livro Branco, o qual não faz referência clara para o papel desempenhado pelos partidos políticos, grupos de pressão e participação de grupos, o papel das ONGs ou da sociedade civil. Governança para o autor significa também influenciar as redes através de uma variedade de canais, ao alargar o âmbito de reflexão, pesquisa e criatividade institucional. Isso parece particularmente importante. Sobre o assunto Deborah Z. Cass (2011) reflete sobre as formas institucionais e democráticas associadas à OMC. A capacidade de se considerar objetivos não-econômicos está ligada a democratização no sistema de negociação.

Como conciliar conhecimento, lazer e cultura com o legítimo exercício dos Direitos Autorais dos conglomerados do entretenimento global, em uma instituição tipicamente comercial como a OMC? Ou como isto é forjado na prática político-jurídica?

4. Acordo TRIPs: mercado, Direito à cultura e desenvolvimento

De acordo com Picciotto (2011) uma regulação inteligente deve tentar definir os direitos de propriedade de forma adequada. “Forma adequada” parece indicar a necessidade de equilíbrio jurídico concedido à nova economia em rede. O TRIPs não deve ser isolado de outras questões prementes da agenda global, tais como desenvolvimento, cultura e sustentabilidade. É o fundamento discursivo.

E o Acordo TRIPs parece incorporar o equilíbrio de interesses em suas exposições. São reveladoras do contexto em que as negociações se desenvolveram, as colocações do diretor-geral Dunkel, no projeto final, de dezembro de 1991:

This is not to say the agreement is without its critics. All parties 'won' and 'lost' important issues. Some industries in some countries are deeply troubled by the compromise package put forward. Nonetheless, the opportunity to obtain multilateral rules and enforcement mechanisms across so many disparate issues will likely be viewed as one of the major accomplishments in any concluded Uruguay Round. (GATT: 2011)

A composição dos interesses em jogo resultou numa pauta de compromissos claramente apresentados no Preâmbulo do Acordo e nos artigos 7º, 8º e 69. As partes se comprometem a buscar “benefícios recíprocos”, “bem estar social e econômico” e, sobretudo, o “equilíbrio de direitos e obrigações”. O reconhecimento e a observância dos direitos de propriedade intelectual dependem de valores sociais relevantes e, em particular, do equilíbrio entre os

usuários de conhecimento tecnológico. Como observou Carlos Correa, “o Acordo TRIPs, portanto, não consagra um paradigma ‘absolutista’ da propriedade intelectual [...] Pelo contrário, se baseia no equilíbrio entre a promoção da inovação e da difusão da tecnologia” (CORREA: 1998, 28)

Acontece que quando se trata de duração da proteção de obras, que não fotográfica ou de arte aplicada, o artigo 12 do Acordo estipula o prazo não inferior a 50 anos, contados a partir do fim do ano civil da publicação autorizada da obra ou a partir do fim do ano civil de sua realização. Quanto à duração da proteção de artistas-intérpretes, produtores de fonogramas (gravações sonoras) e organizações de radiodifusão, o artigo 14 prevê o prazo também de 50 anos, contados em regra a partir do final do ano civil em que a apresentação tenha sido realizada ou a transmissão tenha ocorrido.

As justificativas surgem para defender a existência de tais parâmetros normativos de proteção. Dentre as principais proposições, detectadas entre vários autores que dedicam atenção ao tema, destacam-se: a) o argumento de maior proteção como justa recompensa ao autor/inventor³⁸; b) o argumento de maior proteção como estimulante à atividade criativa e indutora de processo tecnológico³⁹; c) o argumento de maior proteção como estímulo ao investimento em pesquisa e em desenvolvimento; d) o argumento de maior proteção como fator de expansão do conhecimento público; e) o argumento de maior proteção como estímulo ao desenvolvimento econômico; f) o argumento de maior proteção como instrumento de combate à pirataria (PRONER, 2007, p. 173).

³⁸ O argumento da justa recompensa reside na base sobre a qual se estruturam as origens do conceito de propriedade intelectual. Liga-se ao reconhecimento de um direito individual pela sociedade, uma espécie de “agradecimento” a uma obrigação de honrar publicamente o esforço individual.

³⁹ Quando se trata do argumento do estímulo à inovação, é inegável que sem capital econômico para promover pesquisa, por exemplo, não existem condições estruturais para que o pensamento frutifique novas melhorias. Mas, por outro lado, proteção exacerbada não obstaculizaria a sinergia do fluxo?

O estoque informacional não pode ser gerido meramente como um capital. E por duas razões: de um lado porque a máxima acumulação das informações é, a longo prazo, ineficaz, porque a máxima acumulação de informação não produz riquezas, mas a asfixia; de outro, porque o monopólio elitista das informações é, a longo prazo, ineficaz: na medida em que não se faz circular as informações, elas se esclerosam e não se reproduzem (LOJKINE, p. 2002).

A quem se protege o tempo todo? Na divisão dos recursos dos direitos autorais da indústria fonográfica, por exemplo, os intermediários ficam com 51% e os outros 49% são divididos entre os criadores: compositores, arranjadores, intérpretes e músicos (ORTIZ, 2003). Quando isso acontece, a pirataria é apenas sintoma do acesso restrito aos bens culturais e criativos, do enriquecimento exorbitante dos intermediários.

A capacidade da OMC de equilibrar interesses comerciais e não comerciais suficientemente em conta está interligada à noção de desenvolvimento. Diante da institucionalização do discurso novo-desenvolvimentista, portanto, as indústrias culturais e criativas despontam como estratégia de desenvolvimento. Se historicamente a palavra desenvolvimento foi tomada por empréstimo das ciências biológicas através das ciências sociais, particularmente na economia, sendo, também por isso, identificada com a ideia de crescimento econômico; ao longo da história a concepção transmutou-se de acordo com as contendas ideológicas. Na contemporaneidade o conceito recebe inúmeras influências e adjetivações: etnodesenvolvimento, ecodesenvolvimento, desenvolvimento humano...

A premissa quase consensual entre os desenvolvimentistas hoje é a de que, para além do crescimento econômico – fenômeno meramente quantitativo–, a promoção do desenvolvimento deve ser entendido como “processo plural e multifacetado” de mudança qualitativa da vida das pessoas. Segundo Victor Abramovich (2012, p. 13), a ideia de desenvolvimento passa a ser aquela fundamental para “perspectiva integrada dos direitos humanos”. Quer dizer, devem-se tratar, em perspectiva transversal e interdiscursiva, as

dimensões do desenvolvimento econômico, do desenvolvimento social e cultural, e da sustentabilidade ambiental.

Sobre o debate acerca da ideologia novo-desenvolvimentista, seus projetos de crescimento econômico com equidade social e seus limites teóricos e políticos, Rodrigo Branco (2009, p. 4) entende que ela acaba por conciliar capital e trabalho tendo em vista o “interesse nacional”, abstrata e voluntariamente colocado acima dos conflitos antagônicos de classe, de forma que se destina em última análise à pacificação das tensões sociais na medida em que neutraliza opositores à direita e à esquerda. Para o autor, aos formuladores bem intencionados de política econômica novo-desenvolvimentista corresponde à velha burguesia industrial.

No âmbito da Economia da cultura e criativa, essa neutralização aparece sob as formas de integração do trabalho criativo. Uma é a eventualidade, a ocasionalidade e a precariedade do trabalho. A outra é a configuração de pequenas entidades de produção autônoma, atuando como empresas auxiliares, fornecedores e subcontratadas, para as grandes empresas. Todas essas fórmulas permitem a ampliação da base produtiva de criação para as indústrias, ao mesmo tempo em que mantém os oligopólios de distribuição e promoção sob a perspectiva do Direito Autoral Global.

Nesse cenário constituído por paródias em que a liberdade do indivíduo opera sobre novo modelo de dominação, pode-se falar no cruzamento entre “culturalização” da mercadoria e “economização” da cultura. Esse paradigma constitui novo modelo hegemônico de neoliberalização da cultura em que noções como sujeito criativo, auto emprego, independência, liberdade etc. se reconceitualizam sob a lógica do livre mercado.

A indústria cultural encarna a tendência do modelo de trabalho flexibilizado preconizado através da *doxa* neoliberal. Certas “elites criativas” têm acesso a postos de trabalho. Pessoas pertencentes a minorias étnicas ou grupos tradicionalmente excluídos encontram barreiras. Esse outro lado da indústria criativa é o que não aparece nas lustradas cifras que a afirmam como

paradigma econômico a seguir e tampouco reflete sobre a distribuição desigual dos benefícios que esse setor gera, através dos mecanismos do direito autoral, de forma que esse discurso talvez tenha pouco sentido se for levado em consideração à realidade dos países explorados. Seria necessário fomentar a imersão dos contextos culturais já existentes e deixar de importar tendências que pouco tem a ver com os diferentes entornos em que se produz cultura. Para tanto, é preciso analisar modelos organizativos, formas jurídicas e estruturas de trabalho que vão assumir esse projeto.

Se for interessante pensar que, além de “bom negócio”, a cultura deve ser atrelada ao desenvolvimento social, o mercado é insuficiente para garantir os direitos sociais e culturais e a aplicação dos direitos autorais deve ser considerada em amplo contexto de interesses. A dificuldade da perspectiva “integrada” de desenvolvimento é lidar com os paradoxos. E se for assim, é fundamental a participação social, política e cultural dos grupos tradicionalmente considerados objeto do desenvolvimento que devem tornar-se sujeito desse processo.

5. Conclusão

Por um lado, a economia criativa surge como estratégia da reestruturação do capital global novo-desenvolvimentista, centrada na proeminência dos Direitos Autorais com objetivo predominantemente mercadológico. O panorama contemporâneo da governança global e sua interrelação com o comércio internacional a partir do Acordo TRIPs pode informar o resultado da tensão Capital x Estado. É no quadro das afirmações do Direito Global que os Direitos Autorais tem se aproximado muito mais das reservas monopolistas de mercados dos conglomerados do entretenimento. Nesse contexto, o Direito Autoral se colocaria, sobretudo, como paradigma de extração de lucro para o capital. Sobre as formas institucionais associadas à OMC, a capacidade de considerar objetivos não-econômicos está associada à democratização do sistema de negociação das normas.

6. Referências

- ABRAMOVICH, Víctor. *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales*. Disponível em http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/Exigibilidad_de_los_DESC_-_Abramovich.pdf Acesso em 23 de Janeiro de 2012;
- ADORNO, Theodor. *Indústria cultural e sociedade*. São Paulo: Paz e terra, 2002;
- BRANCO, Rodrigo Castelo. *O novo-desenvolvimentismo e a decadência ideológica do estruturalismo latino-americano*. Oikos. Vol. 8. Número 1. Rio de Janeiro: 2009;
- CASS, Deborah Z. *International trade and constitutionalization*. Disponível em https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=explorer&chrome=true&srcid=0B5o0GbKJUAWvMW M3NTIhZjctOTdiYS00ZTM2LTg5NWYtYTJhOTg4YjgzZDJj&hl=en_US Acesso em 6 de Dezembro de 2011;
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 10. ed. São Paulo: Paz e terra, 2010;
- CORREA, Carlos. *Acuerdo TRIPs - Régimen internacional de la propiedad intelectual*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998;
- [DCMS] Department for Culture Media and Sport. *creative industries economic estimates*. Disponível em www.britishcouncil.org/arts-creative-industries-definition.html Acesso em 3 de Agosto de 2011;
- DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Disponível em http://www.arq.ufsc.br/esteticadaarquitectura/debord_sociedade_do_espetaculo.pdf Acesso em 29 de Novembro de 2011;
- DOWBOR, Ladislau. *Democracia econômica*. São Paulo: Vozes, 2008;
- FRANCA FILHO, Marcilio Toscano. O acordo entre o MERCOSUL e a Comunidade Européia: muito além do direito administrativo global. In COUTINHO, Aldacy Rachid; GRAU, Eros; FACURY SCAFF, Fernando [et. al] (eds). *Liber amicorum – Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*. São Paulo/Coimbra: RT/Coimbra Editora, 2010, p. 681-713;
- GALINDO, Bruno. *Teoria intercultural da Constituição: a transformação paradigmática da Teoria da Constituição diante da integração interestatal na União Européia e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006
- [GATT] *General Agreement on Tariffs and Trade*. Draft Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations. Disponível em http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/ursum_e.htm Acesso em 10 de Dezembro de 2011;
- _____. *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*. Disponível em http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf Acesso em 18 de Novembro de 2011;
- GORZ, André. *O imaterial*. São Paulo: Annablume, 2005;
- KOSKENNIEMI, Martti. *Report of the study group of the international law commission: fragmentation of international law*. Disponível em https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=explorer&chrome=true&srcid=0B5o0GbKJUAWvMW M3NTIhZjctOTdiYS00ZTM2LTg5NWYtYTJhOTg4YjgzZDJj&hl=en_US Acesso em 20 de Novembro de 2011;
- LESSING, Lawrence. *Il futuro delle idee*. Turim: Feltrinelli, 2006;
- LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. 3. ed. Trad. Carlos Irineu da Costa. São Paulo: 34, 1999;
- LYOTARD, Jean-François. *La condición postmoderna*. Buenos Aires: Editorial R.E.I, 1999;
- LOJKINE, Jean. *Revolução informacional*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002;
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2009;
- ORTIZ, Renato. *Mundialização e cultura*. São Paulo: Brasiliense, 2003;
- PALOMBELLA, Gianluigi. *The rule of Law beyond the state: failures, promises and theory*. Disponível em <http://icon.oxfordjournals.org/content/early/2009/05/22/icon.mop012> Acesso em 10 de Dezembro de 2011;
- PERNICE, Ingolf. *Multilevel constitutionalism in the European union*. Disponível em <http://www.whi-berlin.de/documents/whi-paper0502.pdf> Acesso em 1 de Dezembro de 2011;

- PETERS, Anne. *Global constitutionalism revisited*. Disponível em http://ius.unibas.ch/fileadmin/user_upload/fe/file/Peters_Global_Constitutionalism_Revisited.pdf Acesso em 28 de Novembro de 2011;
- PETERSMANN, Ernest-Ulrich. *This international economic Law, "public reason", and multilevel governance of interdependent public goods*. Disponível em <http://jiel.oxfordjournals.org/content/14/1/23.short> Acesso em 18 de Novembro de 2011;
- PICCIOTTO, Sol. *Paradoxes of Regulating Corporate Capitalism: Property Rights and Hyper-Regulation*. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1955893 Acesso em 5 de Dezembro de 2011;
- POPPER, Karl R. *A sociedade aberta e seus inimigos: o preamar da profecia Hegel, Marx e a colheita*. 3. ed. Tomo 2. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998;
- PRONER, Carol. *Propriedade intelectual e direitos humanos: sistema internacional de patentes e direito ao desenvolvimento*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007;
- REIS, Ana Carla Fonseca (Org.). *Economia criativa como estratégia de desenvolvimento: uma visão dos países em desenvolvimento*. São Paulo: Itaú Cultural, 2008;
- RIFKIN, Jeremy. *A era do acesso*. 2. ed. São Paulo: Makron, 2005;
- SCWÖBEL, Christine E. J. *Organical global constitutionalism*. Disponível em https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=explorer&chrome=true&srcid=0B5o0GbKJUAWvMW M3NTIhZjctOTdiYS00ZTM2LTg5NWYtYTJhOTg4YjgzZDZj&hl=en_US Acesso em 11 de Dezembro de 2011;
- [UNCTAD]. *United Nations Conference on Trade and Development. Statics overview*. Disponível em <http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intltemID=1584&lang=1> Acesso em 14 de Agosto de 2011;
- WU, Chin-Tao. *Privatização da cultura: a intervenção corporativa nas artes desde os anos 80*. Trad. Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2006.

A REVANCHE DIGITAL CONTRA A PRISÃO CULTURAL DO DIREITO DE AUTOR

Ângela Kretschmann⁴⁰

Gabriel Borges dos Santos⁴¹

Resumo:

O texto explora o duplo ponto de vista vinculado à ação de disponibilização e liberdade de acesso a obras protegidas pelo direito de autor. Toma como exemplo o empreendimento Google na digitalização de obras: assim como pode ser tomado como um grande pirata, por disponibilizar obras e violar direitos autorais, pode também ser visto como libertador de uma cultura presa. É assim a revanche digital contra a prisão cultural estabelecida e instrumentalizada pelo direito de autor.

Palavras-chave: DIGITALIZAÇÃO, DIREITO AUTORAL, PIRATARIA, ACESSO.

⁴⁰ Pós-doutora pela Universidade de Münster, junto ao Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (2011), Doutora em Direito (UNISINOS, 2006); Mestre em Direito (PUC/RS, 1999), Professora de Direito da Propriedade Intelectual, Unisinos, desde 1992. Membro da CEPI (Comissão Especial da Propriedade Intelectual da OAB/RS), integrante da ABAPI (Associação Brasileira de Agentes da Propriedade Industrial).

⁴¹ Especialista em Direito Processual Civil (UNISC/RS 2010); Bacharel em direito (UNISINOS, 2007). Membro da CEPI (Comissão Especial da Propriedade Intelectual da OAB/RS), integrante do Instituto Brasileiro de Direito da Informática.

Abstract:

The article explores the dual viewpoint of provision linked to action and freedom of access to works protected by copyright. Taking as example the Google project to digitize works, one can be seen as pirate, with works which violate copyright, but on the other side, one can also be seen as someone who seeks leave the culture free. So is the digital rematch against the prison as established cultural and instrumentalized by copyright.

Keywords: DIGITALIZATION, COPYRIGHT, PIRACY, ACCESS.

1. A administração de dados informáticos

Atualmente, o desenvolvimento de novas tecnologias de informação e comunicação insere na sociedade um valor alto à informação, que passa a alcançar ainda maior valor quando estruturada de forma a facilitar o seu acesso. Não há como impedir o avanço das tecnologias e a disseminação da informação, uma vez que a “sociedade em rede”, assim chamada por CASTELLS (1999)⁴², necessita consumir e produzir conhecimento através destes meios. O computador, que antes era o centro do processamento, hoje, é um nó de uma grande rede⁴³, interligado, basicamente, pela *internet*, onde é impossível delinear um limite ou definir o seu contorno.

Com o advento e disseminação da *internet*, sempre alcançando novos conectores, algumas empresas perceberam a necessidade de criar inovações em alguns serviços já prestados, e, da mesma forma, criar novos produtos e serviços no ambiente virtual. Entre estas empresas destaca-se o Google, que é uma empresa multinacional com ramificações nas principais áreas de tecnologia da informação, e que impressiona pela rapidez com que atingiu um dos mais altos índices de valorização de mercado.

O surgimento do Google ocorre em 1998⁴⁴, quando dois alunos da Universidade de Stanford, Larry Page e Sergey Brin, durante o doutoramento, resolvem fundar a empresa, sendo a missão desta: “Organizar a informação

⁴² CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1.

⁴³ LÉVY, Pierre. Cibercultura. Tradução Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999, p. 45.

⁴⁴ LÉVY, Steven. Google: a biografia. São Paulo: Universo dos Livros, 2012.

mundial e torná-la universalmente acessível e útil”⁴⁵, desta forma, inovaram na busca de informações na *internet*, deixando de ser um pequena empresa para, nos dias atuais, contar com mais de 30 mil funcionários⁴⁶.

Com o avanço tecnológico, surgem algumas questões a serem abordadas. Uma delas é a privacidade da informação e a extensão desta no mundo virtual, uma vez que a facilidade de disponibilizar conteúdo na *internet* não possui barreiras físicas, e as limitações virtuais são quase improváveis. Neste ambiente, o Google, como grande empresa do ramo tecnológico, domina o sistema de pesquisa de informação, muitas vezes, em benefício próprio, uma vez que pode colocar indexadores para garantir que as páginas patrocinadas apareçam entre as primeiras, e já restou constatado que, pelo menos desde 2009, quando resolveu “personalizar” as buscas, está controlando não apenas a busca mas o buscador, ou seja, o interessado na busca está fazendo parte de uma grande empreitada de controle de dados, informações e conteúdos.⁴⁷

O Google, no início de suas atividades, construiu uma ferramenta de busca de links, a qual produzia informações sobre resultados de busca de páginas, identificando as mais importantes, a esta ferramenta foi dado o nome de *PageRank*, que, na verdade, é a importância de uma página na internet, de acordo com os links e citações desta⁴⁸. Tamanha é sua dominação neste ramo de mercado, que alguns “informáticos” utilizam o google como verbo, “dá uma googlada e acha essa informação”, portanto, cabe aos operadores do direito

⁴⁵ Disponível em Google Corporate Information. Google, Inc.. Página visitada em 08 de março de 2012. “Organize the world’s information and make it universally accessible and useful.”

⁴⁶ Dados disponíveis em: http://macworldbrasil.uol.com.br/galerias/conheca-os-numeros-da-rivalidade-entre-apple-e-google/paginador/pagina_1, acesso em 26/08/2012.

⁴⁷ Em de dezembro de 2009 o Google anunciou a personalização das buscas, o que representa, segundo Eli Pariser, um marco fundamental, numa revolução invisível, e que diz respeito ao modo como consumimos as informações: “A maior parte das pessoas imagina que, ao procurar um termo no Google, todos obtemos os mesmos resultados - aqueles que o PageRank, famoso algoritmo da companhia, classifica como mais relevantes, com base nos links feitos por outras páginas. No entanto, desde dezembro de 2009, isso já não é verdade. Agora, obtemos o resultado que o algoritmo do Google sugere ser melhor para cada usuário específico - e outra pessoa poderá encontrar resultados completamente diferentes. Em outras palavras, já não existe Google único.” (PARISER, Eli. O filtro invisível: o que a internet está escondendo de você. São Paulo: Zahar, 2012. P. 7-8).

⁴⁸ LEVY, Steven. Google: a biografia. São Paulo: Universo dos Livros, 2012. p. 33.

criar regras ponderáveis entre a disponibilização da informação e a sua disseminação no mundo virtual, uma vez que “esta informação passa a ser “desterritorializada”, gerando diversas manifestações concretas em diferentes locais e momentos, sem contudo estar presa a um lugar ou tempo particular”⁴⁹. Com o novo sistema de “otimização” dos dados, o Google passou a utilizar 57 indicadores ou “sinalizadores” que teriam por objetivo rastrear, analisar e disponibilizar dados mais “coerentes” com o usuário conectado, navegador em uso e outras previsões envolvendo interesses do usuário. Obviamente isso retira boa parte da liberdade na busca, fazendo com que o usuário pense que está buscando algo, mas na realidade o “algo” foi preparado e é servido a ele antecipadamente e preventivamente, tolhendo a liberdade que se pensa possuir ao buscar um determinado assunto ou termo.

Recentemente o Google anunciou que irá alterar novamente seu algoritmo para coordenar a busca diminuindo o índice de aparecimento de sites que insistem em violar direitos autorais.⁵⁰ Ficam rebaixadas as posições de busca de sites que são acusados de violarem direitos autorais. Com isso, ganham as empresas de entretenimento, ou seja, parte da indústria cultural que denunciou as violações de direitos autorais.

2. Privacidade, visibilidade e liberdade sob administração Google

Ora, nem todos os usuários ficam livres de prejuízos em função de uma política de apresentação de dados, ou de ranqueamento. Muitos anos antes de 2009, quando foi apresentada a busca Google com um novo instrumental de “personalização de busca”, o Google já havia sofrido investidas por prejuízos causados a terceiros. Em outubro de 2002, por exemplo, o *PageRank* já havia sido levado aos tribunais depois que a empresa *SearchKing* teve seu ranqueamento rebaixado pelo Google, com a diminuição da visibilidade do link

⁴⁹ LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999. p. 49.

⁵⁰ ARTHUR, Charles. *Google alters algorithm as Hollywood lobbyists win latest copyright battle*, <http://www.guardian.co.uk/technology/2012/aug/10/google-algorithm-hollywood-lobbyists-copyright>, acesso em 26/08/2012.

da empresa, o que levou ao fracasso do negócio. A empresa exigia indenização pelo rebaixamento de sua qualificação no mecanismo de busca. Na ocasião, o magistrado arquivou o processo, afirmando que o *PageRank* é essencialmente uma opinião sobre um *site* – embora seja uma opinião por algoritmos – e, portanto, constitucionalmente protegida nos Estados Unidos⁵¹.

Quando esta mesma ferramenta é disponibilizada no ordenamento jurídico brasileiro, esta deveria se enquadrar a nossa legislação, porém, não existem leis específicas sobre a neutralidade da rede, que poderia evitar uma espécie de censura privada na internet, ou, até mesmo, vedação de acesso a conteúdos. Essa é uma questão que deveria vir de modo bem claro no debate e futura lei do Marco Civil na internet. Justamente porque não há ainda uma legislação específica tratando de questões como neutralidade e liberdade na rede, a prática empresarial da maior parte das empresas acaba se mantendo longe de um bom senso ou atrelada de modo genérico a postulados de um ordenamento jurídico estrangeiro. Às vezes a adaptação interna é forçada, prática que tem sido cada dia mais comum mas que deve ser coibida.

Muito embora o Google não cobre pelo serviço prestado, o mesmo auferir lucros com a disponibilização de anúncios publicitários, passando uma falsa ideia de gratuidade, e o pior, impõe a língua estrangeira em detrimento da língua pátria, disponibilizando contratos e documentos em língua diversa, contrariando dispositivo específico do Código de Defesa do Consumidor⁵².

Quanto à privacidade, a Constituição Federal assegura o direito nos seguintes termos:

⁵¹ LEVY, Steven. Google: a biografia. São Paulo: Universo dos Livros, 2012. p. 77.

⁵² Código de Defesa do Consumidor. Lei 8.078. Art. 31 - A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Ao mesmo tempo em que a Constituição Federal nos garante a privacidade, no artigo 5º, inc. X, como um direito constitucional, veda-nos a censura de conteúdo ou informação, no mesmo artigo 5º, nos seguintes termos:

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Cada vez mais são colocados dados pessoais na internet, confiando-se em uma segurança inexistente. Muitas vezes, a necessidade de publicar fotografias e criações se dá pela necessidade de visibilidade pelas demais pessoas, atitude chamada pela sociologia de “imperativo da visibilidade”, onde a pessoa tem a necessidade de expor sua vida e suas criações em grandes redes sociais. A própria “era do acesso” mostra que a civilização digital torna a questão da visibilidade mais do que uma simples vaidade (como pode ser visto para alguns), mas pode ser também uma questão de oportunidade de mercado de trabalho, e quem sabe, no futuro, inclusive de sobrevivência.⁵³

⁵³ Ver por exemplo, RIFKIN, Jeremy. *The Age of Access: The New Culture of Hypercapitalism, Where all of Life is a Paid-For Experience*. Penguin Putnam Inc., New York, 2000. The relationship between goods and services are changing, as well as the relationships between consumers and sellers: an increasing number of businesses are giving away their products for free in the hopes of entering into long-term service relationships with clients. And consumers, too, are just beginning to make the shift from ownership to access (p. 6 e 93, com o exemplo da Motorola, *cellular telephone companies often give the Motorola phone away to new subscribers for free as an inducement to use their telecommunications services*). E a era do acesso também está dando lugar a um novo tipo de ser humano, destaca o autor. Para esta geração, o acesso já é um meio de vida, e enquanto a propriedade

Páginas de internet, tais como: *youtube*, *orkut* e *facebook* são grandes bancos de dados organizações em *layouts* para *internet*. Quando acessamos estas páginas, estamos acessando um grande banco de dados organizado em *layout* próprio para *internet*. Os dados alocados nos servidores são alimentados por nós e ordenados pelas empresas proprietárias dos sites. A grande divergência na jurisprudência, assim como o grande desafio, é definir a responsabilidade do Google: quando e se a empresa Google pode ser responsabilizada por danos oriundos da alimentação de dados que violem direitos de terceiros.

Seja direito do autor, seja direito à privacidade, quando há violação existe o dever de indenizar pelo agente causador do dano. Ponto fundamental a ser analisado é o momento onde inicia a responsabilidade do Google, se é no momento do recebimento da informação, agindo este com uma censura prévia, ou se é no momento que é notificado para retirar do seu banco de dados aquele conteúdo que viola direito alheio.

Em recente decisão do STJ⁵⁴, a Ministra Nancy Andrighi, integrante da 3ª Turma, acatou a tese de que os provedores de serviços de *internet* não podem ser responsabilizados por conteúdo ilícito alimentado por seus usuários. O Google não pode censurar previamente o conteúdo, pois é livre a manifestação de pensamento em nosso país, e inviável tal procedimento.

Em posição diversa, alguns juízes aplicam a teoria do risco⁵⁵ em casos análogos, fundamentando que como o Google é uma empresa, assume o risco

é importante, estar conectado é ainda mais importante (p. 12).

⁵⁴ Direito Civil e do Consumidor. Internet. direito civil e do consumidor. *Internet. Relação de consumo. Incidência do CDC. Gratuidade do serviço. Indiferença. Provedor de conteúdo. Fiscalização prévia do teor das informações postadas no site pelos usuários. Desnecessidade. Mensagem de conteúdo ofensivo. Dano moral. Risco inerente ao negócio. Inexistência. Ciência da existência de conteúdo ilícito. Retirada imediata do ar. Dever. Disponibilização de meios para identificação de cada usuário. Dever. Registro do número de IP. Suficiência. Recurso Especial nº 1.193.764. Julgado no dia 14 de dez de 2010.*

⁵⁵ "INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. ORKUT. O prestador do serviço orkut responde de forma objetiva pela criação de página ofensiva à honra e imagem da pessoa, porquanto abrangido pela doutrina do risco criado; decerto que, identificado o autor da obra maligna, contra ele pode se voltar, para reaver o que despendeu" (Ap. Cív. nº 1.0701.08.221685-7/001, TJMG. Relator: Des. Saldanha da Fonseca, em 05/08/2009).

da atividade, devendo efetuar censura prévia do conteúdo alocado por seus usuários, sem prejudicar a livre manifestação de pensamento, estando em plena vigilância dos dados transferidos na rede. A crítica que se faz é “Pode o Google fazer um juízo de censura do que pode e o que não pode ser publicado no internet?”. Entende-se que entregar esta discricionariedade a uma empresa multinacional e com interesses múltiplos é um risco para o Estado Democrático de Direito.

E não custa lembrar com Rui Stocco que a ação do provedor é de fornecedor de meios físicos, ou seja, é um intermediário que repassa mensagens e imagens transmitidas por terceiros. Nesse sentido, não as produziu e não poderia ter tido um juízo de valor, e por isso, pode-se concluir com o autor que “não pode ser responsabilizado por eventuais excessos e ofensas à moral, à intimidade e à honra de outros”.⁵⁶

A *internet* interage em tempo real. A restrição de dados impediria a finalidade de interação *on-line*. O voto relatado pela ministra Nancy Andrighi, na decisão judicial citada acima, afirma que não se pode exigir monitoramento das informações veiculadas em seus sites, a ponto de inviabilizar a prestação de serviços. E mesmo que fosse possível o veto do conteúdo, seria inviável determinar parâmetros ou critérios para determinar que informações seriam publicadas. E por fim, seria temerário delegar o juízo de admissibilidade para os provedores.

As decisões judiciais em casos análogos, por países estrangeiros, sempre foram no sentido de responsabilizar o prestador de serviço de *internet* somente quando este notificado sobre a ilicitude do conteúdo não o retira do ar. A necessidade de uma jurisprudência universal sobre o tema é ponto fundamental na fomentação deste setor da economia, uma vez que a informática está presente em nossas vidas, revolucionando a forma de interação entre as pessoas. Como exemplo, pode ser citada a diretiva da União

⁵⁶ Tratado de responsabilidade civil. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 901

Europeia, que por meio de sua diretiva 2000/31, no artigo 15⁵⁷, deliberou que os Estados-membros devem proibir qualquer forma de interceptação ou vigilância dessas comunicações, exceto quando legalmente autorizados.

Os usuários de *internet* nunca devem esquecer uma das regras no mundo virtual, qual seja, tudo é para sempre e quanto mais ridículo, mais se dissemina. Com base nesta afirmativa, devemos evitar a exposição a meios eletrônicos, utilizando-os de forma moderada, pois a *internet* dissemina as informações em tempo real, o que dificulta o retorno ao *status quo anti*.

Por mais que o Google possua filtros de controle, sempre haverá a possibilidade de alimentar seus servidores com conteúdos ilícitos, porém, se devidamente notificado sobre a ilicitude do conteúdo, se mantiver inerte, responderá solidariamente com o verdadeiro agente causador do dano, devendo indenizar a vítima.

A posse da informação gera domínio por parte do detentor, podendo ser usado a seu modo. Isso leva a conclusão de que o Google armazena em seus servidores nossos dados pessoais, nossos arquivos, e até o nosso histórico de consumo. Devemos estar atentos a manipulação de dados em massa. A própria história já nos ensinou sobre isso, quando a IBM foi utilizada pelo governo nazista para a fabricação de máquinas automáticas – *holerich* – e desta forma a empresa se beneficiou para crescer economicamente. Os equipamentos eram usados para cadastrar judeus, e utilizar os dados em favor do regime nazista.

O direito à informação não pode significar a violação de direitos pessoais e patrimoniais dos indivíduos. A Constituição Federal, em seu artigo 220⁵⁸, garante o direito à informação, mas não o limita, cabendo aos operadores do direito criar os parâmetros de sua aplicação.

⁵⁷ A confidencialidade das comunicações está assegurada pelo artigo 5.o da Directiva 97/66/CE. Nos termos dessa directiva, os Estados-Membros devem proibir qualquer forma de interceptação ou de vigilância dessas comunicações, por pessoas que não sejam os remetentes destinatários destas, com exceção de quando legalmente autorizados.

⁵⁸ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

O surgimento deste artigo constitucional se dá em razão da repressão feita pelo regime militar nas décadas anteriores a promulgação da Carta Magna de 1988, onde toda informação era censurada ou manipulada em benefício do regime ditatorial. E, por estarem em compasso, a criação, a privacidade e o acesso à informação, merecem maior atenção da sociedade. A digitalização de obras de forma unilateral, pelo Google, sem autorização prévia de seus titulares, fere princípios de soberania dos países. Esta empresa multinacional visa o lucro financeiro, e vem burlando as legislações nacionais e impondo o que lhe é favorável.

Com isso, o Google ou qualquer empresa do mesmo setor não pode vedar a inserção de conteúdo, sob pena de estar realizando censura, e que é vedado em nosso ordenamento jurídico. Ao mesmo tempo, este conteúdo poderá violar o direito a privacidade, que também é um direito constitucional. Considere-se que aqui, a administração dos conteúdos, em si mesma, já constitui evidente vedação de conteúdo, pois limita o acesso a dados considerando interesses previamente delimitados pela empresa Google. Em relação ao direito subjetivo de privacidade, cabe a cada um dos ofendidos exercer tal direito, mormente nos dias de hoje, quando para alguns determinada exposição ofende sua privacidade, e para outros não só não ofende como é utilizada como instrumento publicitário.

O que se pode concluir é que no caso da privacidade, a administração dos dados deve ficar por conta do usuário e titular dos dados, com base em um direito vinculado a personalidade. Já a inserção de outros dados não deve em hipótese alguma ficar sob qualquer administração, ou ser submetido a qualquer algoritmo que privilegie algum sistema de busca, sob pena da escolha livre do indivíduo restar prejudicada. Quando o direito de exercer livremente a escolha é prejudicado, estamos afetando diretamente o direito à liberdade e o exercício da cidadania, ou seja, a própria dignidade da pessoa.

3. Google: pirata na digitalização ou libertador de uma cultura presa?

Como forma de continuar sua “disseminação da informação”, o Google iniciou a digitalização de obras, o que trouxe imediatamente indignação de titulares de direitos autorais, em especial editoras. A armazenagem destas obras em grandes bancos de dados coloca em dúvida a fragilidade de disseminação de obras sem controle dos direitos autorais, uma vez que o mundo virtual não possui a certeza da segurança da informação. Não existe garantia de segurança plena das informações no mundo virtual, se antes era necessário os segredos e as chaves, hoje basta uma senha. A criptografia é uma forma de codificar e decodificar códigos, mascarando, desta forma, o tráfego dos dados. Hoje, as transações bancárias e de comércio eletrônico são as poucas modalidades de tráfego de dados que possuem a criptografia.

Na empreitada de ideais praticamente oitocentistas, de construir uma “biblioteca” universal, pode-se dizer que o Google se despreocupou com os direitos dos titulares das obras. Questões referentes ao acesso disponível sem prévia autorização, e mesmo condições de disponibilização e autenticidade foram levantadas. Quem responderia pelas falhas do sistema, nesses casos? E se o cidadão já não tinha conhecimento de direitos autorais antes da Era Google, agora ainda menos. Deve-se considerar ainda que grande maioria tem necessidade de exposição e comunicação, e disponibiliza dados que constituem obras intelectuais protegidas, como fotografias, por exemplo.

A proposta do Google é conhecida de todos. Digitalizar o máximo possível, para não dizer tudo. O que não pode ser digitalizado? Tudo, tecnicamente, pode ser digitalizado (veja-se, por exemplo, o passeio a museus que se pode fazer pelo Google e o próprio Google Earth). Aqui se concentrará sobre a questão da digitalização de obras intelectuais protegidas, como livros, através do projeto “Google Books”. Para o projeto, o único limite que existe é o do direito de autor, e mesmo este já está enfraquecido a ponto de centenas de milhares de livros já estarem à disposição. Isso porque o Google diferencia a obra comercializável (ou seja, não esgotada), da obra esgotada, e não

diferencia a obra do ponto de vista da persistência de direitos de autor sobre a obra.

Através da situação apresentada pelo Google aparece claramente a distinção, que ainda persiste, entre os distintos sistemas do copyright e do direito de autor. Naturalmente a digitalização dos livros, levando em conta exclusivamente o caráter de não comercialização é muito mais chocante para os países da tradição romanística do direito de autor, uma vez que a obra não pode ser reduzida a um bem comercializável. Enquanto isso, na tradição do copyright, parece fazer mais sentido levar em conta – para digitalizar ou não uma obra – apenas se ela ainda tem capacidade de comercialização, ou seja, se ela está comercialmente disponível, se a disponibilização em rede não poderá afetar a exploração da obra. Ora, o critério claramente ofende os princípios do direito de autor, que tem como princípio básico a proteção da obra por toda a vida do autor e mais 70 anos após sua morte, independente da mesma estar ou não fora de catálogo ou (“*out of print*” – esgotada).⁵⁹

A visão do copyright é a da eficiência, enquanto o direito de autor se mantém na linha romântica, defendendo o poder do criador sobre sua obra, independente de ela estar ou não comercialmente acessível. A visão do direito de autor é mais individualista, pois preserva também o direito do autor de se arrepender e de cancelar a circulação de sua obra, enquanto a digitalização Google não está preocupada com isso, simplesmente, o que importa, é se a obra está no domínio público ou, se não está, se já não está mais comercialmente disponível, em clara ofensa aos direitos patrimoniais do autor, para não mencionar os morais.

⁵⁹ Para Christian Sprang, por exemplo, não faz sentido fazer a distinção entre obras esgotadas ou não, até porque, hoje em dia os livros são geralmente publicados de modo digital, sendo possível dizer que são criados junto com a demanda (edição sob demanda). Esse critério “in print”/“out of print” que definiu o direito autoral desde o Estatuto da Rainha Anna será substituído pelo critério geral de que o livro está disponível, sendo difícil dizer que está esgotado (SPRANG, Christian. Problem or Solution? Mass digitalization of library sotocks and the Google Book Settlement. IN: Global Copyright: Three Hundred Years since the Statute of Anne, from 1709 to Cyberspace. BENTLY, Lionel, SUTHERSANEN, Uma; TORREMANS, Paul. Edward Elgar Publishing Ltd., Massachusetts, 2010. P. 286-287).

De outro lado, a “ação Google” com a digitalização de livros mostra o quanto há um total desvirtuamento da noção de “pirataria” e “piratas”. Naturalmente o Google ganha rios de dinheiro com a digitalização das obras. O lucro é indireto em alguns casos, mas também direto através do acordo com algumas editoras e com o Congresso Americano. Entretanto, pode-se observar que se tomarmos por pirata quem reproduz obra alheia protegida sem autorização, no momento o Google é o um grande pirata. Por que o Google pode e outros não podem, claro, vem logo a pergunta! Esse mundo é muito injusto! Vem logo a resposta. Mas não é só isso. O fato é que o exemplo Google mostra que há uma concepção errada de “pirataria” vinculada às obras intelectuais. Quem reproduz obra para uso privado jamais poderia ser considerado pirata. O Brasil possui uma das leis mais severas do mundo contra a cópia privada de obras. Na Alemanha, por exemplo, é possível (ainda) a cópia de um exemplar para uso privado, e a Justiça decidiu que podem ser feitas até 7 cópias privadas da mesma obra pela mesma pessoa.

E depois, o Brasil é que é um paraíso para os piratas, onde pela legislação não é possível fazer cópia sequer de um exemplar,⁶⁰ que dirá sete cópias. Felizmente, essa interpretação meramente literal e tão restritiva da lei já não é admitida no Direito. Deve-se chamar a função social da propriedade, basicamente dentro da constitucionalização do direito civil.

Ora, na realidade, piratas são outra coisa. É de se esclarecer o termo. Piratas só podem ser considerados assim aqueles comerciantes que estão na realidade violando regras de concorrência, além de direitos de propriedade intelectual. Não há razão para chamar de piratas quem faz uma cópia de obra para uso privado, é um exagero que não contribui em nada para o esclarecimento e busca de equilíbrio entre interesses conflitantes. Por isso mesmo, é lamentável que movimentos sociais tão saudáveis e positivos como os partidos piratas que se expandem pelo mundo tenham adotado tal

⁶⁰ Nos termos do artigo 46, II, da Lei 9.610/98, que permite apenas “partes” da obra: II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro (...).”

denominação.⁶¹ Deveriam se expandir utilizando outra nomenclatura, como “Partido do Livre Acesso”, ou “Partido da Liberdade Informacional”, ou coisa parecida, mas a maioria dos que já estão inclusive registrados nem tem mais uma ideologia “pirata”, e sim, uma ideologia “verde” e pela “liberdade”.

O nome errado para o movimento evidentemente dificulta sua ação política, na verdade, pois eles não são “piratas”. São entidades compostas por cidadãos que defendem interesses legítimos, vinculados à defesa da liberdade da informação e conhecimento, dentro do qual estaria o direito de autor (e não fora dele, como se pudesse manter-se isolado e independente de um interesse público de acesso). Com tais considerandos, o Google seria um pirata ou não? Ele não é uma pessoa particular realizando cópias sem fins lucrativos, e com o interesse particular de acesso à informação – e obviamente não pode reclamar nada em nome da sua “dignidade humana” – princípio moral universal dirigido a pessoas físicas ou à coletividade, mas de pessoas.

Uma outra questão “facilmente resolvida” pelo Google é relativa às “obras órfãs”. Na medida em que passa a digitalizar tudo, e que o autor só poderá agir de forma negativa, ou seja, com o comando de determinação de retirada da obra do banco de dados, muitas obras órfãs, cujo autor encontra-se em lugar não sabido e não se tem como pedir autorização para o uso da obra, acaba, pois, prontamente e pragmaticamente resolvido. É bom? É ruim? É uma solução. E uma solução bem pragmática. Eficiente. A justiça e a correção vão depende do ponto de vista. Se pensarmos no interesse público, vemos aproximação à Justiça informacional, mas qual o “interesse público” do Google? Está mais correto para o ponto de vista do copyright americano, mas não, obviamente, do ponto de vista do direito de autor continental.

O velho dilema entre copyright e acesso ao conhecimento precisa ser esclarecido. Não existe um direito de acesso que vem de dentro do copyright, como pode a princípio parecer, quando se analisam os limites (que alguns

⁶¹ Acesso disponível em <http://partidopirata.org/partido-pirata/partido-pirata-no-mundo/>, vários já estão oficialmente registrados, e alguns com deputados eleitos, inclusive, mas muitos ainda operando como organizações.

insistem em chamar de “exceções” ao direito autoral).⁶² Como esclarece com clareza ímpar: “O Direito Autoral é um ramo do Direito como qualquer outro, no qual, portanto, se requer em igual medida o recurso a regras positivas como às negativas, para conciliar os interesses em presença numa unidade que sirva coerente e simultaneamente os interesses gerais, os dos titulares e os do público.” Existem limites ao direito de autor que vem de um amplo campo do Direito conhecido como direito à informação. E informação aqui deve ser tomada no seu mais amplo sentido, envolvendo inclusive obras protegidas pelo direito de autor.⁶³

Exceções como se o direito autoral fosse tão absoluto que ele comporta exceções... não, ele não é nada absoluto e possui limites. Limites a um direito porque as limitações vêm tanto de dentro quanto de fora da legislação autoral, vem de espaços mais amplos e legitimamente justificáveis, mostrando que o direito de autor está integrado no ramo mais amplo do direito hoje conhecido como Direito da Sociedade da Informação.

4. Conclusão

Com isso, é possível concluir, no mínimo, que não é a partir do Direito de Autor que poderão surgir soluções para os dilemas do acesso, pelo contrário. É a partir de um ramo mais amplo do direito, do direito informacional, ou do

⁶² Bem pontuado por ASCENSÃO, José de Oliveira. Questões críticas do direito e da internete (no prelo). Os autores agradecem a generosidade do prof. Ascensão em permitir o uso do artigo ainda inédito, que em breve será publicado no Brasil nos anais do Seminário de Direito de Autor sob aos cuidados do Prof. Marcos Wachowicz, realizado em setembro de 2010 na Universidade Federal de Santa Catarina. E ainda: “*Não há motivo para considerar exceções as regras limitativas, como se o direito autoral fosse um absoluto do qual só por exceção se pudesse subtrair alguma faculdade; com a consequente aplicação aos limites do regime muito restritivo das regras excepcionais.*”

⁶³ As used by these public-interest advocates, the concept of access to knowledge communicates something much broader than access to education and opportunities for learning. Within this framework, the term “knowledge” is understood to broadly refer to data, information, tools, inventions, literature, scholarship, art, popular media and other expressions of human inquiry and understanding. The demand for “access” is also broadly intended— pertaining not only to the right to access these products as consumers, but also the right to participate as producers in their creation, manipulation and extension (SHAVER, Lea. *Introducion In Access to Knowledge in Brazil: new research in Intellectual Property, Innovation and Development.* Information Society Project Yale Law School, 2008. p. 12).

direito à informação, que envolve o direito público ao acesso, o direito à privacidade, questões antitruste e vários tópicos interligados. O que é necessário e urgente é abandonar a crença de que o direito de autor é o todo poderoso de onde e apenas a partir de onde podem ser encontradas soluções para a sociedade informacional. O direito de autor protege conteúdos criativos, protege obras intelectuais, é, portanto, um importante elemento do direito informacional, mas não é o único.⁶⁴

De todo modo, a atitude arrojada do Google parte do princípio pragmático de que o autor tem o direito de retirar a obra do banco de dados. Um direito e “*opt out*”, que é muito diferente e mais limitado do que o direito de autorizar qualquer uso e inclusão em banco de dados por exemplo. Por trás disso estaria o interesse público de acesso às obras, mas não se pode ser tão ingênuo a ponto de acreditar que Google age por interesse público, e sim por seu próprio interesse. Surgiu daí a necessidade da criação de um registro para autores que desejam receber direitos autorais ou excluir a obra do banco de dados. E novamente, mais uma mudança significativa na história do direito de autor, uma vez que a ideia de registro desde a Convenção de Berna foi abolida. Claro que este seria um registro sem a conotação de constitutividade de direito, mas apenas instrumental para a sociedade da informação.

Com isso, do ponto de vista do direito de autor continental, o Google é um grande pirata. Mas também é um libertador de uma cultura presa. Já do ponto de vista do copyright, não, pois ele apenas está “trabalhando de um modo pragmático”, natural para o copyright anglo-americano. Na realidade, parece que com a criação do sistema de registro americano, para possibilitar (ainda que totalmente independente do Google e com enorme apoio financeiro do Google) o controle do autor sobre sua obra e o ganho com o uso público que o Google faz, estamos diante do grande e único intermediador entre o usuário e o autor de obras intelectuais: o Google.⁶⁵ E com isso, países que ainda

⁶⁴ A respeito em HOEREN, Thomas. *Access Right as a postmodern symbol of copyright deconstruction?* In *Direito da Sociedade da Informação*, Separata do Volume VI, Coimbra Editora, 2006, p. 24.

⁶⁵ Isso para não falar de tantas outras questões como a posse de dados pessoais, que Phiipp Schindler,

possuem direito a uma cópia privada poderão em breve perder essa possibilidade, pois o Google tende a ser o único proprietário autorizado tecnicamente e juridicamente a conceder cópias de obras, e todos terão que pagar por elas, inclusive para cópias que atualmente são autorizadas livremente por várias legislações (infelizmente não pela restritivíssima lei brasileira, que, espera-se, sofra alterações nesse sentido).

Existindo um evidente abuso na proteção autoral, onde se percebe claramente que o excesso de proteção aos titulares do direito mais não representa do que uma forma de monopolização de bens culturais, o Google que pode ser visto como um grande pirata, por disponibilizar obras intelectuais na internet, também pode ser visto como um libertador de uma cultura presa. Libertador longe dos ideais iluministas do século XVIII, pois é libertador com vistas a seu próprio negócio lucrativo. De toda sorte, movimentos por maior acesso trazem sempre uma movimentação positiva para a libertação da cultura e o exercício democrático de acesso à informação e cultura.

Há já notícias de mudanças nos tribunais brasileiros também. Recentemente numa ação movida por Millôr Fernandes (morto em março de 2012) contra a Editora Abril, porque esta disponibilizou o acervo da revista desde sua primeira edição — viola direitos autorais, uma vez que não têm a autorização do autor. A decisão em sede de juízo singular foi dada em agosto de 2012, o juiz considerou o interesse social da empreitada, e ainda, o fato de que a obra é o resultado de um trabalho colaborativo. Nesse sentido, a autoria cabe à pessoa física ou jurídica organizadora, sendo que os colaboradores já foram pagos por elas. ⁶⁶A decisão mostra que o velho direito autoral (Lei

chefe para o “Nord-Zentraleuropa mit Dienstsitz in London” afirma categoricamente que “Wir spionieren nicht”(…) Wir hinterlassen überall Datenspuren”... E Incentiva que deixemos de lado a ideia de que todo armazenamento de dados é ruim, pois isso não é verdade. Em Ende der Privatheit. Der Spiegel, 2/2010. p. 58-69.

⁶⁶ Cfe. BEREZIN, Ricardo Zeef. *Obra coletiva pode ser reproduzida na internet*. CONJUR. Processo n. 583.00.2009.214684-0, com trâmite junto à Rodrigo Garcia Martinez, da 29ª Vara Cível de São Paulo, disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-ago-17/publicacao-internet-obra-millor-veja-nao-violadireitos>, com acesso em 24/08/2012.

.610/98) já está sendo interpretado com base no novo constitucionalismo, ressaltando em especial a função social da propriedade.

Uma revisão da lei de direitos autorais deveria servir também para possibilitar o acesso da população ao direito que se pretende regular, para que o direito de autor deixe de ser exclusividade de advogados, que inclusive instrumentalizaram a legislação.⁶⁷ A lei não deve ser escrita de modo que apenas juristas possam decifrá-la, mas deve ser possível para o povo, a fim de que atinja seus objetivos de efetividade também, uma vez que as pessoas costumam respeitar as leis por uma questão de bom senso, o que está faltando de modo crasso na atual legislação autoral brasileira.

5. Referências

- ASCENSÃO, José de Oliveira. Questões críticas do direito e da internet (no prelo).
- ARTHUR, Charles. *Google alters algorithm as Hollywood lobbyists win latest copyright battle*, <http://www.guardian.co.uk/technology/2012/aug/10/google-algorithm-hollywood-lobbyists-copyright>, acesso em 26/08/2012.
- HOEREN, Thomas. *Access Right as a postmodern symbol of copyright desconstruction?* In *Direito da Sociedade da Informação*, Separata do Volume VI, Coimbra Editora, 2006.
- KRETSCHMANN, Ângela. *Dignidade Humana e Direitos Intelectuais: revisitando o direito de autor na era digital*. Florianópolis: Millenium, 2009.
- LEVY, Steven. *Google: a biografia*. São Paulo: Universo dos Livros, 2012.
- LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999.
- LITMAN, Jessica. *Digital Copyright*. Prometheus Books, New York, 2001.
- PARISER, Eli. *O filtro invisível: o que a internet está escondendo de você*. São Paulo: Zahar, 2012.
- RIFKIN, Jeremy. *The Age of Access: The New Culture of Hypercapitalism, Where all of Life is a Paid-For Experience*. Penguin Putnam Inc., New York, 2000.
- SHAVER, Lea. *Introducion In Access to Knowledge in Brazil: new research in Intellectual Property, Innovation and Development*. Information Society Project Yale Law School, 2008.
- SCHINDLER, Phiipp. *Ende der Privatheit*. *Der Spiegel*, 2/2010. p. 58-69.
- SPRANG, Christian. *Problem or Solution? Mass digitalization of library sotocks and the Google Book Settlement*. IN: *Global Copyright: Three Hundred Years since the Statute of Anne, from 1709 to Cyberspace*. BENTLY, Lionel, SUTHERSANEN, Uma; TORREMANS, Paul. Edward Elgar Publishing Ltd., Massachusetts, 2010.

⁶⁷ Bem observado por LITMAN, Jessica. *Digital Copyright*. Prometheus Books, New York, 2001. p. 179. Conforme já havíamos concluído em KRETSCHMANN, Ângela. *Dignidade Humana e Direitos Intelectuais: revisitando o direito de autor na era digital*. Florianópolis: Millenium, 2009.

DIREITO AUTORAL E DIFUSÃO DE TECNOLOGIA NA EMBRAPA

Cássia Isabel Costa Mendes⁶⁸

Antônio Márcio Buainain⁶⁹

Resumo:

Este trabalho tem por objetivo relatar a institucionalização da proteção de obras de direito autoral, desenvolvidas pela Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa) – vinculada ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento –, como veículos de difusão de suas tecnologias. A metodologia conta com análise das leis de direito autoral e de software e análise da política de propriedade intelectual da Embrapa. São discutidos os procedimentos de proteção às obras de direito autoral das categorias: a) produção técnico-científica (obras literárias – artigos e livros); b) desenvolvimento de tecnologia (software, serviços de informação Web, imagem de satélite e mapa); c) obras para produção da imagem institucional (programas de TV, DVD, vídeo, fotografia e programa de rádio). A conclusão aponta que a implementação da política de propriedade intelectual da Embrapa confere segurança jurídica para a difusão de suas tecnologias protegidas pelo direito autoral, possibilitando maior acesso da sociedade brasileira aos resultados de pesquisa gerados pela empresa. Também contribui para promover o equilíbrio entre o nível de proteção legal e o interesse social.

Palavras-chave: DIREITO AUTORAL; PROPRIEDADE INTELECTUAL; EMBRAPA.

⁶⁸ Bacharel em Direito. Mestre e Doutoranda em Desenvolvimento Econômico pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp). Analista da Embrapa Informática Agropecuária. Membro do grupo de pesquisa do Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia em Políticas Públicas, Estratégia e Desenvolvimento (INCT-PPED). E-mail: cassia@cnptia.embrapa.br

⁶⁹ Bacharel em Direito e em Economia. Mestre e Doutor em Economia pela Unicamp. Professor do Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp). Pesquisador Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia em Políticas Públicas, Estratégia e Desenvolvimento (INCT-PPED). E-mail: buainain@eco.unicamp.br

Abstract:

This paper aims to report the institutionalization of copyright work protection, developed by Brazilian Agricultural Research Corporation (Embrapa), under the Ministry of Agriculture, Livestock and Supply, as diffusion vehicles their technologies. The methodology relies on analysis of copyright e software's law and analysis and Embrapa intellectual property policy. We have discussed procedures for the protection of copyright work in these categories: a) technical and scientific production (literary work - articles and books) b) development of technology (software, Web information service, and satellite image, as well as maps); c) work for the production of corporate image (TV, DVD, video, photography and radio). The conclusion shows that the implementation Embrapa of intellectual property policy creates legal law insurance for the diffusion of their technology protected by copyright, allowing greater access from Brazilian society to search results generated by the company. It also helps to promote a balance between the level of legal protection and social interest.

Keywords: COPYRIGHT, INTELLECTUAL PROPERTY, EMBRAPA.

1. Introdução

A sociedade contemporânea está permeada por bens culturais imateriais – resultantes da criatividade humana – protegidos pelo direito autoral. Neste elenco encontram-se as obras literárias, artísticas e científicas, tais como livro, artigo, filme, fotografia, software, música, programas de TV e rádio.

O avanço tecnológico, em especial das tecnologias da informação e comunicação, possibilitou a popularização do uso e do acesso à informação e aos bens culturais, digitais ou não, principalmente com a Internet.

Para a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária - Embrapa⁷⁰, vinculada ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, a Internet é um importante espaço para difusão dos resultados de suas pesquisas. Isto porque para uma instituição pública de P&D agrícola, o cumprimento de sua missão passa pela imprescindível ação de difundir e transferir suas tecnologias geradas, como forma de possibilitar o acesso público ao acervo de conhecimento científico e tecnológico produzido por suas unidades de pesquisas.

⁷⁰ www.embrapa.br

A Embrapa, para tanto, utiliza mecanismos de proteção à propriedade intelectual para assegurar as formas estratégicas de difusão de suas tecnologias, produtos e processos. Todo o conhecimento técnico-científico gerado na empresa de pesquisa é, em geral, transformado em obras passíveis de proteção pelo direito autoral. Tal proteção visa tornar as obras acessíveis ao público e garantir sua condição de patrimônio público e, assim, atender a uma das finalidades desta empresa pública e devolver à sociedade brasileira o produto que foi financiado por ela.

Este trabalho tem por objetivo relatar a institucionalização da proteção de obras de direito autoral como veículo de difusão de tecnologias geradas pela Embrapa. Para tanto, o artigo está estruturado em quatro seções, incluindo esta introdução e a conclusão. A próxima, para auxiliar na reflexão, traz pontos essenciais do marco legal brasileiro aplicável à matéria – lei de direitos autorais e lei de software⁷¹. Tema da próxima seção é a caracterização da Embrapa e de sua política de propriedade intelectual, com o recorte para a dimensão autoralista. São discutidos os procedimentos de proteção às obras de direito autoral em três categorias: a) produção técnico-científica (obras literárias – artigos e livros); b) desenvolvimento de tecnologias e produtos (software, serviços de informação Web, imagem de satélite e mapas agroclimatológicos); c) obras para produção da imagem institucional (programas de TV/DVD/vídeo, fotografia e programa de rádio). Por fim, à guisa de uma conclusão, aponta-se que a implementação da política de propriedade intelectual da Embrapa confere segurança jurídica para a difusão de tecnologias por meio de obras autoralistas, possibilitando maior acesso da sociedade brasileira aos resultados de pesquisa gerados pela empresa.

⁷¹Lei no. 9.610/98 e 9.609/98, respectivamente.

2. Marco legal autoralista: alguns pontos essenciais

Considerando que a Embrapa tem por missão viabilizar soluções de pesquisa, desenvolvimento e inovação para a sustentabilidade da agricultura, em benefício da sociedade brasileira, e que alguns dos resultados de P&D – como obras literárias, artísticas e científicas – são protegidos pelo direito autoralista, é feita uma exposição de alguns dispositivos das leis no. 6.910/1998 e 9.609/1998.

Os direitos autorais tratam do direito de criação intelectual e têm como objeto de proteção a forma da criação e não as ideias nela contidas. O objeto não precisa, obrigatoriamente, ser fixado num suporte físico, sendo, portanto, abrangidas por esta modalidade de proteção as obras literárias, científicas e artísticas, os sons, as imagens e os programas de computador.

Abreu (1996) ressalta que, entre os direitos autorais, existem os direitos pessoais, ou morais, e os direitos patrimoniais. Os primeiros referem-se ao direito de “paternidade” (que vincula a obra a seu criador) e denominação (que o criador tem de dar o seu nome à obra). E os segundos conferem ao titular o direito de vender, doar ou disponibilizar a obra pela exploração econômica, por exemplo. Seu prazo de vigência é de 70 anos após o falecimento do autor.

O direito autoralista tem como pilares o reconhecimento da autoria do autor da obra intelectual tutelada e a defesa da integridade da obra, que garante a este a faculdade de pleitear proventos advindos da circulação de sua criação intelectual. O direito autoral, portanto, protege as criações intelectuais que possuam finalidade estética ou cultural.

A proteção autoral da obra nasce com o ato de criação, ou seja, com a materialização em suporte, tangível ou intangível, da manifestação do espírito. Somente o ser humano tem a capacidade de criar.

A lei reconhece esta capacidade prescrevendo que só a pessoa física pode figurar como autor de uma obra intelectual. Tutelando a sua própria personalidade, Bittar (1999, p. 33) define os direitos morais do autor como

sendo “a expressão do espírito criador da pessoa, como emanção da personalidade do homem na condição de autor de obra intelectual estética.”

A lei autoralista, em seu artigo 24⁷², elenca os direitos morais. Carboni (2003, p. 64-65), ao discorrer sobre os direitos morais, esclarece que estes conferem ao autor o direito de: (i) pleitear o reconhecimento de autoria da sua obra; (ii) ter seu nome na obra, o qual é um direito de personalidade, para que o autor seja indicado na utilização da mesma; (iii) conservar a obra inédita, podendo ou não divulgá-la, a seu critério; (iv) assegurar a integridade da obra, impedindo quaisquer atos que, de qualquer forma, venham a afetar a sua integridade; (v) modificar a obra, e somente a ele é atribuído este direito.

O direito à integridade da obra – que confere ao autor a possibilidade de se opor a modificações em sua obra e a atos que possam prejudicá-lo ou atingir sua honra ou reputação – atribui ao autor o direito de impedir quaisquer atos que afetem a integridade da obra ou que a modifiquem. Este direito se coaduna com o próximo, que estabelece que somente o autor da obra pode modificá-la, antes ou depois de utilizá-la.

O outro elemento do direito autoral é o direito patrimonial. Os direitos patrimoniais são previstos no artigo 28⁷³. O cerne do direito patrimonial consiste nas faculdades inerentes à propriedade – usar, fruir e dispor. O direito patrimonial vincula-se ao conceito de propriedade, no entanto, com uma característica específica que é a sua intangibilidade.

É na instituição da propriedade privada que o autor encontra o reconhecimento de seu direito de auferir proveito econômico de sua obra. A propriedade privada sobre o bem criado e produzido pelo autor é a base que lhe confere a faculdade de dispor da obra.

⁷² Lei 9.610/1998, Art. 24.

⁷³ Lei 9.610/1998, Art. 28 - Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

Carboni (2003) esclarece que esta utilização econômica da obra constitui-se numa faculdade do autor, o qual pode autorizá-la ou não, bem como estabelecer os termos e as condições para seu uso.

Dos direitos patrimoniais decorre a obrigatoriedade de se obter autorização prévia do autor para utilização da obra.

Para classificar os direitos patrimoniais, Ascensão (1997, p. 165) utiliza a terminologia faculdades patrimoniais. Elas são constituídas pelas faculdades instrumentais e as modalidades de exploração econômica. Algumas das faculdades instrumentais elencadas pelo autor são: (i) a fixação em aparelho destinado à reprodução mecânica, elétrica, eletrônica; (ii) a reprodução nas diversas formas; (iii) a modificação da obra; (iv) a inclusão de obra diferente; (v) a colocação da obra em circulação. Quanto às modalidades de exploração econômica estão, entre outras: (i) a apresentação pública; (ii) a representação; (iii) a execução; (iv) a exibição cinematográfica.

A proteção dos direitos autorais independe de registro. No entanto, a lei faculta ao autor registrar sua obra no órgão público competente, pagando retribuição, para tanto.

Em se tratando da proteção à propriedade intelectual do software, pelo regime do direito autoral, há algumas especificidades. Um dos desdobramentos dos direitos morais e patrimoniais é a dicotomia entre autoria e titularidade que permeia o desenvolvimento de software.

O mesmo diploma legal prevê que a pessoa jurídica pode ser titular de direitos de autor, todavia não poderá exercer o direito moral que cabe exclusivamente ao autor, pessoa física. Portanto, a pessoa jurídica não figura como autor, pois a titularidade refere-se apenas à organização para a criação intelectual.

No direito brasileiro, o autor da obra é a pessoa física e o titular pode ser a pessoa jurídica em determinados casos, como ocorre na realização da obra em função do contrato de trabalho.

Esta dicotomia evidencia-se no desenvolvimento de software, que é, na maioria dos casos, uma obra coletiva.

O artigo 4º da lei 9.609/1998 prescreve que “pertencerão exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou órgão público, os direitos relativos ao programa de computador.” No entanto, a titularidade conferida ao empregador/organizador – normalmente pessoa jurídica – não exclui a proteção dos direitos morais relativos à participação individual do empregado/autor.

O organizador ou o empregador tem a titularidade sobre o software desenvolvido na constância da relação de emprego. E também são abrangidos pela lei os direitos morais dos autores que colaboraram, individualmente, para o desenvolvimento do software.

Carboni (2003, p. 69) esclarece muito bem a polêmica questão, ao dizer que o direito patrimonial de autor não pode ser considerado separadamente dos direitos morais, pois existe uma impossibilidade de romper o vínculo existente entre a obra e o seu autor.

Quando os direitos autorais, por força de contrato de trabalho ou de obra sob encomenda, são conferidos a pessoas distintas, o exercício dos direitos patrimoniais do titular estará adstrito à observância e respeito aos direitos morais do autor.

Infere-se que tal dicotomia mostra a natureza indissociável entre direitos patrimoniais e direitos morais de determinada obra. Carboni (2003, p. 70) corrobora com a afirmativa, opinando que o titular dos direitos patrimoniais não detém a faculdade de gozar livremente da obra – faculdade inerente ao direito de propriedade –, pois sua utilização só poderá ocorrer nos limites estabelecidos e previamente autorizados pelo autor – detentor dos direitos morais.

Outra especificidade da proteção do software refere-se à necessidade da licença de uso. Licença é um documento que pode permitir a distribuição e a cópia – onerosa ou gratuita – de um software em determinadas circunstâncias claras.

Wachowicz (2001, p. 11) esclarece que o tipo de licença a ser utilizada depende da forma de comercialização do software, pois não existe uma compra e venda de software, e não há vendedor ou comprador, existindo, sim, uma permissão para o seu uso, por intermédio da licença, e a relação jurídica e econômica é estabelecida entre o titular de direitos (produtor/desenvolvedor de software) e o usuário final.

A lei 9.609/1998 estabelece⁷⁴ que será objeto de contrato de licença o uso de programa de computador no Brasil, e, na sua inexistência, o documento fiscal servirá como prova da regularidade do uso.

A Embrapa adota licenças de uso diversas para os softwares que desenvolve, considerando as especificidades das formas de licenciamento, com código-fonte fechado ou código fonte aberto, para software livre. A seção seguinte aborda esta questão, além de efetuar uma caracterização da empresa e apresentar a sua política de propriedade intelectual.

3. EMBRAPA: Caracterização⁷⁵ e institucionalização da proteção de obras autorais

A Embrapa, criada em 1973, é uma empresa pública de direito privado. Estrutura-se por unidades administrativas, localizadas em Brasília – DF, e por unidades descentralizadas de pesquisa e de serviços distribuídas pelo Brasil. A empresa possui 9.660 empregados, dos quais 2.392 são pesquisadores - 18% com mestrado, 74% com doutorado e 7% com pós-doutorado. As 47 unidades

⁷⁴ Lei 9.609/1998 - Art. 9º – O uso do programa de computador no País será objeto de contrato de licença. Parágrafo único – Na hipótese de eventual inexistência do contrato referido no caput deste artigo, o documento fiscal relativo à aquisição ou licenciamento de cópia servirá para comprovação da regularidade do seu uso (BRASIL, 1998).

⁷⁵ A caracterização da Embrapa teve como fonte: www.embrapa.br

descentralizadas são classificadas em: a) 5 como unidades de serviço; 14 unidades de pesquisa de produtos; 11 unidades de pesquisa de temas básicos e 17 unidades de pesquisa ecorregionais⁷⁶.

Pela natureza da atividade da empresa – pesquisa agrícola –, seus empregados são incentivados a gerar conhecimento científico e tecnológico aplicável à agricultura brasileira, resultando em tecnologias, produtos e processos passíveis de proteção à propriedade intelectual.

A partir da revisão parcial do marco legal brasileiro atinente aos direitos de propriedade intelectual, em 1996, a Embrapa observou a necessidade de uma gestão criteriosa de seus ativos intangíveis, em conformidade com as novas prerrogativas legais. No mesmo ano, a empresa aprovou sua política de gestão da propriedade intelectual – que institucionaliza a proteção dos resultados de pesquisa de por meio da Deliberação no. 22/96, e, a partir deste ano, foram editadas resoluções normativas específicas para proteção de cultivares e obras de direito autoral.

A citada deliberação criou no âmbito de todas as unidades de pesquisa da Embrapa o Comitê Local de Propriedade Intelectual que tem por finalidades: a) examinar os processos ou produtos gerados pela atividade de pesquisa da empresa, isoladamente ou em parceria, em qualquer das formas de registro de direitos autorais, registro de software, patente de invenção, patente de modelo de utilidade, registro de desenho industrial, registro de marcas, registro de indicações geográficas e proteção de cultivares; e b) atuar consultivamente e assessorar a direção do centro de pesquisa no estabelecimento de normas relativas à propriedade intelectual (EMBRAPA, 1996).

Como os objetos de investigação deste trabalho são as obras autorais, é feito um recorte na política de propriedade intelectual da empresa para analisar apenas a Resolução Normativa n.º. 14⁷⁷, de 2001, e seus

⁷⁶Mais informações em: http://www.embrapa.br/a_embrapa/unidades-de-pesquisa-e-de-servicos

⁷⁷Disponível em: <http://www22.sede.embrapa.br/snt/html/propriedadeintelectual/txt/resol14-2001%20dir%20autoral.pdf>

desdobramentos, a qual regulamenta, no âmbito da Embrapa, as questões de direitos de autor e daqueles que lhe são conexos. A citada norma visa atender as necessidades da instituição e de seus autores, ao mesmo tempo resguardar os interesses públicos e da pesquisa agropecuária.

Concernente à autoria, a obra gerada na Embrapa pode ser: a) individual – produzida somente por um autor; b) em coautoria: desenvolvida por vários autores; e c) coletiva: aquela cuja criação teve a iniciativa da Embrapa, dela participando vários autores com contribuições que se fundem numa criação autônoma.

As obras intelectuais passíveis de proteção autoralista geradas pela Embrapa e difundidas⁷⁸ para a sociedade estão elencadas no Quadro 1.

Quadro 1. Obras protegidas pelo direito autoralista

Categorias	Obras protegidas pelo direito autoralista
produção técnico-científica	obras literárias: artigos (em anais de congresso e em periódicos), livros, série Embrapa (boletim de pesquisa, circular e comunicado técnico e documento)
desenvolvimento de tecnologias e produtos	software, serviços de informação Web, imagem de satélite, mapas de gestão ambiental e agroclimatológico
obras para produção da imagem institucional	programas de TV/DVD/vídeo, fotografia, material didáticos de cursos, programa de rádio (Prosa Rural)

⁷⁸Aqui, cabe explicar a razão de uso do termo difusão e não transferência de tecnologia. Rogers (1995) esclarece que a difusão de tecnologia é o processo em que uma inovação é comunicada por intermédio de canais de comunicação, em determinado espaço de tempo, entre os membros de um sistema social. Esta definição não contempla, porém, ações específicas de capacitação para adoção. Por seu turno, a transferência de tecnologia é um conceito mais abrangente, como apresenta Walter (2000), caracterizada como um processo dinâmico, completo e demorado, e o seu sucesso é influenciado por vários fatores oriundos de diferentes fontes. Como neste trabalho aborda-se principalmente o uso de obras autorais enquanto veículos para comunicar a inovação tecnológica – seja por meio de uma obra literária, de um serviço web, de um software, de um programa de rádio ou TV –, utiliza-se o termo difusão e não transferência de tecnologia que nos parece mais adequado para o fim que se destinam as obras autorais aqui estudadas.

Por seu turno, o Quadro 2 elenca os tipos de instrumentos protetivos aos direitos autorais utilizados para cada tipo de obra desenvolvida.

Quadro 2 - Instrumentos protetivos por categoria de obra

Obras por categorias	Instrumentos Protetivos			
	Termo de direito autoral	Registro no órgão competente	Licença de uso	Política de privacidade e condições de uso obras na Web
produção técnico-científica <ul style="list-style-type: none"> • livro • artigos • série Embrapa 	sim, para todas as obras	para livros, registro do ISBN	são celebradas licenças para publicação ou utilização por terceiros	sim, para todas as obras
desenvolvimento de tecnologias e produtos <ul style="list-style-type: none"> • software • serviços de informação Web • imagem de satélite e mapas 	sim sim não	sim, no INPI* não não	sim não não	sim, para todas as obras
obras para produção da imagem institucional <ul style="list-style-type: none"> • fotografia • programas de TV • programa de rádio 	sim caso haja alguma obra passível de proteção dentro dos programas de TV e rádio, são firmados termos de direito autoral	não não não	não licenciamentos para exibição ou execução de programas de rádio e TV são celebrados entre a Embrapa e terceiros	sim, para todas as obras

* principalmente para os casos de software cuja licença de uso será onerosa.

Nos itens a seguir, são apresentadas algumas especificidades de proteção nas categorias de obras protegidas. Os instrumentos protetivos utilizados variam para cada tipo de obra, conforme Quadro 2. São eles: 1) celebração de termo de cessão de direito autoral entre a Embrapa e os autores; 2) solicitação de registro da obra no órgão competente; 3) elaboração de licença de uso, em

se tratando de software livre ou proprietário; 4) elaboração de política de privacidade e condições de uso de obras disponíveis na web.

4. Produção técnico-científica

Nesta categoria são incluídas as **obras literárias** de caráter técnico ou científico, principalmente artigos publicados em anais de congresso, em periódicos, os livros e a série de publicação Embrapa (boletim de pesquisa, documento, circular e comunicado técnico).

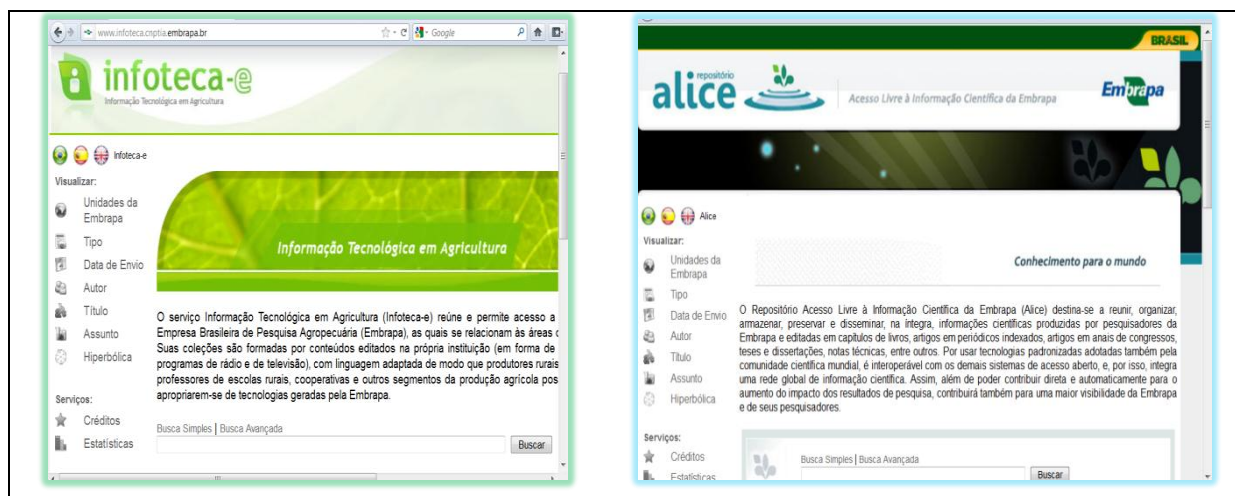
Para a disponibilização das obras para o público em geral, a citada Resolução Normativa 14/2001 estabelece a necessidade de celebração de termos de cessão de direitos patrimoniais específicos, de acordo com o tipo da obra (EMBRAPA, 2001).

Em se tratando de obra individual, a Embrapa celebra com o autor um termo de cessão temporária de direitos patrimoniais. Neste instrumento jurídico, o autor cede à Embrapa, total e temporariamente, nos termos da Lei n.º 9610/1998, os direitos patrimoniais sobre a obra.

A cessão dos direitos patrimoniais confere à Embrapa exclusividade para exercer os direitos de atualização, edição, tradução, adaptação e modificação da obra. E mais vinculados à difusão da obra, a empresa exerce os direitos de divulgação, publicação, distribuição – onerosa ou gratuita – e disponibilização na internet.

Para difusão da produção técnico-científica na Web, a Embrapa mantém dois repositórios institucionais para divulgação gratuita das pesquisas geradas: 1) Infoteca: voltada principalmente para o agricultor; e 2) Alice: direcionado para a comunidade científica (Figura 1).

Figura 1. Páginas iniciais dos repositórios Infoteca-e e Alice



O primeiro repositório, denominado serviço de Informação Tecnológica em Agricultura (Infoteca-e)⁷⁹, reúne e permite acesso a informações sobre tecnologias produzidas pela Embrapa por meio de seus centros de pesquisa. Os conteúdos do repositório estão disponíveis em forma de livros para transferência de tecnologia, cartilhas, programas de rádio e televisão. O público-alvo da Infoteca-e é formado por produtores rurais, extensionistas, técnicos agrícolas, estudantes e professores de escolas rurais, cooperativas e outros segmentos da produção agrícola. Objetivando a maior facilidade em assimilação dos conteúdos pelo público-alvo, a linguagem do repositório é adaptada para possibilitar a apropriação de tecnologias geradas pela empresa.

O segundo é o repositório Acesso Livre à Informação Científica da Embrapa (Alice)⁸⁰. O repositório reúne, organiza, armazena, preserva e difundem, na íntegra, informações científicas produzidas pela empresa e editadas em obras protegidas pelo direito autoral, tais como capítulos de livros, artigos em periódicos indexados, artigos em anais de congressos, teses e dissertações e notas técnicas. Este serviço web utiliza tecnologias

⁷⁹ Disponível em: <http://www.infoteca.cnptia.embrapa.br/>

⁸⁰ Disponível em: <http://www.alice.cnptia.embrapa.br/>

padronizadas adotadas pela comunidade científica mundial, sendo interoperável com os demais sistemas de acesso aberto, integrando uma rede global de informação científica. O público alvo do conteúdo do Alice é a comunidade científica.

Além da disponibilização gratuita na Internet de obras de produção técnico-científica, a Embrapa também comercializa livros por meio de sua Livraria Virtual⁸¹. Neste caso, a empresa remunera o autor principal (obra individual) na quantia de 10% do valor unitário de venda constante da nota fiscal, de cada exemplar efetivamente vendido. Em se tratando de obra coletiva, a remuneração será dividida em partes iguais, salvo se houverem os autores estipulado proporção diferente para cada um.

Como o registro das obras autorais é facultativo, a Embrapa opta apenas pelo registro do ISBN (*International Standard Book Number*)⁸² na Fundação Biblioteca Nacional.

A Embrapa também utiliza como instrumento de proteção ao direito autoral de sua produção técnico-científica uma política de privacidade e condições de uso da produção disponibilizada na Web.

A esse respeito, o item seguinte traz mais informações ao tratar também da disponibilização de serviços pela Internet.

5. Desenvolvimento de Tecnologias e Produtos

Nesta categoria encontram-se software, serviços de informação Web e disponibilização de imagem de satélite e mapas agroclimatológicos.

Os softwares desenvolvidos pela Embrapa podem ser licenciados tanto como proprietário ou como software livre. Como a lei de proteção à propriedade intelectual do software – citada na seção anterior – estabelece que pertença à

⁸¹ Disponível em: <http://vendasliv.sct.embrapa.br/liv4/principal.do?metodo=iniciar>

⁸² O ISBN é um sistema que identifica os livros, de forma numérica, segundo o título, o autor, o país e a editora, individualizando-os inclusive por edição.

empresa o software desenvolvido em suas dependências, sob contrato de trabalho, a Embrapa celebra com seus empregados desenvolvedores um termo de reconhecimento, pelo autor, de direitos patrimoniais da Embrapa e de reconhecimento, pela Embrapa, da contribuição do autor.

O software pode ser encaminhado para registro no Instituto Nacional de Propriedade Industrial caso haja perspectiva de comercialização de sua licença de uso.

A licença de uso é outro instrumento utilizado – tanto para software com código fonte fechado como para software livre – para estabelecer os direitos e obrigações dos usuários, nos termos da lei 9.609/1998.

A Embrapa mantém a Rede de Software Livre para Agropecuária – AgroLivre, que visa atender à demanda do setor agropecuário nas áreas de sistemas de apoio à tomada de decisão, de apoio à pesquisa científica e de apoio a projetos de inclusão digital.

A Rede AgroLivre mantém um repositório⁸³ de software livre para uso do setor agropecuário, tanto de software gerado pela Embrapa, como de outras instituições de pesquisa. O repositório permite o gerenciamento, via internet, de projetos de desenvolvimento de software, viabilizando a construção de programas de forma distribuída e colaborativa. No repositório, estão ofertados alguns sistemas como software livre, com acesso gratuito.

No caso de software livre gerado pela Embrapa, sua disponibilização na Rede AgroLivre ocorre com a utilização de licenças de uso assemelhadas à Licença Pública Geral (GPL)⁸⁴. No entanto, esta difusão não ocorre sem polêmicas.

O software livre desenvolvido originariamente e difundido por órgãos da administração pública apresenta alguns questionamentos jurídicos quanto à titularidade e à disposição de bens públicos. Como afirmam Mendes e Buainain

⁸³ <http://repositorio.agrolivre.gov.br/>

⁸⁴ O trabalho de Mendes (2006) aborda os aspectos de inovação tecnológica e propriedade intelectual ligados ao software livre e faz um estudo de caso baseado na Rede AgroLivre.

(2006 e 2008), o licenciamento de software livre desenvolvido por órgãos da administração pública não configura disposição de bens públicos, não havendo renúncia aos direitos autorais e a titularidade continua sendo dos mesmos. Pela característica do software – bem imaterial e não-rival –, a sua utilização não exclui o uso do mesmo por outras pessoas. Em se tratando de um órgão público, principalmente de pesquisa e desenvolvimento, cuja missão seja transferir conhecimentos, tal como é o caso da Embrapa, o software livre pode ser um dos instrumentos que contribui para o cumprimento desta missão.

Além da disponibilização de software livre gerado pela Embrapa via Rede Agrolivre – não sem acalorados debates, como citado –, a Embrapa também difunde serviços web. Um dos exemplos é a Agência de Informação Embrapa⁸⁵.

A Figura 2 mostra a tela inicial destes dois sites.

Figura 2 – Páginas iniciais da Rede AgroLivre e da Agência de Informação Embrapa



Por meio deste serviço web, a Embrapa permite o acesso à informação tecnológica e ao conhecimento gerado não apenas pela empresa, mas também por outras instituições de pesquisa e de ensino. A Agência disponibiliza obras intelectuais que versam sobre a temática específica, seja um artigo, um vídeo

⁸⁵ Disponível em: <http://www.agencia.cnptia.embrapa.br/index.html>

ou um livro. Os assuntos abordados na agência são de três categorias. Sobre: a) cultivo vegetal, como açaí, batata e feijão; b) manejo animal, como ovinos de corte e suínos; c) temáticos, como bioma Cerrado e sistema de plantio direto.

Souza *et al.* (2009) esclarecem que o conteúdo das diversas Agências de Informação são constituídos de hipertextos elaborados por especialista a partir de informações, tecnologias e conhecimentos disponíveis nas instituições públicas de pesquisa e de ensino. Esses conteúdos são redigidos em linguagem simples e objetiva, contendo ilustrações, como figuras, gráficos e fotografias. Os hipertextos são complementados por informações que visam a ampliar a compreensão do conteúdo descrito, na forma de recursos eletrônicos na íntegra, como vídeos, programas de rádio, texto HTML, pdf, doc e planilhas eletrônicas.

A Agência de Informação Embrapa difere dos repositórios Alice e Infoteca-e – retro citados – em dois aspectos: a) suas obras autorais textuais são adaptadas para uma linguagem mais acessível para o público alvo (produtores rurais, profissionais de assistência técnica, consumidores finais e agentes envolvidos na cadeia produtiva daquele produto específico); b) as obras autorais são de titularidade e autoria e não apenas da Embrapa, mas também de outras instituições de pesquisa e ensino.

No tocante aos conteúdos inseridos no website, uma das precauções da Embrapa é com o estrito cumprimento da lei autoral no que concerne ao reconhecimento da autoria e à prévia autorização dos autores para uso das obras.

Verifica-se que o processo de produção de conteúdo hipertexto do website é caracterizado pelo uso obras autorais tanto para a consulta bibliográfica, como para o fornecimento de recursos ilustrativos para os textos como as tabelas, figuras, gráficos, fotos. Os outros recursos eletrônicos (vídeos, áudio, arquivos pdf, html, planilhas) também são utilizados na complementação das informações dos hipertextos. Souza *et al.* (2009) explicam que para cada recurso ilustrativo extraído de obra protegida e utilizado na elaboração dos

hipertextos, bem como os recursos eletrônicos complementares inseridos nos conteúdos hipertextos, são solicitadas autorizações de uso das obras no website junto aos respectivos autores e titulares. A partir da autorização, é celebrada uma licença de uso por meio da qual os autores e titulares concedem permissão para que a Embrapa, a título gratuito, efetue adaptação, publicação, distribuição e comunicação ao público da sua obra, no website da Agência, ou por outro meio que, no futuro, vier a substituí-lo. Esses instrumentos jurídicos contêm os elementos essenciais para seu objeto, bem como as condições de exercício do direito quanto ao tempo, lugar e gratuidade de uso das obras.

Além da licença de uso, a Embrapa também indica a autoria e a fonte da obra em cada obra utilizada.

No que concerne à disponibilização de obras na Internet, os websites citados – Alice, Infoteca-e, Livraria Virtual, Rede AgroLivre e Agência de Informação Embrapa – também utilizam uma Política de Privacidade e Condições de Uso dos Sites da Embrapa⁸⁶. A política prescreve:

a) garantias: a garantia de proteção de informações contidas em seus sites, em conformidade com o marco regulatório autoralista, bem como da propriedade intelectual, principalmente em se tratando das marcas da Embrapa;

b) direitos: todos os textos, imagens, sons e aplicativos exibidos nos sites são protegidos por direitos autorais, sendo vedado modificá-los, reproduzi-los, armazená-los, transmiti-los, copiá-los, distribuí-los; enfim: utilizá-los, por qualquer que seja a forma, para fins comerciais, sem o prévio e formal consentimento da Empresa;

c) proibições: aos usuários de sites da Embrapa de prejudicar direitos e/ou interesses de terceiros; violar, ou tentar violar, os meios técnicos de proteção do conteúdo dos sites; utilizar conteúdo dos sites com finalidade comercial de venda de serviços; modificar, alugar, vender, distribuir ou criar

⁸⁶ Disponível em: <http://www.embrapa.br/politicapriv.htm#5>

obras derivadas de aplicativos e de serviços, no todo ou em parte, disponíveis nos sites; reproduzir, duplicar, copiar ou explorar, com finalidade comercial, qualquer parte dos aplicativos, dos serviços ou dos produtos oferecidos nos sites.

Outras obras também disponibilizadas pela Embrapa são as imagens de satélite e mapas agroclimatológicos. Como estas obras são produzidas por equipamentos, a discussão da literatura foca na questão da autoria. Conforme explicitado na seção anterior, apenas a pessoa física pode ser autor da obra, e nunca a pessoa jurídica ou mesmo um equipamento, ainda que dotado de inteligência artificial. Como a lei autoral apresenta uma lacuna sobre a obra gerada em equipamento automático, a Embrapa buscou a opinião de doutrinadores para estabelecer uma regra de como proceder nestes casos.

Cabral (2000) ensina que não se pode atribuir um direito autoral a um ente não existente – a máquina –, que se limita a executar procedimentos técnicos. A lei autoralista perde seu objeto pela inexistência do autor do trabalho protegido, pois o autor foi substituído pela máquina que produz algo para seu proprietário que não contribuiu com nenhuma atividade criativa para o produto final: a imagem de satélite. É obra sem autor.

Barbosa (1999) compartilha do mesmo posicionamento, explicando a inexistência de direito autoral sobre o resultado de um funcionamento automático captador de imagens por satélite. Os comandos para direcionar a captação de imagens não são resultantes da decisão humana, mas sim meramente técnica e não importa em criação autoral.

Em se tratando de processamento de imagens obtido por satélite, a doutrina estabelece que: a) deve ser denominado o satélite; b) explicitada a empresa a qual pertence o equipamento; c) indicado o projeto de P&D vinculado à obtenção da imagem (EMBRAPA, 2011).

Esta interpretação segue a adotada pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) – NBR 6023 – ABNT75 –, que confere o mesmo tratamento para imagens de satélite, para mapas e documentos cartográficos similares (ABNT, 2002).

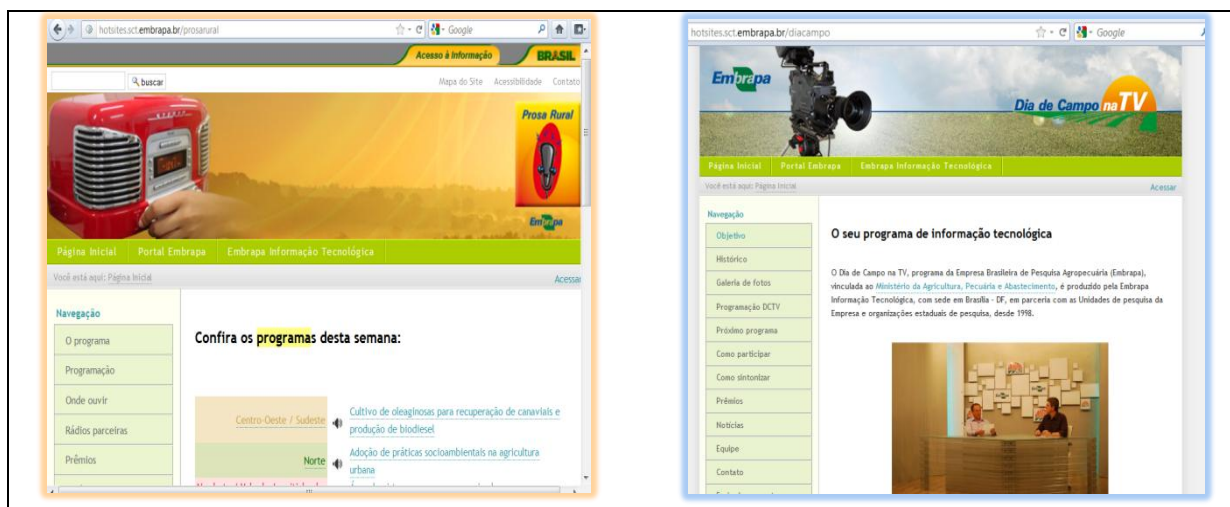
Considerando o posicionamento da doutrina sobre o assunto em tela, sumarizado acima e, apesar da pessoa jurídica não ter requisitos essenciais para ser titular do direito moral de autor, ela fará jus à proteção patrimonial concedida pela lei autoral. Não há nenhum impedimento de que seja indicada a fonte da imagem (e não a autoria, que não se aplica). Da indicação da fonte depreende-se a possibilidade da pessoa jurídica ter o direito de explorar comercialmente as imagens (EMBRAPA, 2011).

6. Produção da imagem institucional

Os programas de rádio e TV, vídeo e fotografia são as obras inseridas na categoria de produção da imagem institucional.

O programa de rádio Prosa Rural é distribuído gratuitamente para rádios de todo o Brasil e veicula matérias sobre tecnologias e produtos de baixo custo e de fácil adoção desenvolvidos pela Embrapa. Por seu turno, o Dia de Campo na TV disponibiliza resultados dos trabalhos desenvolvidos Embrapa, em linguagem de fácil compreensão para um público diversificado, como agricultores, técnicos, estudantes, donas de casa, empresários e interessados nas tecnologias geradas ou adaptadas pela empresa e parceiros. As reportagens destacam algumas novidades sobre a agropecuária, meio ambiente, manejo vegetal e animal, biotecnologia, agroindústria, agricultura familiar e agroenergia. (Figura 3),

Figura 3 – Tela inicial do programa de rádio Prosa Rural e do Dia de Campo na TV



A Embrapa autoriza terceiros a transmitirem os programas de TV e de rádio por meio de licenciamentos para exibição. A política de uso destes programas de rádio e de TV é a mesma adotada para obras disponibilizadas na Internet.

No caso da fotografia, é celebrado um instrumento de termo de direito autoral entre o autor da foto e a Embrapa – nos moldes citados anteriormente. Também é firmada uma licença de uso entre a empresa e terceiros para veiculação desta foto em publicações da Embrapa. Igualmente se aplica a política de privacidade e condições de uso de obra fotográfica disponível na Web.

7. Conclusão

Neste trabalho, foi apresentada a forma de institucionalização da proteção de ativos de propriedade intelectual produzidos pela Embrapa sujeitos ao instituto de direito autoral. Estes ativos incluem obras literárias de natureza técnica, software, serviços de informação Web, imagem de satélite, mapas, programas de rádio e TV e fotografia.

A implementação da política de propriedade intelectual na Embrapa é obrigação de uma empresa pública, financiada com recursos públicos, pois confere segurança jurídica quanto à propriedade dos ativos de conhecimento gerados pela empresa e que, desprotegidos juridicamente, poderiam ser facilmente apropriáveis por terceiros e terem sua utilização desviada dos objetivos para os quais foram criados. Não se trata, como sustentam algumas visões românticas da geração de conhecimento e ativos intelectuais sem dono, de proteger para restringir, mas de proteger para promover a circulação e assegurar a difusão de tecnologias para os fins para as quais foram criadas. Neste sentido, a proteção por meio de direito de autor constitui-se em mecanismo seguro de proteção e de difusão ordenada dos resultados de pesquisa gerados pela empresa.

A Embrapa, ao proteger seus ativos intangíveis por direitos de propriedade intelectual e disponibilizá-los à sociedade, executa seu papel de empresa pública em cumprimento precípua de sua missão que é viabilizar soluções de pesquisa, desenvolvimento e inovação para a sustentabilidade da agricultura, em benefício da sociedade brasileira. Também contribui para promover o equilíbrio entre o nível de proteção legal e o interesse social.

8. Referências

- ABREU, P. H. S. *Propriedade intelectual e inovações tecnológicas: o caso das patentes*. Monografia. Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas – Unicamp. Campinas: 1996.
- ABNT. Associação Brasileira de Normas Técnicas. *NBR 6023*. Rio de Janeiro, 2002.
- ASCENSÃO, J. de O. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- BITTAR, C. A. *Contornos Atuais do Direito de Autor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BARBOSA, D. B. *Propriedade intelectual e fotos automáticas tiradas por satélites*. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/125.DOC>>. Acesso em: 20 ago. 2012.
- BRASIL, Lei no. 9.609, de 19/02/1998. *Lei de Proteção da Propriedade Intelectual de Programa de Computador*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9609.htm> Acesso em: 17 ago. 2012. (1998b)
- BRASIL, Lei no. 9.610, de 19/02/1998. *Lei de Direitos Autorais*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm> Acesso em: 17 ago. 2012.
- CABRAL, P. *Direito Autoral: dúvidas e controvérsias*. São Paulo: Harbra, 2000.
- CARBONI, G. C. *O Direito Autoral na Multimídia*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- EMBRAPA. *Deliberação no. 22/96*. Política institucional de gestão da propriedade intelectual da Embrapa. Boletim de Comunicações Administrativas. Brasília, no. 30/96, p. 6, jul. 1996

- EMBRAPA. *Resolução Normativa nº 14/2001*. Boletim de Comunicações Administrativas, Brasília, DF, v. 27, n. 14, 2001.
- EMBRAPA. Assessoria Jurídica. Direito autoral e a Embrapa: dúvidas frequentes, esclarecimentos sobre leis e normas, e como aplicá-las. *Coleção Orientações Jurídicas*, 3. Brasília, DF: Embrapa Informação Tecnológica, 2011. 66 p.
- MENDES, C.I.C. *Software Livre e Inovação Tecnológica: uma Análise sob a Perspectiva da Propriedade Intelectual*. Dissertação (Mestrado). Universidade Estadual de Campinas. Instituto de Economia. Campinas: 2006. 297p.
- MENDES, C. I. C. ; BUAINAIN, A. M. . Apontamentos jurídicos sobre licenciamento de software livre pela administração pública: relato da experiência da Embrapa. In: Fórum Internacional de Software Livre, 2006, Porto Alegre. *Anais do VII Workshop sobre Software Livre*. Porto Alegre: Organizações Nova Prova Gráfica e Editora Ltda., 2006. p. 177-182.
- MENDES, C. I. C. ; BUAINAIN, A. M. . Licenciamento de software livre: a nova dimensão do direito autoral. In: II Congresso de Direito de Autor, 2008, Florianópolis. *Anais do II Congresso de Direito de Autor*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), 2008.
- ROGERS, E. *Diffusion of Innovations*. New York: The Free Press, 1995. 518p.
- SOUZA, M. I. F. ; MENDES, C. I. C. ; SANTOS, A. D. ; SILVA, J. S. V. . Utilização de obras protegidas pelo direito autoral em website de conteúdo: a experiência da Embrapa Informática Agropecuária. In: XXIII Congresso Brasileiro de Biblioteconomia, Documentação e Ciência da Informação, 2009, Bonito - Mato Grosso do Sul. *Anais do XXIII CBBB*, 2009.
- WALTER, G. Mechanisms for enhancing co-operation between academia and industry: activated technology transfer as na 255xample. In: ANGUELOV, S.; P. Lassere. *European S&T Policy and the EU Enlargement*. Venice: UNESCO, Venice Office, 2000.
- WACHOWICZ, M. A. A informática e os direitos autorais no Brasil. AR: *Revista de Derecho Informático*. No. 40. nov. 2001.

SALVAGUARDA DOS DIREITOS DE AUTOR E COMBATE À PIRATARIA NO BRASIL E EM PORTUGAL: AZEREDO E LEI DA CÓPIA PRIVADA

Elisianne Campos de Melo Soares⁸⁷

Resumo:

As tecnologias digitais foram responsáveis por profundas metamorfoses em nossas atividades laborais e interações sociais. As máquinas conectadas em rede nos permitiram aceder a conteúdos produzidos nos mais distantes pontos do planeta, e estreitar os laços de conhecimento com diferentes culturas e povos. A desmaterialização e reprodução com alto teor de fidelidade de bens culturais alterou nossos hábitos de consumo. A gradual eliminação dos suportes materiais e a praticidade dos arquivos digitais fez-nos consumir cultura em quantidades e formatos jamais antes imaginados. O advento do digital pôs em xeque os tradicionais papéis de artistas e indústrias, e levou-nos por um caminho sem alternativa: a necessidade de acompanhar as transformações que se sucederam e de adaptarmo-nos a elas. No combate a práticas como a pirataria, as legislações de muitos países foram endurecidas e os meios jurídicos que versam sobre o tema enveredaram por caminhos radicais. O presente estudo traz essa problemática à discussão, tomando como objetos de análise os contextos brasileiro e português.

Palavras-chave: BRASIL; CONTROLE; DIREITOS DE AUTOR; INTERNET; PORTUGAL.

⁸⁷ Possui graduação em Jornalismo pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestranda em Cultura e Comunicação pela Universidade de Lisboa (UL), é filiada ao Centro de Investigação Media e Jornalismo (CIMJ), da Universidade Nova de Lisboa (UNL), e à Associação Brasileira de Pesquisadores em Cibercultura (ABCiber), da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Contato: elisianne@campus.ul.pt

Abstract:

The digital technologies were responsible for profound transformations in our work activities and social interactions. The network connected machines allowed us to gain access to contents produced in the most remotes parts of the world, and to strengthen ties of knowledge with different cultures and peoples. The dematerialization and reproduction with hi-fi quality of cultural goods has altered our consumption habits. The gradual removal of the material support and the convenience of digital files made us consume culture in quantities and formats never imagined before. The advent of the digital put into question the traditional roles of artists and industries, and led us to a path of no return: the need to follow up the changes which have taken place and adapt to them. In the combat against practices like piracy, the legislation of many countries was hardened, and we saw the legal means dealing with the theme in radical ways. This study discusses this problem, taking as objects of analysis the brazilian and portuguese contexts.

Keywords: BRAZIL; CONTROL; COPYRIGHT; INTERNET, PORTUGAL.

1. Panoramas dos direitos de autor no Brasil e em Portugal

1.1 Legislação autoral brasileira

O primeiro registro legal que trata dos direitos autorais no Brasil é a Lei de 11 de Agosto de 1827 (BRASIL, 1827). Ela instituiu os cursos jurídicos no país, sendo responsável pela criação de dois centros de estudos, um em São Paulo e outro em Olinda. Os mestres nomeados para trabalhar nos cursos deveriam enviar às Assembleias Gerais os seus compêndios, relativos às matérias que lecionavam, para receber, ou não, aprovação. Com ela, os mestres gozariam durante 10 anos do privilégio de publicação dos escritos. Mas segundo Eduardo Manso, “Tratava-se, no entanto, de um direito aplicável apenas *intramuros*, nas Faculdades de Direito de Olinda e de São Paulo, não alcançando os demais autores brasileiros” (MANSO, 1992, pg. 16).

Em 1830 veio à promulgação do Código Criminal, e com ela surgiu à primeira regulação sobre a matéria. Suas normas visavam apenas à proibição da contrafação (reprodução não autorizada), sem conceder verdadeiros direitos autorais civis.

Foi em 1891, com a primeira Constituição Republicana, que o Brasil editou normas de direito autoral, como garantia constitucional, conforme o §26º do artigo 72 da Constituição Federal, nos termos (MANSO, 1992, pg. 17): “Aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar”. Essa lei foi publicada cinco anos mais tarde, em 1896, com o nome de Medeiros Albuquerque. Conforme diz Daniel Rocha,

Até o advento dessa lei, no Brasil, a obra intelectual era terra de ninguém. Tanto era assim que Pinheiro Chagas, escritor português, reclamava ter no Rio de Janeiro um “ladrão habitual”, que ainda tinha a audácia de lhe escrever dizendo: “Tudo que V. Ex^a publica é admirável! Faço o que posso para torná-lo conhecido no Brasil, reimprimindo tudo!”. O que ocorria é que, na época, era comum pensar-se que a obra estrangeira, ainda mais do que a nacional, podia ser copiada indiscriminadamente. (ROCHA *apud* PARANAGUÁ E BRANCO, 2009, pg. 18)

A lei Medeiros Albuquerque esteve em vigor até a chegada do Código Civil, em Janeiro de 1917. Nele, o direito autoral brasileiro perdeu sua autonomia legislativa, pois passou a ser considerado simplesmente uma espécie de propriedade: “Propriedade Literária, Científica e Artística” (MANSO, 1992: 20). Somente em 1973 o Brasil viu publicado um estatuto único e abrangente regulando o direito de autor. A lei nº 5.988, de 14 de Dezembro de 1973, vigorou até a aprovação pelo Congresso Nacional da lei nº 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998.

A atual Lei do Direito Autoral (LDA)⁸⁸ brasileira, nº 9.610/98, foi aprovada pelo Congresso Nacional em 19 de Fevereiro de 1998, e entrou em vigor em 19 de Agosto do mesmo ano. Esse diploma veio alterar, atualizar e consolidar a

⁸⁸ Para tornar a leitura mais simples, utilizaremos a sigla LDA para nos referirmos à atual Lei brasileira do Direito Autoral.

legislação anterior, que vigorou por 25 anos (PARANAGUÁ E BRANCO, 2009, p. 19).

Conforme salienta Fábio Barbosa, o artigo 7º dessa lei confere inicialmente ao direito autoral dois princípios: a *proteção à criação de espírito*, expressas por qualquer meio e a *exclusividade de utilização da obra* (BARBOSA, 2006, pg. 394). Isso nos remete ao conceito de direito autoral dado por Isaac Pilati: “[...] a guisa de conceito operacional, entende-se por Direito do Autor ou Direito Autoral aquele que tem o autor de ligar o seu nome à obra do espírito, de qualquer modo exteriorizada, podendo reproduzi-la e transmiti-la” (PILATI *apud* BARBOSA, 2006, pg. 394). Outros autores, como Gustavo Corrêa, fazem conceituações mais técnicas:

Os direitos autorais são aqueles que conferem ao autor de obra literária, científica ou artística a prerrogativa de reproduzi-la e explorá-la economicamente, enquanto viver, transmitindo-a a seus herdeiros e sucessores pelo período de setenta anos, contados de 1º de Janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento. (CORRÊA *apud* BARBOSA, 2006, pg. 394)

À época de seu surgimento, a lei nº 9.610/98 trouxe uma evolução no campo jurídico concernente às mudanças econômicas, culturais e sobretudo tecnológicas pelas quais passava a sociedade. É importante ressaltar que os avanços no campo tecnológico afetam diretamente o direito autoral, já que eles provocaram uma profunda mudança na forma de produzir e utilizar obras intelectuais. Este é um assunto que será tratado em breve.

Com o advento das tecnologias digitais e da Internet, foi preciso modernizar a legislação, para que esta acompanhasse as mutações que se seguiram. Segundo Fábio Barbosa, naquela altura ela “[...] modernizou-se, adequando-se para definir e reconhecer os novos direitos, aplicando sanções às violações desses direitos, inclusive no que se refere às alterações,

supressões e inutilizações de dispositivos tecnológicos de proteção à obra intelectual” (BARBOSA, 2006, pg. 396).

Um dos tópicos que sofreram alteração é o que se refere ao direito de reprodução. O artigo 5º, VI – Lei 9.610/98 lhe dá o seguinte conceito:

VI – reprodução – a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido. (BRASIL, 1998)

Como pode ser observado, o direito de reprodução sofreu mudanças conceituais, considerando, a partir de então, “qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido” (BARBOSA, 2006, pg. 397).

Outro conceito atualizado pela lei 9.610/98 foi o do direito de comunicação ao público. O artigo 5º, V – Lei 9.610/98 dá o conceito da seguinte maneira: “V – comunicação ao público – ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares”. Porém, apesar de haver uma ampliação conceitual referente à comunicação pública (podendo alcançar a forma digital como: “o ato pelo qual a obra é colocada ao alcance do público”), no Capítulo II, intitulado “Da Comunicação ao Público”, a lei delimita o ato aos direitos de execução e representação públicas, nos artigos 68 e parágrafos, que são espécies do gênero do direito de comunicação ao público (*ibidem*, p. 399).

Um terceiro ponto a ser observado na lei 9.610/98 está no direito de distribuição. As facilidades trazidas pela Internet promoveram uma discussão em torno da distribuição de obras intelectuais na Rede. O artigo 5º, IV – Lei 9.610/98 traz o conceito da seguinte forma:

IV – distribuição – a colocação à disposição do público do original ou cópia de obras literárias, artísticas ou científicas, interpretações ou execuções fixadas e fonogramas, mediante a venda, locação ou qualquer outra forma de transferência de propriedade ou posse. (BRASIL, 1998)

A princípio, o direito de distribuição traz à mente a ideia do objeto material, a obra fixada sobre um suporte. Porém, deve-se salientar que a distribuição eletrônica também pode ser protegida, já que o objeto da proteção dos direitos é a obra em si, que pode ser digitalizada (SANTOS *apud* BARBOSA, 2006, pg. 400). O art. 29, VII da Lei do Direito Autoral alcança a distribuição eletrônica quando fala sobre a distribuição de obras mediante recursos de telecomunicações (BARBOSA, 2006, pg. 400).

1.2 Reforma da Lei brasileira do Direito Autoral (LDA)

A rápida evolução das tecnologias digitais, porém, fez com que a LDA se tornasse obsoleta e desatualizada em vários aspectos. Com o objetivo de discutir as mudanças necessárias e as alternativas possíveis, um anteprojeto foi aberto à discussão pública em 14 de Junho de 2010 pelo Ministério da Cultura (MinC), após várias jornadas públicas de debate. Foi mesmo criado um site para facilitar a consulta: <http://www.cultura.gov.br/consultadireitoautoral/>

Na verdade, o anteprojeto propõe reformar alguns pontos da LDA, e não instaurar um diploma novo. O texto mantém-se circunscrito ao âmbito clássico dos direitos de autor, com apenas algumas referências a elementos digitais. Nota-se isso pela ausência de uma consideração específica dos grandes problemas suscitados pelos direitos de autor em matéria de informática. Há referências incidentais, mas aspectos básicos da grande problemática atual do estatuto da obra na Internet ficam por resolver. Na análise do jurista José de Oliveira Ascensão, esta foi uma decisão sensata, já que a preparação de uma lei que regulasse o direito autoral na Internet levaria muito mais tempo, e isso

prejudicaria os avanços nas correções de deficiências já detectadas - que deveriam ser realizadas mais rapidamente (ASCENSÃO, 2011, pg. 160).

No final de 2011, o Ministério da Cultura concluiu o texto final da nova Lei do Direito Autoral. Em Março de 2012 o diploma estava na pauta de discussão dos ministérios envolvidos, e depois seguiria para o Congresso Nacional. Na época em que passou pelo MinC (gerido, já nesta altura, pela ministra Ana de Hollanda), o texto sofreu algumas modificações. Ele é mais flexível do que o atual, e permitirá, por exemplo, cópias de obras para uso privado, educação ou preservação (NOVA, 2011).

Porém, o Ministério da Cultura acrescentou ao texto um mecanismo que faz parte da legislação estadunidense, o de notice and take down, ou notificação e retirada, que serve para que detentores de direitos autorais consigam retirar conteúdo pirata do ar sem a necessidade de ordem judicial. Por exemplo: se uma gravadora encontrar um blog hospedado no *Blogger* com links para downloads ilegais de discos, pode solicitar ao *Google* (proprietário do *Blogger*) a remoção do conteúdo. O *Google* é obrigado a cumprir e notificar o autor. Avaliações ficam para depois. Cabe ao dono do blog fazer uma contranotificação pedindo a manutenção do conteúdo e assumindo a responsabilidade por uma eventual acusação judicial.

Segundo Marcia Regina Barbosa, diretora de Direitos Intelectuais do Ministério da Cultura, o mecanismo foi incluído na lei “por demanda dos produtores das áreas audiovisual e musical”. A medida, segundo ela, “legalizará um procedimento que hoje já é muito utilizado” (NOVA, 2011). O problema desse mecanismo é o que Pablo Ortellado, diretor do Grupo de Políticas Públicas para o Acesso à Informação da Universidade de São Paulo (USP), chama de “censura prévia” (NOVA, *id*). O proprietário do blog só pode questionar a retirada depois que ela já foi feita.

O Ministério da Cultura também quer criar um registro central de obras. Na prática, o sistema (que tem o nome provisório de *I-Registro*) é uma plataforma que centralizará dados sobre tudo o que é produzido de cultura no Brasil.

Registrar as obras criadas nessa plataforma será condição *sine qua non* para receber os direitos autorais provenientes delas. Esse procedimento é questionável pelo fato de que a Convenção de Berna, que estabelece princípios básicos de direitos autorais e da qual o Brasil é signatário, afirma que não é necessário registro para uma obra ser protegida. Para Pablo Ortellado, a necessidade de registro é ilegal, pois, segundo ele, esse registro obrigatório ainda impedirá o autor de optar por uma modalidade de licenciamento mais flexível, como o *Creative Commons* (NOVA, 2011). Falaremos sobre ele mais adiante.

Em audiência pública na Câmara dos Deputados no dia 21 de Março de 2012, Ana de Hollanda justificou as alterações feitas pelo Ministério da Cultura, e afirmou que ouviu as indústrias culturais para lançar a última versão do texto da Reforma da Lei do Direito Autoral. “Consideramos a consulta pública, mas abrimos para contribuição. Havia uma demanda enorme dos meios culturais, que diziam que não tinham sido ouvidos ou contemplados no processo anterior” (PIRATARIA, 2012). Segundo ela, o MinC fez poucas alterações no texto após a discussão pública aberta em Junho de 2010. “O que foi mexido era uma demanda forte dos setores de todas as áreas, audiovisual, música, livros, que não se sentiam contemplados” (PIRATARIA, *id*).

Paralelamente às discussões sobre a reforma da Lei brasileira do Direito Autoral (LDA), é importante salientar que o Ministério da Justiça brasileiro está em vias de preparar aquilo que foi denominado de “Marco Civil da Internet”, que vai apresentar legislação específica sobre a regulação da Rede no país, além de tocar (de forma indireta) na questão integrada dos direitos de autor e a problemática do digital. Os contornos do Marco Civil estão atualmente sendo estudados por especialistas, organismos de pesquisa e acadêmicos.

1.3 Legislação autoral portuguesa

Em Portugal, a Carta Constitucional de 1826, no §24º do artigo 145º, reconhece aos inventores “a propriedade das suas descobertas ou das suas produções”, mas não assegura a proteção à criação literária (PORTUGAL, 1826, pg. 01).

O escritor Almeida Garrett, entusiasta da causa dos direitos de autor em Portugal, escreveu em 1839 sobre a falta de proteção aos autores nacionais:

Findo o privilégio, se era temporário, ou não o havendo, entendia-se que toda a obra impressa entrava no domínio público e que, vivo ou morto, com herdeiros ou sem eles, qualquer um podia reimprimir, vender, representar se era obra dramática, usar dela, enfim, como coisa sua ou coisa de ninguém, que tanto vale. (REBELLO, 1973, pg. 07)

No ano de 1838, a Constituição Portuguesa consagrou no §4º do artigo 23º o “direito de propriedade dos inventores sobre as suas descobertas e dos escritores sobre os seus escritos [...] pelo tempo e na forma que a lei determinar [...]”. Faltava, porém, a lei que regulasse a matéria nas suas especificidades.

Em 1839 Garrett apresentou à Câmara dos Deputados um projeto de lei sobre propriedade literária e artística. Em 1841 o projeto foi aprovado, mas não chegou a tornar-se lei devido à desfavorável conjuntura política da época. O projeto voltou à Câmara dez anos depois, em 1851, quando foi aprovado, e em 18 de Julho do mesmo ano foi publicado o primeiro diploma regulador dos direitos autorais em Portugal. Esta lei manteve-se em vigor até 1867, ano em que a matéria referente ao direito de autor foi inserida no Código Civil elaborado pelo Visconde de Seabra. Os artigos 570º a 612º, que constituem o capítulo epígrafado “Do trabalho literário e artístico”, retomaram os princípios e as regras fundamentais do diploma precedente. De acordo com o artigo 579º do código civil, o direito dos herdeiros a publicar ou autorizar a publicação de uma obra foi elevado de 30 para 50 anos consecutivos à morte do autor.

Setenta anos depois, em 3 de Junho de 1927, o decreto nº 13.725 (também conhecido como Lei Cunha Gonçalves) veio estabelecer uma regulação autônoma para essa matéria, em parte pela necessidade de harmonização entre a legislação interna com o Direito internacional, já que Portugal havia assinado o decreto de adesão à Convenção de Berna em 1911. A convenção que instituiu a *União Internacional das Nações Para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas* já contava, na altura, com a participação da Alemanha, Bélgica, Espanha, França, Inglaterra, Itália e Suíça. Luiz Francisco Rebello aponta que a maior inovação desse decreto foi o estabelecimento da perpetuidade do direito de autor, até então protegido apenas durante a vida e até 50 anos após a sua morte (*ibidem*, pg. 09). O sistema anterior foi, porém, restaurado em 1966.

Em 6 de Setembro de 1952 é assinado em Genebra outro tratado multilateral, a Convenção Universal sobre o Direito de Autor, de iniciativa da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), destinada a “[...] assegurar a proteção suficiente e eficaz dos direitos dos autores e de quaisquer outros titulares dos mesmos direitos sobre as obras literárias, artísticas e científicas” (CONVENÇÃO, 1952, pg. 01). O novo tratado impôs a necessária revisão da lei nacional, com o objetivo de adequá-la às mudanças das tecnologias que surgiam, mas, sobretudo, de adaptá-la ao quadro internacional. A comissão incumbida de fazê-lo redigiu um anteprojeto de lei, consideravelmente modificado pela Câmara Corporativa em 1953. O contra projeto da Câmara Corporativa inspirou, em grande parte, o texto do Código de Direito de Autor, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 46.980, de 27 de Abril de 1966.

O ano de 1985 marca a aprovação do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos⁸⁹ pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de Março. O texto original foi alterado pelas Leis n.º 45/85, de 17 de Setembro; n.º 114/91, de 3 de

⁸⁹ Para tornar a leitura mais simples, utilizaremos a sigla CDA para nos referirmos à atual Lei portuguesa dos Direitos Autorais.

Setembro; nº 50/2004, de 24 de Agosto e pelos Decretos-Lei n.º 332/97 e 334/97, ambos de 27 de Novembro. Este é o código que atualmente versa sobre a questão em Portugal.

Em vigor há mais de 25 anos, é evidente que o CDA não abrange os problemas suscitados pela informática e, especialmente, pela Internet. Segundo Alexandre Dias Pereira, a desatualização é característica das legislações nacionais em geral; só agora é que elas começam a abrir suas portas aos novos problemas da técnica. E o farão, mais vezes, por imposição vertical dos Tratados Internacionais e/ou, como é o caso da União Europeia, por força das Diretivas Comunitárias (PEREIRA, 2002, pg. 05). É nesse contexto que se assiste na Europa a um “assalto” ao direito de autor pelas instituições comunitárias. Com efeito, foram adotadas diversas medidas de harmonização, na sequência de um programa de ação traçado no famoso Livro Verde de 1988 sobre direitos de autor e os desafios da tecnologia. A legislação nacional viu ocorrerem várias mudanças, como os programas de computador serem tratados em igualdade com as obras literárias (UNIÃO EUROPEIA, 1991) e o prazo de duração dos direitos subir para os 70 anos após a morte do autor (UNIÃO EUROPEIA, 2006).

2. Projeto de Lei Azeredo e Lei da Cópia Privada

2.1 O Projeto de Lei Azeredo

O Projeto de Lei 89/2003, de autoria do senador mineiro Eduardo Azeredo, é um substitutivo a três projetos que tramitam em conjunto pelo Congresso Nacional brasileiro: Projeto de Lei da Câmara de nº 89, de 2003, e do Senado de nº 76 e 137, de 2000. Eles dispõem sobre os crimes cometidos na área de informática e suas penalidades. O projeto pretende alterar o Código Penal, o Código de Processo Penal e outras leis, ao invés de atualizá-las com novos tipos de crime cometidos através das tecnologias da informação e comunicação (TIC) (REZENDE, 2008).

Eduardo Azeredo (PSDB) foi governador do estado de Minas Gerais, e trabalhou na *IBM* por mais de 10 anos. Ele também exerceu vários cargos públicos ligados à área da tecnologia, com a colaboração de seu assessor José Henrique Portugal, que é ex-diretor da empresa pública Serpro (Serviço Federal de Processamento de Dados) e coautor do respectivo Projeto de Lei, que ficou conhecido como “Lei de Crimes de Informática”, e também “Lei Azeredo”.

O projeto é criticado, desde seu surgimento, por apresentar um texto vago, impreciso, até dúbio, com pontos abertos a interpretações mesmo contraditórias. Além disso, os críticos da Lei Azeredo apontam para o fato de que o texto legislativo pode chegar a criminalizar atividades cotidianas praticadas por usuários da Rede. Em seu blog, o sociólogo Sérgio Amadeu afirma que “ao aprovar o Projeto Substitutivo ao Projeto de Lei da Câmara dos Deputados (PLC) 89/2003, Projeto de Lei do Senado Federal (PLS) 137/2000 e PLS 76/2000, redigido pelo senador Azeredo, a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara quer transformar milhares de internautas em criminosos” (AMADEU, 2008).

Pela burocratização do acesso que propõe, a lei pode dificultar a democratização da Rede, e servir como um entrave e um desincentivo aos usuários. O texto inicial da Lei Azeredo propõe a obrigatoriedade da identificação do usuário antes de iniciar qualquer atividade interativa na Rede. Sendo assim, o envio de e-mails, conversas em salas de bate-papo, criação e publicação de materiais em blogs e a captura de dados (downloads de músicas, filmes, imagens, etc.), dentre outras atividades, ficariam sujeitas à prévia identificação do utilizador.

A Lei Azeredo prevê a necessidade de identificar-se a cada acesso. O usuário deve fornecer informações como nome, endereço, número de telefone, números do registro geral (carteira de identidade) e do cadastro de pessoas físicas (CPF) ou jurídicas (CNPJ). A navegação na Internet sem o fornecimento desses dados seria punida com reclusão de dois a quatro anos.

Os fornecedores de acesso à Internet são os responsáveis pela comprovação da veracidade das informações prestadas pelos usuários. Cabe a eles verificar se os dados são ou não reais, e se correspondem, efetivamente, à pessoa conectada. O acesso só será liberado após a confirmação da identidade do indivíduo. Para isso, é preciso obter fotocópias dos documentos de identificação. Caso os provedores permitam o acesso de usuários não cadastrados, ficam sujeitos à mesma pena – dois a quatro anos de prisão.

O artigo 2 do projeto propõe a alteração do artigo 285 do Código Penal, com três apêndices. O 285-A criminaliza o acesso “mediante violação de segurança”, à rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado protegido por expressa restrição de acesso, com pena de um a três anos de reclusão e multa. O 285-B criminaliza a obtenção ou transferência de dado ou informação, disponível numa tal coisa, em desconformidade com a autorização do “legítimo titular” da mesma, com pena igual.

O texto determina que os fornecedores de acesso à Internet guardem durante um período de três anos as informações sobre as conexões realizadas por seus usuários, de maneira a fornecê-las às autoridades responsáveis pela investigação de infratores:

Art. 22. O responsável pelo provimento de acesso à rede de computadores mundial, comercial ou do setor público é obrigado a:

I – manter em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de três anos, com o objetivo de provimento de investigação pública formalizada, os dados de endereçamento eletrônico da origem, hora, data e a referência GMT da conexão efetuada por meio de rede de computadores e fornecê-los exclusivamente à autoridade investigatória mediante prévia requisição judicial;

II – preservar imediatamente, após requisição judicial, outras informações requisitadas em curso de investigação, respondendo civil e penalmente pela sua absoluta confidencialidade e inviolabilidade. (BRASIL, 2003)

No mesmo artigo, a lei ainda prevê que os prestadores de serviço de acesso à rede mundial de computadores recebam e façam denúncias sobre usuários que pratiquem atividades tidas como criminosas pelas autoridades competentes. Cabe aos fornecedores um papel de delação:

III – informar, de maneira sigilosa, à autoridade competente, denúncia que tenha recebido e que contenha indícios da prática de crime sujeito a acionamento penal público incondicionado, cuja perpetração haja ocorrido no âmbito da rede de computadores sob sua responsabilidade. (BRASIL, 2003)

O artigo 22 do Projeto de Lei 89/2003 é, talvez, o mais polêmico. Os críticos da lei questionam o motivo pelo qual as denúncias deveriam ser feitas aos fornecedores de acesso à Internet, e não diretamente às autoridades competentes. Se não há restrições nem critérios para o registro de denúncias, qualquer interessado pode fazê-las aos provedores, criando uma espécie de indústria de denúncias. Além disso, a lei induz as empresas fornecedoras de acesso a serem, conforme diz o *Observatório do Direito à Comunicação*, “ciberagentes policiais”: “cibercapatazes” que, dispostos a evitar retaliações, identificam e denunciam usuários sem saber se houve, realmente, alguma violação da lei (SOCIEDADE, 2008). Em entrevista ao Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas para o Acesso à Informação da Universidade de São Paulo (USP), o professor e pesquisador da Universidade de Brasília (UnB), Pedro Rezende, demonstrou seu temor em relação a esse artigo:

Receio que tal dispositivo possa, por exemplo, induzir prestadores inclinados a lucrar com espionagem ou violação de privacidade, em posição técnica de poder fazê-lo de forma indetectável, a se abrigarem na sombra desta subjetividade para se desimputarem de culpabilidade caso efeitos desta inclinação emergjam. (REZENDE, 2008)

Em Março de 2012 o Projeto de Lei Azeredo entrou na pauta de discussão na Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, na Câmara dos Deputados. A notícia causou revolta, e graças à mobilização popular através das redes sociais e outros instrumentos de comunicação pela Internet, o debate sobre o texto foi adiado, sem prazo definido.

2.2 A Lei da Cópia Privada em Portugal

O Código de Direitos de Autor, revisado e aprovado em 1985, estabeleceu em seu 81º artigo a legitimidade da reprodução de obras protegidas, sem o consentimento dos titulares dos direitos, quando estas se destinam a fins exclusivamente privados (PORTUGAL, 1985, pg. 27). Em outras palavras, a reprodução é legal quando é feita por uma só pessoa, sem fins lucrativos, visando apenas satisfazer necessidades pessoais do utilizador ou dos seus próximos. É a isto que se chama cópia privada.

Na tentativa de evitar que os autores ficassem desprotegidos pela autorização da cópia em contexto privado, a Lei nº 62/98 de 01 de Setembro estabelece uma compensação a atribuir pela entidade gestora dos direitos autorais. Essa compensação é obtida da seguinte forma: na venda de:

[...] todos e quaisquer aparelhos mecânicos, químicos, electrónicos ou outros que permitam a fixação e reprodução de obras e, bem assim, de todos e quaisquer suportes materiais virgens analógicos das fixações e reproduções que por qualquer desses meios possam obter-se se incluirá uma quantia destinada a beneficiar os autores, os artistas intérpretes ou executantes, os editores, os produtores fonográficos e os videográficos (PORTUGAL, 1998, pg. 01)

Portanto, a compensação obtém-se através da introdução, no preço de venda ao público, de uma determinada taxa.

Em Dezembro de 1998 foi constituída a Associação para Gestão da Cópia Privada (AGECOP), em cumprimento ao artigo 6º da Lei nº 62/98, de 01 de Setembro, que previa a criação de “[...] uma pessoa colectiva, sem fins lucrativos, de natureza associativa ou cooperativa, que tem por objecto a cobrança e gestão das quantias previstas na presente lei” (PORTUGAL, 1998, pg. 02). A entidade, atualmente presidida pela Sociedade Portuguesa de Autores (SPA), cobra pela cópia privada e distribui os valores às sociedades de gestão e aos detentores dos direitos de autor.

A lei nº 50/2004, de 24 de Agosto, referente à Harmonização de certos aspectos dos direitos de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, finalmente especificou a quais aparelhos e suportes se aplicariam as taxas pela cópia privada. Desde então todos os equipamentos analógicos que permitem gravar, armazenar e reproduzir passaram a ser taxados em 3%, assim como cassetes áudio, vídeo, CD-R áudio, DVD-R, DVD RAM, etc., que são taxados em valores individuais que rondam os 0,14 e o 1,00 euros cada. A soma incide sobre o preço de venda ao público, antes da aplicação do Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA), estabelecido pelos respectivos fabricantes e importadores (PORTUGAL, 2004).

A ex-ministra da Cultura e atual deputada do Partido Socialista (PS), Gabriela Canavilhas, é a responsável pela autoria e apresentação do Projeto de Lei nº 118, também conhecido como Projeto de Lei da Cópia Privada⁹⁰, à Assembleia da República. O objetivo do texto é, basicamente, alargar o regime de taxas aos equipamentos digitais surgidos e popularizados recentemente, como aparelhos leitores de .mp3 e pens USB, por exemplo. A proposta sugere que o valor da taxa deixe de ser de 3% e seja proporcional à capacidade do dispositivo. A soma deve ser incluída no valor cobrado ao consumidor final, e

⁹⁰ Para tornar a leitura mais simples, utilizaremos a sigla PL118 para nos referirmos ao Projeto de Lei da Cópia Privada.

será obrigatória, mesmo que o consumidor compre o aparelho para armazenar conteúdos de sua autoria.

Em artigo publicado no jornal *Diário de Notícias*, Canavilhas afirma que a ideia inspira-se nas recentes decisões da União Europeia, que tem manifestado grande preocupação para com este assunto (CANAVILHAS a, 2012). Essa preocupação foi expressa pela Diretiva Comunitária 2011/29/CE e, mais recentemente, pela Comunicação da Comissão Europeia “Um Mercado Único para os Direitos de Propriedade Intelectual”, de Maio de 2011.

Gabriela Canavilhas afirmou que os valores propostos no diploma do PS são equivalentes aos praticados atualmente em outros países. Segundo ela, em 2009, entre 30 países europeus, Portugal estava em 17.º lugar no ranking da contribuição per capita para pagamento de direitos autorais: euro 0,30 euros por habitante/ano. Na França, país topo da lista, cada cidadão pagava 2,60 euros/ano; na Espanha, 1,70 euros, e na Holanda, 0,90 euros. Para a deputada, optar por comprar equipamentos informáticos em outros países da EU significa pagar direitos de autor aos cidadãos de outros países, ao invés de investir nos autores nacionais (CANAVILHAS a, *id*).

As memórias USB, aparelhos destinados à reprodução e outros suportes como cartões de memória passarão a custar mais 0,06 € por cada gigabyte (GB) de capacidade de armazenamento. Os discos rígidos e outros tipos de memórias não voláteis, integrados em equipamentos ou aparelhos, com capacidade a partir de 150 GB e que permitam o armazenamento de dados em massa serão taxados a 0,02 € por todos os GB de capacidade, mais 0,005 € por todos os GB que acresça a capacidade de 1 terabyte (TB). Discos rígidos externos ou cartões SSD custarão 0,02 € por todos os GB de capacidade e mais 0,005 € por todos os GB que acresça a capacidade de 1TB (CANAVILHAS b, 2012).

Os telemóveis e tablets, por exemplo, também serão taxados. Os dispositivos de reprodução de fonogramas, videogramas ou outros conteúdos sonoros, visuais ou audiovisuais custarão mais 0,50 € por cada GB de

capacidade de armazenamento. Cada dispositivo é taxado com valores específicos pelo PL118.

Em 21 de Março de 2012 o PS retirou o Projeto de Lei de discussão, e disse que pretende apresentar um novo texto em breve. Segundo o porta-voz do grupo parlamentar do partido, Ricardo Pires, o PS decidiu pela retirada após audições à sociedade civil. Ele afirmou que o partido “procurou consensualizar uma solução viável de alteração do Projeto de Lei sobre a Cópia Privada”, referindo que, “face aos sinais públicos, designadamente de não viabilização desse caminho pelo PSD, o PS decidiu retirar” o documento, e “em breve irá entregar um novo projeto com alterações introduzidas” (CÓPIA, 2012).

Em declarações dadas à imprensa, a deputada Gabriela Canavilhas comentou as alterações ao texto, e afirmou que se aguardava autorização da presidente da Assembleia da República para introduzi-las. A “definição de equipamentos e taxas a aplicar a ser feita por portaria governamental em cada dois anos, de modo a permitir mais célere adaptação dos valores e dos produtos, acompanhando a evolução tecnológica”, era uma das modificações feitas (CÓPIA, *id*). Outra das alterações introduzidas é a definição de um teto máximo como valor limite para a taxa, que, sendo progressiva consoante a capacidade de armazenamento (dos equipamentos), não poderá exceder os 6% sobre o produto antes do IVA.

A deputada socialista disse ainda que, entre as alterações à proposta inicial, está o “alargamento das isenções de pagamento de taxas a profissionais em nome individual do setor audiovisual, fonográfico e fotográfico, cujos equipamentos sejam adquiridos para a sua atividade criativa, bem como a instituições com centros de documentação não comercial, tais como bibliotecas, museus e arquivos” (CÓPIA, *id*).

O texto atualmente em vigor da Lei nº 62/98 de 01 de Setembro, já prevê a isenção

[...] quando os equipamentos ou os suportes sejam adquiridos por organismos de comunicação audiovisual ou produtores de fonogramas e de videogramas exclusivamente para as suas próprias produções ou por organismos que os utilizem para fins exclusivos de auxílio a pessoas portadoras de diminuição física visual ou auditiva, bem como, nos termos de despacho conjunto dos Ministros das Finanças e da Cultura, por entidades de carácter cultural sem fins lucrativos para uso em projectos de relevante interesse público. (PORTUGAL, 1998, pg. 01)

Para beneficiar-se de tal isenção, os organismos abrangidos devem apresentar no ato da compra dos aparelhos e suportes uma declaração emitida pela entidade gestora das compensações e cobrança, indicando e comprovando o respectivo objeto de atividade.

O projeto de lei foi alvo de críticas, e deu origem a uma petição em circulação na Internet que reuniu mais de oito mil assinaturas (PETIÇÃO, 2012). Um dos argumentos mais frequentes contra o PL118 é o de que os equipamentos podem ser usados para armazenar muitos outros tipos de conteúdos que não sejam cópias de obras protegidas.

3. Conclusão

O Direito precisa acompanhar a evolução da tecnologia. Em um contexto em que boa parte da população age de forma contrária ao que diz a lei, é necessário discutir o descompasso entre o Direito e a sociedade para realizar as transformações necessárias nos diplomas jurídicos. As punições severas e o endurecimento das leis não vão acabar com a prática da partilha de bens culturais em rede. Há uma relação direta entre o aumento da oferta de conteúdo legal a preços acessíveis e a diminuição da pirataria. Portanto, é preciso rediscutir os modelos de negócio solidificados – uma atitude que contraria os interesses das indústrias, mas é necessária para sua própria sobrevivência.

A luta contra quaisquer usos comerciais da obra sem autorização de seu titular de direitos é perfeitamente legítima. O que precisa ser feito é reequilibrar a posição do autor face aos intermediários culturais, de forma a potencializar as alternativas de produzir, distribuir e comercializar suas obras diretamente através das novas tecnologias. Este equilíbrio conferiria maior autonomia e independência econômica aos autores, permitindo alargar as fronteiras ainda muito limitadas do mercado de bens culturais. É necessário criar e aplicar sistemas que devolvam aos autores o poder sobre suas próprias obras, para que estas sejam licenciadas, reproduzidas e comercializadas como eles desejarem. O futuro dos direitos de autor está na promoção de ligações mais diretas entre autor e público, e na transformação do papel dos intermediários na economia criativa.

4. Referências

- AMADEU, S. *Senador quer criminalizar fansubbers, fanfics, tradutores de mangás e redes P2P*. 2008. Disponível em: <http://samadeu.blogspot.com/2008/06/senador-quer-criminalizar-fansubbers.html> Acesso em: 03 mar. 2012.
- ASCENSÃO, J. de O.. “Proposta de reforma da lei dos direitos autorais do Brasil no enquadramento internacional”, *in: Por que mudar a Lei de Direito Autoral? Estudos e pareceres*. Florianópolis: Editora Funjab, 2011.
- BARBOSA, F.. “A eficácia do direito autoral face à sociedade da informação: uma questão de instrumentalização na obra musical?”, *in: Direito autoral*. Coleção Cadernos de Políticas Culturais, vol. 1. Brasília: Ministério da Cultura (MinC), 2006.
- BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil (1827). Lei de 11 de Agosto de 1827. Cria dois Cursos de ciencias Juridicas e Sociaes, um na cidade de S. Paulo e outro na de Olinda. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_63/Lei_1827.htm Acesso em: 03 mar. 2012.
- BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil (1998). Lei 9610 de 19 de Fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/site/2008/02/02/lei-no-9610-de-19-de-fevereiro-de-1998/> Acesso em: 21 abr. 2012.
- BRASIL. Senado Federal (2003). *Projeto de Lei Substitutivo ao PL da Câmara nº 89, de 2003, e Projetos de Lei do Senado nº 137, de 2000, e nº 76, de 2000, todos referentes a crimes na área de informática*. Disponível em: <http://www.safernet.org.br/site/institucional/projetos/obsleg/pl-azeredo> Acesso em: 21 abr. 2012.
- CANAVILHAS a, G.. “Cópia privada, uma questão pública ou privada?”. *Diário de Notícias*, Lisboa, 30 jan. 2012. Disponível em: http://www.dn.pt/inicio/opinioao/interior.aspx?content_id=2271649&seccao=Convidados Acesso em: 21 fev. 2012.
- CANAVILHAS b, G.. “Deputada do Partido socialista respondeu a questões sobre o projeto de lei 118”. Entrevista concedida a Nuno Noronha. *Sapo Notícias*, Lisboa, 01 fev. 2012. Disponível em: http://noticias.sapo.pt/tec_ciencia/artigo/entrevista-a-gabriela-canavilhas_2413.html Acesso em: 22 fev. 2012.

- CONVENÇÃO Universal sobre Direito de Autor. 1952. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/site/wpcontent/uploads/2008/02/convencao_universal.pdf> Acesso em: 21 abr. 2012.
- CÓPIA Privada: PS retira projecto lei e promete apresentar outro em breve. *IONline*, Lisboa, 21 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.ionline.pt/portugal/copia-privada-ps-retira-projeto-lei-promete-apresentar-outro-breve>> Acesso em: 21 mar. 2012.
- MANSO, E.. *O que é direito autoral*. Brasília: Editora Brasiliense, 1992.
- NOVA lei de direitos autorais: retrocesso. *Link*, São Paulo, 04 dez. 2011. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/link/retrocesso/>> Acesso em: 22 mar. 2012.
- PARANAGUÁ, P.; BRANCO, S.. *Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.
- PEREIRA, A. D.. *O código de Direito de Autor e a Internet*. 2002. Disponível em: <http://www.verbojuridico.com/doutrina/autor/cda_internet.pdf> Acesso em: 17 fev. 2012.
- PETIÇÃO pública contra o PL118. Disponível em: <<http://www.peticaopublica.com/PeticaoVer.aspx?pi=pl118nao>> Acesso em: 10 fev. 2012.
- PIRATARIA pode 'matar a cultura', diz MinC. *Link*, São Paulo, 21 mar. 2012. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/link/pirataria-pode-matar-a-cultura-brasileira-diz-minc/>> Acesso em: 21 mar. 2012.
- PORTUGAL. Assembleia da República (1985). Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos. Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de Março. Disponível em: <http://www.spautores.pt/assets_live/165/codigododireitodeautorcdadclei162008.pdf> Acesso em: 21 abr. 2012.
- PORTUGAL. Assembleia da República (1998). Lei nº 62/98 de 1 de Setembro. Regula o disposto no artigo 82º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos sobre a compensação devida pela reprodução ou gravação de obras. Disponível em: <http://www.spautores.pt/assets_live/115/lei62-98.leidacopiaprivada.pdf> Acesso em: 07 abr. 2012.
- PORTUGAL. Assembleia da República (2004). Lei nº 50/2004 de 24 de Agosto. Transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva nº 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade de informação (quinta alteração ao Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos e primeira alteração à Lei nº 62/98, de 1 de Setembro). Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c325276593342734c58526c6548524263484a76646938794d4441304c3078664e5442664d6a41774e4335775a47593d&fich=L_50_2004.pdf&Inline=true> Acesso em: 16 abr. 2012.
- PORTUGAL. Monarquia Portuguesa (1826). Carta Constitucional de 29 de abril de 1826. Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1557.pdf>> Acesso em: 08 fev. 2012.
- REBELLO, L. F. *Visita guiada ao mundo do direito de autor*. 1973. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Rebello.pdf> Acesso em: 08 fev. 2012.
- REZENDE, P.. 2008. "Projeto de Lei sobre crimes eletrônicos pode criminalizar usuários de Internet". Entrevista concedida ao Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas para o Acesso à Informação da Universidade de São Paulo (USP). *Boletim G-POPPI*, 07 de Julho de 2008. Disponível em: <<http://www.gpopai.usp.br/boletim/article17.html>> Acesso em: 21 de Abril de 2012.
- SOCIEDADE civil mobiliza-se contra a Lei Azeredo. *Observatório do Direito à Comunicação*, Brasília, 30 de Julho de 2008. Disponível em: <http://www.direitoacomunicacao.org.br/content.php?option=com_content&task=view&id=3791> Acesso em: 21 de Abril de 2012.
- UNIÃO EUROPEIA. Conselho Europeu (1991). Directiva nº 91/250/CEE do Conselho de 14 de Maio de 1991 relativa à protecção jurídica dos programas de computador. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31991L0250:PT:HTML>> Acesso em: 17 de Fevereiro de 2012.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho (2006). Directiva nº 93/98/CEE do Conselho de 29 de Outubro de 1993 relativa à harmonização do prazo de protecção dos direitos de autor e de certos direitos conexos. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32006L0116:PT:HTML>> Acesso em: 17 de Fevereiro de 2012.

**A PROTEÇÃO DAS EXPRESSÕES CULTURAIS TRADICIONAIS
PELA PROPRIEDADE INTELECTUAL
E SUA TRANSFORMAÇÃO EM MERCADORIA**

Guilherme Carboni⁹¹

Daniele Maia Teixeira Coelho⁹²

Resumo:

Considerando que as expressões culturais, pertencentes ao patrimônio cultural imaterial, não são bens escassos, o conceito de propriedade intelectual, como instrumento de apropriação desses bens, tende a ser introduzido nas comunidades tradicionais como um discurso voltado para a “proteção” de tais criações, quando, na verdade, funciona como mecanismo de dominação. A partir desta premissa, a pesquisa propõe-se a examinar os aspectos econômicos desse processo de transformação das expressões culturais em mercadoria, por meio da criação de uma escassez artificial desses bens com base na propriedade intelectual.

Palavras.chave: EXPRESSÕES CULTURAIS TRADICIONAIS; PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL; PROPRIEDADE INTELECTUAL.

⁹¹ Mestre e Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP. Pós-Doutor pela Escola de Comunicações e Artes (ECA) da USP.

⁹² Pós-Graduada em Direito da Propriedade Intelectual e em Direito Ambiental pela PUC-RJ. Mestranda no Programa de Pós Graduação em Ciência Ambiental (PROCAM) da USP.

Abstract:

The protection of traditional cultural expressions by means of intellectual property rights and their consequent transformation in commodities may not only cause distortions in respect of the symbolic importance of such expressions for traditional communities, but also introduce into such communities the logic of authorship, the market economy and unfamiliar legal concepts. Due to the fact that they are based on information, the intangible assets (which include the traditional cultural expressions) are not naturally scarce, whose condition would be essential for them to be given an economic value. Since intellectual property gives exclusive rights to their holders, its primary economic function is the transformation of non-scarce assets (such as traditional cultural expressions) in scarce assets. Traditional cultural expressions do not need protection to prevent their "unauthorized" use, but rather their identification by means of public policy (and not intellectual property) mechanisms in order to be monitored and supported on behalf of the right to cultural diversity.

Keywords:

Intellectual property. Traditional cultural expressions. Authorship in traditional communities. Authorship and cultural diversity.

1. Introdução

Festas, danças, rituais, jogos, cerimônias, hábitos, modos de fazer, formas de expressão: o patrimônio cultural imaterial, inegavelmente, faz parte do cotidiano dos seres humanos.

No caso das comunidades tradicionais, muitas de suas expressões culturais são simplesmente instintivas e representam práticas que lhes são inerentes, sem que seja atribuído valor econômico a elas ou, ainda, sem que sejam consideradas mercadorias passíveis de transação no mercado.

Porém, na atualidade, verifica-se uma tendência de transformação das expressões culturais em mercadorias, por meio da adoção de mecanismos de proteção que conferem o direito de uso exclusivo, o que pode gerar distorções no que diz respeito à importância de tais expressões no plano simbólico para as comunidades, além da introdução de uma lógica de autoria, de uma dinâmica econômica calcada no mercado e de conceitos jurídicos que talvez lhes sejam totalmente estranhos.

Nesse processo de transformação das expressões culturais em mercadoria, a ideia de propriedade intelectual é fundamental, pois é ela que confere o direito de uso exclusivo ao criador de um determinado objeto, no sentido de que somente ele poderá utilizá-lo, bem como obter lucros com a sua comercialização.

Os bens materiais são escassos. Um lápis, uma casa ou um automóvel são únicos e somente podem ser utilizados por quem os possui. Por essa razão, há uma escassez natural desses bens. Por sua vez, os bens imateriais (como as expressões culturais, as obras de arte, um software, por exemplo), por serem baseados em informação, não se submetem à lei da escassez, pois a pessoa que transmitiu a informação não se desfez desta, o que significa que a mesma informação pode estar com mais de uma pessoa, simultaneamente.

Para que seja possível a transformação dos bens imateriais em mercadorias, os mesmos têm que se submeter às regras da escassez. No entanto, como tais bens não são naturalmente escassos, foi preciso criar um mecanismo que, artificialmente, os transformasse em bens escassos. Tal mecanismo é a propriedade intelectual, que tem por função econômica transformar bens não escassos, baseados na informação, em bens escassos.

Tendo em vista que as expressões culturais, pertencentes ao patrimônio cultural imaterial, não são bens escassos, o conceito de propriedade intelectual, como instrumento de apropriação desses bens, tende a ser introduzido nas comunidades tradicionais como um discurso voltado para a “proteção” de tais criações, quando, na verdade, funciona como mecanismo de dominação.

A seguir, examinaremos os aspectos econômicos desse processo de transformação das expressões culturais em mercadoria, por meio da criação de uma escassez artificial desses bens com base na propriedade intelectual.

2. Informação, conhecimento e expressões culturais tradicionais

Segundo Claude Shannon e Warren Weaver, “informação é uma medida de remoção de incertezas, dado um conjunto predefinido de eventos passíveis de ocorrer”⁹³. Ou ainda, nas palavras de Gregory Bateson, informação é “uma diferença que faz diferença”⁹⁴.

O conhecimento distingue-se da informação pelo fato de ser constituído pelos dados e eventos necessários ao processamento da informação. O conhecimento é, assim, a fonte e também o limite da incerteza. Marcos Dantas diz que, “com base no conhecimento, a informação é produzida (ou ainda, a incerteza é removida) e um novo conhecimento é obtido”⁹⁵.

A informação é, portanto, desde uma simples conversa sobre um tema qualquer, como uma obra de arte (seja ela qual for: livros, música, filme, artes plásticas), processos de fabricação de um produto, folclore, marcas, patentes e, também, as expressões culturais de uma comunidade tradicional, que compõem o nosso patrimônio cultural imaterial, entendido como:

as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas – junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados – que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural. Esse patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e de continuidade e contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana.⁹⁶

⁹³ SHANNON, Claude e WEAVER Warren. *The mathematical theory of communication*. 6ª ed. Urbana: University of Illinois, 1975, p. 53.

⁹⁴ BATESON, Gregory. BATESON, G. *Steps to an ecology of mind*. New York: Ballantine Books, 1972, p. 459.

⁹⁵ DANTAS, Marcos. “Pirataria”... ou as razões da informação? Brasília: Revista Reportagem, 1º de outubro de 2003, p. 1.

⁹⁶ Cf. artigo 2º da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, ratificada no Brasil

No Brasil, a ideia de patrimônio cultural imaterial vem sendo discutida desde 1922 por Mário de Andrade na Semana de Arte Moderna e, no âmbito internacional, especialmente, a partir de 1972, quando vários países assinaram a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO).

Comunidades tradicionais brasileiras, por sua vez, seriam, entre outras, as indígenas, caiçaras e quilombolas, as quais teriam como característica o fato de serem “grupos humanos diferenciados sob o ponto de vista cultural, que reproduzem historicamente seu modo de vida, de forma mais ou menos isolada, com base na cooperação social e relações próprias com a natureza”⁹⁷.

A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) não traz definição de comunidades tradicionais, mas indica como critério a consciência da própria identidade como pertencente a uma comunidade ou povo. Alguns diplomas legais já abordaram o tema, sendo importante citar o Decreto Federal nº 6.040/2007, que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, tendo contribuído com a seguinte definição:

grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.

pelo Decreto nº 5.753/2006.

⁹⁷ Para maiores informações, sugerimos a leitura de DIEGUES, Antonio Carlos e ARRUDA, Rinaldo S.V. *Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil*. Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal. São Paulo: COBIO, NUPAUB, 2000.

No Brasil, Aloísio Magalhães, seguindo o entendimento de Mário de Andrade, defendeu que o conceito de patrimônio cultural precisava ser ampliado, a fim de comportar um olhar mais antropológico que considerasse os saberes, ofícios, festas, rituais, expressões artísticas, conhecimentos tradicionais como fundamentais para a identidade cultural de um povo, rompendo com a visão elitista de outrora (calcada na ideia de que patrimônio cultural imaterial seria apenas aquilo que tivesse excepcional valor histórico e artístico), e incorporando bens anteriormente tidos como “não consagrados”, advindos de classes e grupos mais populares.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 216, ampliou o conceito de patrimônio cultural ao tratar não apenas da sua dimensão material (conjuntos urbanos e sítios de valor arqueológico, paisagístico, histórico, artístico, acervos museológicos, documentos e objetos destinados às manifestações artístico-culturais, por exemplo), como também da imaterial (formas de expressão, modos de fazer, criar e viver, criações artísticas, por exemplo), sendo ambas consideradas complementares pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN).

O patrimônio cultural imaterial passou, gradativamente, a ser objeto de outras importantes normas de direito internacional da UNESCO, como a Recomendação sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular (1989), o Programa de Proclamação das Obras-Primas do Patrimônio Oral e Imaterial da Humanidade (1997), a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural (2002), a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial (2003) e a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (2005).

Conforme Maria Laura Viveiros de Castro Cavalcanti,

a noção de patrimônio cultural imaterial vem, portanto, dar grande visibilidade ao problema da incorporação de amplo e diverso conjunto de processos culturais – seus agentes, suas criações, seus públicos, seus problemas e necessidades peculiares – nas políticas públicas relacionadas à cultura e nas referências de memória e de identidade que o país produz para si mesmo em diálogo com as demais nações⁹⁸.

Na prática, a preservação do patrimônio cultural imaterial, no Brasil, tem se dado, principalmente, pela atuação do Departamento do Patrimônio Imaterial do IPHAN, que se vale de ferramentas essencialmente etnográficas como o Inventário Nacional de Referências Culturais e o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial, instituídos pelo Decreto nº 3.551/2000, que também criou o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial, com o intuito de conhecer a fundo a realidade da comunidade envolvida e atender às suas necessidades, no formato, por exemplo, de cursos capacitantes, construção de escola, posto de saúde, documentação de práticas culturais.

Não trataremos, aqui, das questões econômicas relativas aos instrumentos jurídicos que, no âmbito do direito público, são voltados para a preservação do patrimônio cultural imaterial, mas apenas daquelas relativas à sua proteção por direitos de propriedade intelectual, por serem direitos privados que, ao conferirem direito de uso exclusivo aos titulares, criam uma escassez artificial dos bens protegidos, como veremos a seguir, ou seja, excluem a possibilidade de pessoas desautorizadas utilizarem-se de "matéria prima" que antes circulava livremente.

⁹⁸ CAVALCANTI, Maria Laura Viveiros de Castro e FONSECA, Maria Cecília Londres. *Patrimônio imaterial no Brasil*. Brasília: UNESCO, Educarte, 2008, p. 12.

3. A dinâmica econômica da informação e do conhecimento

Nas últimas décadas do século XX, começou a surgir uma nova economia em escala global. Manuel Castells chama-a de economia informacional, global e em rede, para identificar as suas características fundamentais. Segundo Castells, é informacional porque a produtividade e a competitividade dos agentes dependem da sua capacidade de gerar, processar e aplicar, de forma eficiente, a informação baseada em conhecimentos; é global porque as suas principais atividades produtivas, o consumo e a circulação, assim como seus componentes (capital, trabalho, matéria prima, administração, informação, tecnologia e mercados) estão organizados em escala global, mediante uma rede de conexões entre agentes econômicos; e, finalmente, é em rede porque a produtividade é gerada e a concorrência ocorre em uma rede global de interação entre pessoas e empresas⁹⁹.

Nesse estágio de produção capitalista – pós-industrial ou informacional –, a admissão do conhecimento como a principal força produtiva provocou uma mudança nas categorias econômicas do trabalho, valor e capital¹⁰⁰.

Na economia pós-industrial, o trabalho deixa de ser mensurável em unidades de tempo. Os fatores que, agora, determinam a criação de valor são o “componente comportamental”, a “motivação”, a utilidade simbólica do bem e o desempenho do trabalho; não mais o tempo de trabalho despendido¹⁰¹. O

⁹⁹ CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura, Vol. I: A sociedade em rede*. (Trad.. de Roneide Venâncio Majer). 6ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 119.

¹⁰⁰ Cf. CARBONI, Guilherme. *Direito autoral e autoria colaborativa na economia da informação em rede*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 118.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 118.

Liliana R. Petrilli Segnini diz que, de acordo com a teoria marxista, o trabalho é tomado como medida para a determinação do valor das mercadorias. Para tanto, verifica-se o tempo que é necessário para a realização de uma mercadoria, com base no denominado tempo médio de trabalho, que é o tempo de trabalho requerido para se produzir um valor de uso qualquer, nas condições de produção socialmente normais existentes, e com o grau social médio de destreza e intensidade do trabalho. (*O que é mercadoria*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1984, p. 18 e 19). Entretanto, essa lógica não se aplica à mercadoria-informação. De acordo com André Gorz, “o conhecimento, diferentemente do trabalho social geral, é impossível de traduzir e de mensurar em unidades abstratas simples. Ele não é redutível a uma quantidade de trabalho abstrato de que ele seria o equivalente, o resultado ou o produto. Ele recobre e designa uma grande diversidade de capacidades heterogêneas, ou seja, sem medida comum,

trabalho simples é substituído por um trabalho complexo. O trabalho de produção material, mensurável em unidades de produtos por unidades de tempo, é substituído por outro, denominado trabalho imaterial, ao qual os padrões clássicos de medida não mais podem se aplicar¹⁰².

A venda de mercadorias materiais (como roupas, veículos, eletrodomésticos) pressupõe a sua alienação definitiva e a redução do estoque de quem as vendeu. Portanto, na transação com mercadorias materiais, há sempre uma troca, um perde-ganha. Marcos Dantas explica que o mesmo não acontece com a mercadoria-informação. De fato, “quem comunica algo a alguém não perde a condição de comunicar este mesmo algo, novamente, a outro alguém”, pois, com a comunicação, não há “baixa do estoque de informação”, uma vez que a pessoa que comunicou não se desfez do seu “produto informacional”¹⁰³.

Como o conhecimento contido na produção de determinado bem é desvinculado e independente do suporte físico que o comporta, sendo possível reproduzi-lo e trocá-lo sem o sentimento de perda na transação, desequilibra-se a teoria marxista e neoclássica de valor, abrindo espaço para a utilização do conhecimento separadamente do capital e do trabalho¹⁰⁴. Portanto, o conhecimento só tem valor se for trocado, isto é, quando se difunde, não funcionando segundo as leis que fundamentam a valoração das mercadorias.

Nesse contexto, informação e conhecimento não são apenas produtos finais, mas também matéria prima para a geração de novas informações e conhecimentos. Se informação e conhecimento são matérias primas na sociedade informacional, o grande paradoxo do sistema capitalista, nos dias de hoje, é de que, ao mesmo tempo em que a informação precisa ser protegida

entre as quais o julgamento, a intuição, o senso estético, o nível de formação e de informação, a faculdade de aprender e de se adaptar a situações imprevistas; capacidades elas mesmas operadas por atividades heterogêneas que vão do cálculo matemático à retórica e à arte de convencer o interlocutor; da pesquisa técnico-científica à invenção das normas estéticas”. (*O imaterial: conhecimento, valor e capital*. São Paulo: Annablume, 2005, p. 29).

¹⁰² GORZ, André. *Op. cit.*, p. 15.

¹⁰³ DANTAS, Marcos. *Op. cit.*, p. 2.

¹⁰⁴ Cf. CARBONI, Guilherme. *Op. cit.*, p. 124 e 125.

por meio de direitos de propriedade intelectual para que seja transformada em mercadoria passível de comercialização, a informação também tem que ser livre para a geração de novas informações¹⁰⁵.

No caso das expressões culturais de comunidades tradicionais, elas sempre foram livres, isto é, nunca houve qualquer barreira no que diz respeito à sua utilização, seja por integrantes da mesma comunidade, como de outras, com base em fluxos e trocas entre comunidades. Dessa forma, a imposição de um regime de uso exclusivo tende a gerar, em nossa opinião, uma escassez dessas informações no interior das comunidades tradicionais, uma vez que o seu uso como matéria prima se torna mais restrito.

A ideia da proteção das expressões culturais pela propriedade intelectual vem sendo estudada pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) como algo benéfico para as comunidades tradicionais¹⁰⁶, quando, na verdade, trata-se de atender aos interesses de dominação de grandes grupos econômicos que desejam institucionalizar e legalizar suas ações de exploração, legitimando a entrada do capital nas comunidades¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Segundo Antonella Corsani, "a novidade, assim, não consiste tanto na ideia de conhecimento como força produtiva, como algo a ser aplicado na indústria, mas no fato de que o conhecimento tornou-se, agora, ao mesmo tempo, um recurso e um produto, desincorporado de qualquer recurso e de qualquer produto. Esse é o sentido da produção de 'conhecimentos por conhecimentos'. Tais conhecimentos não são apenas tecnológicos, mas científicos, técnicos, artísticos, ideológicos, pois são produzidos em locais exteriores à fábrica." (*Elementos de uma ruptura: a hipótese do capitalismo cognitivo*. In: *Capitalismo cognitivo: trabalho, redes e inovação*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p. 26 e 27)

¹⁰⁶ O mais recente documento a respeito do assunto é o WIPO/GRTKF/IC/22/5, elaborado pelo Comitê Intergovernamental sobre Propriedade Intelectual e Recursos Genéticos, Conhecimentos Tradicionais e Folclore, da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), conforme consulta realizada em 19 de maio de 2012, no endereço eletrônico www.wipo.int.

¹⁰⁷ É neste sentido que Vandana Shiva discorre sobre o que chama de "a segunda chegada de Colombo", sendo a primeira relativa à apropriação de terras e bens materiais e a segunda, que vivemos na atualidade, à apropriação da informação, que pode estar presente no DNA de uma planta até num código-fonte de um software. Por esta razão, referida autora diz que "A criação da propriedade por meio da pirataria da riqueza alheia permanece a mesma de 500 anos atrás". E acrescenta que "(...) A terra, as florestas, os rios, os oceanos e a atmosfera têm sido todos colonizados, depauperados e poluídos. O capital agora tem que procurar novas colônias a serem invadidas e exploradas, para dar continuidade a seu processo de acumulação." (SHIVA, Vandana. *Biopirataria. A pilhagem da natureza e do conhecimento*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001, p. 24 e 28).

Como há um crescente interesse da indústria em geral pela utilização de expressões culturais na composição de seus produtos, tal postura gera, nas comunidades tradicionais, a percepção de que suas criações podem ser objeto de troca. Com isso, surge a questão de como valorar - se é que é possível e desejável em razão do forte simbolismo inerente - essas expressões culturais, vez que elas não possuem valor de troca como as mercadorias tradicionalmente produzidas para o comércio.

Segundo André Gorz, "o sentido econômico de valor de troca, não se aplica senão às mercadorias, ou seja, aos bens e aos serviços que foram produzidos em vista de sua troca comercial". E acrescenta o seguinte:

o que não se pode produzir, ou ainda o que não é permutável nem destinado à troca, não tem "valor" no sentido econômico. É o caso, por exemplo, das riquezas naturais que, como o sol, a chuva, não se podem produzir, nem deles pode-se apropriar; é principalmente o caso dos bens comuns a todos e que não podem ser nem divididos, nem trocados por nada, como o patrimônio cultural. (...). se não podem ser apropriadas ou "valorizadas", as riquezas naturais e os bens comuns podem ser confiscados pelo viés das barreiras artificiais que reservam o usufruto delas aos que puderem pagar um direito de acesso. A privatização das vias de acesso permite transformar as riquezas naturais e os bens comuns em quase-mercadorias que proporcionarão uma renda aos vendedores de direitos de acesso. (...). Essa irreducibilidade dos conhecimentos será uma fonte de dificuldades, de incoerências, de trapaças e de fantasias econômicas. O capital não pode deixar de tratar e de fazer funcionar o conhecimento como se ele fosse um capital.¹⁰⁸

Há uma evidente ligação das comunidades tradicionais com a natureza, muitas vezes, considerando-se parte dela. Também há, nas comunidades tradicionais, um diálogo constante com seus ancestrais, especialmente com os seus conhecimentos, os quais são quase sempre transmitidos oralmente. É por

¹⁰⁸ GORZ, André. *Op. cit.*, p. 30 e 31.

essa razão que Marcel Mauss diz que deveria existir uma espécie de conta corrente relativa ao fluxo das expressões e dos conhecimentos tradicionais, desde que respeitados os direitos das comunidades envolvidas, as quais poderiam livremente decidir por permitir ou não o acesso e pela “contraprestação” que julgarem mais apropriadas. Nas palavras de Mauss: “dá tanto quanto tomas, tudo estará muito bem”¹⁰⁹.

4. A propriedade intelectual sobre expressões culturais tradicionais e a escassez de recursos

O chamado “conhecimento tradicional”¹¹⁰ é protegido pela propriedade intelectual em dois campos distintos, dependendo do objeto da criação intelectual: um campo voltado para o acesso ao patrimônio genético, resultando no conceito de “conhecimento tradicional associado”, e um campo cultural, que pode incluir desde criações técnicas a estéticas, resultando no conceito de “expressões culturais tradicionais”, isto é, aquelas “que resultam da criatividade de indivíduos, grupos e sociedades e que possuem conteúdo cultural”, nos termos da Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da UNESCO, de 2005, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 485/2006. No conceito de expressões culturais estão incluídas as expressões por palavras (contos, poesia); musicais (canções); corporais (danças, rituais, jogos); e apostas em objeto material (pinturas, esculturas, cerâmica, cestaria, bordado, tapeçaria, vestimentas).

Nessa dimensão privada da propriedade intelectual e considerando o campo cultural mencionado acima, as expressões culturais de comunidades tradicionais podem ser objeto de apropriação e de uso exclusivo por parte do

¹⁰⁹ MAUSS Marcel. *Ensaio sobre a dádiva. Forma e razão da troca nas sociedades arcaicas*. In: Sociologia e Antropologia. São Paulo: Cosac & Naify, 2003, p. 300.

¹¹⁰ Segundo a OMPI, entende-se por conhecimento tradicional, “as inovações e criações de base tradicional resultantes de atividade intelectual nos campos industrial, científico, literário ou artístico” (mais informações disponíveis no endereço eletrônico www.wipo.int).

titular de direitos autorais sobre as mesmas. Consequentemente, podem ser colocadas no comércio como uma mercadoria qualquer¹¹¹.

A propriedade intelectual, por meio dos direitos autorais, protege apenas a materialização das expressões culturais e não os conhecimentos, sistemas e processos responsáveis por tal materialização, ou seja: enquanto a “ideia”, a “intenção”, o “pensamento” de escrever um livro, compor uma música ou pintar um quadro não se tornar efetivamente um livro, uma música ou uma pintura, por exemplo, não há que se falar na incidência de proteção por direitos de propriedade intelectual.

Como expressões culturais são informação e considerando que o valor da informação é de difícil mensuração, é necessário haver algum tipo de monopólio, que garanta a exclusividade na sua exploração, e que é constituído pelos direitos de propriedade intelectual.

Assim, a questão econômica crucial relativa à proteção das expressões culturais de comunidades tradicionais por meio de direitos de propriedade intelectual é que tal proteção pode levar a uma redução das experiências culturais dessas comunidades, especialmente pelo fato de que muitas delas são baseadas em processos criativos anteriores, da mesma ou de outras comunidades, na forma de trocas simbólicas. Consequentemente, os recursos culturais dessas comunidades poderão tornar-se escassos, com a sua apropriação pelos direitos de propriedade intelectual.

Na produção das expressões culturais são utilizados recursos. Partindo-se da premissa de que toda sociedade possui recursos que são livres e recursos que são controlados, a questão crucial deixou de ser se o controle deveria ser

¹¹¹ De acordo com Liliana R. Petrilli Segnini, “a mercadoria é”, De acordo com Liliana R. Petrilli Segnini, “a mercadoria é, antes de tudo, um objeto externo, uma coisa que, por suas propriedades, satisfaz necessidades humanas, seja qual for a sua natureza, a origem delas, provenham do estômago ou da fantasia’, nos diz Marx. As mercadorias possuem valor de uso para os homens que as utilizam”. (*Op. cit.*, p. 14)

exercido pelo Estado ou pelo mercado, passando à indagação mais profunda, a respeito da adequação da própria existência de controle sobre tais recursos¹¹².

Não é difícil concluir que livres são os recursos que podem ser utilizados sem a necessidade de autorização e que a propriedade intelectual, ao proibir a utilização e a reprodução de uma determinada expressão cultural por alguém que não seja o seu criador, torna a informação e o conhecimento nela contidos (e que, naturalmente, não são escassos) em bens escassos.

Por essa razão, como os direitos de propriedade intelectual protegem as obras individualmente criadas, uma vez que, pelo menos, até o presente momento, não há um direito coletivo das comunidades tradicionais sobre suas expressões culturais¹¹³, a imposição de tais direitos exclusivos tende a gerar escassez de informação para a criação de novas expressões culturais, sem falar de outros impactos indesejados, como, por exemplo, a competição entre os indivíduos das comunidades pela autoria e, conseqüentemente, pela titularidade dos direitos sobre tais expressões.

Entendemos que a utilização crescente, desordenada e não consciente de bens materiais por muitos indivíduos nas áreas ocupadas pelas comunidades tradicionais pode levar à chamada “tragédia dos bens comuns”, isto é, à ruína destes, pelo fato de serem limitados e, portanto, escassos¹¹⁴.

¹¹² Cf. LESSIG, Lawrence. *The Future of ideas. The fate of the commons in a connected world*. New York: Random House, Inc., 2001, p. 12.

¹¹³ O Comitê Intergovernamental sobre Propriedade Intelectual e Recursos Genéticos, Conhecimentos Tradicionais e Folclore, da OMPI, diz o seguinte, conforme consulta realizada em 19 de maio de 2012, no endereço eletrônico www.wipo.int:

“(…)”. 2. Os Estados membros garantirão que os beneficiários correspondentes gozem de direito coletivo, exclusivo e inalienável a autorizar e proibir os seguintes atos:

a) com respeito às expressões culturais tradicionais que não sejam palavras, signos, nomes e símbolos: (i) fixação; (ii) reprodução; (iii) interpretação e execução em público; (iv) tradução ou adaptação; (v) colocação a disposição ou comunicação ao público; (vi) distribuição; e

b) com respeito às expressões culturais tradicionais que sejam palavras, signos, nomes e símbolos: (i) todo uso com fins comerciais distintos ao seu uso tradicional; (ii) a aquisição ou o exercício de direitos de propriedade intelectual; (iii) a oferta para a venda ou a venda mesma de artigos que são falsificações de expressões culturais tradicionais feitas pelos beneficiários previstos no artigo 2; (iv) todo uso que desacredite ou ofenda ou sugira uma falsa vinculação com os beneficiários que se definem no artigo 2, ou os menospreze ou desprestigie. (...)”. (tradução nossa)

¹¹⁴ Cf. HARDIN, Garrett. *The tragedy of the commons*. In: Science, vol. 162, 1968, p. 1243-1248.

Alternativamente à obrigatoriedade de soluções por meio da privatização desses bens comuns ou do seu controle por meio do Estado, concordamos com o entendimento de Elinor Ostrom que já demonstrou que, em diversas situações, usuários e proprietários desses bens souberam criar instituições que permitem o aproveitamento sustentável dos mesmos, evitando, assim, a “tragédia dos bens comuns”¹¹⁵. Referida iniciativa está, em nossa opinião, em total consonância com o respeito que se deve ter ao direito costumeiro das comunidades tradicionais brasileiras, conforme determina, inclusive, nossa Constituição Federal ao assegurar o pluralismo jurídico.

5. Considerações finais

Tendo em vista que cada comunidade tradicional tem sua própria dinâmica e seu direito costumeiro quanto aos processos criativos e autorais, a implantação de mecanismos de propriedade intelectual nessas comunidades criará uma escassez artificial de bens comuns que não são naturalmente escassos.

Observemos o olhar que lançamos ao pajé quando ele entrega um chá para um índio doente. Na visão simplista – e não dizemos isso de forma pejorativa, pois talvez seja a única maneira que nossa cultura permita que vejamos, mas não significa que devemos aceitá-la e deixar de buscar novos pontos de vista –, a infusão de uma planta com determinada propriedade é dada ao integrante de determinada aldeia para curá-lo. Mas, já sabemos que não se trata somente disso. Há inúmeros outros elementos ignorados, a começar pelo ritual envolvido, pela evocação dos ancestrais, pelo canto, pela dança e pela própria entrega do chá, que é acompanhada por toda a tribo. Para nós, podem nada significar, mas para as comunidades tradicionais podem representar muito mais do que o elemento orgânico curativo contido no chá¹¹⁶.

¹¹⁵ Ver OSTROM, Elinor. *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*. México: FCE, UNAM, IIS, 2011.

¹¹⁶ A esse respeito, sugerimos a leitura de VILLAS-BÔAS, Orlando. *A arte dos pajés*. São Paulo: Editora

Propomos, assim, uma reflexão sobre o próprio objeto que os direitos de propriedade intelectual pretendem tanto proteger. Quaisquer instrumentos de proteção deverão equalizar, equilibrar e ponderar os direitos envolvidos, por meio de um diálogo aberto e sincero com as comunidades tradicionais, que muitas vezes querem, apenas, ser respeitadas e ter suas práticas "valorizadas" - e não "valoradas" economicamente -, sem que seja necessário conferir um direito de uso exclusivo por mecanismos de propriedade intelectual.

O sistema que imaginamos como mais adequado para proteger as expressões culturais insere as comunidades tradicionais no processo como agentes ativos e plenamente conhecedores de suas necessidades e considera o dinamismo de sua produção cultural.

Apesar de os bens imateriais baseados na informação e no conhecimento (como é o caso das expressões culturais tradicionais) não serem naturalmente escassos, razão pela qual não há que se falar em "tragédia" para esses bens, a introdução de direitos de propriedade intelectual nas comunidades tradicionais, ao criar escassez artificial, pode conduzir à "tragédia" dos mesmos.

Portanto, os direitos de propriedade intelectual não são, em nossa opinião, adequados para proteger as expressões culturais de comunidades tradicionais porque representam a forma por meio da qual o sistema capitalista as transforma em mercadoria com o intuito de torná-las negociáveis, sem levar em consideração características intrínsecas ao "produto final" (imbuído de valor simbólico e sentimental) e sem ouvir as próprias comunidades.

As expressões culturais que compõem o patrimônio imaterial das comunidades tradicionais não precisam de proteção para impedir o seu uso "não autorizado". Essas expressões sempre foram livres e assim devem continuar. Precisam, isso sim, de identificação para que, por meio de instrumentos de política pública (e não de propriedade intelectual) possam ser acompanhadas e apoiadas em nome do direito à diversidade cultural¹¹⁷. Neste

Globo, 2000.

¹¹⁷ Esse é o entendimento da Comissão Interinstitucional e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial

sentido, o já citado Decreto Federal 3.551/2000, ao criar o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial, disponibilizou ferramentas interessantes.

Como os mecanismos de identificação atualmente existentes não têm como intuito estabelecer um direito de uso exclusivo das expressões culturais, não há criação de escassez artificial, o que, por sua vez, acaba gerando menor impacto interno para as comunidades tradicionais, as quais poderão continuar se valendo de suas informações e conhecimentos para a criação de novas expressões culturais.

6. Referências

- BATESON, Gregory. *Steps to an ecology of mind*. New York: Ballantine Books, 1972.
- CARBONI, Guilherme. *Direito autoral e autoria colaborativa na economia da informação em rede*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura*, Vol. I: A sociedade em rede. 6ª ed.. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- CAVALCANTI, Maria Laura Viveiros de Castro; FONSECA, Maria Cecília Londres. *Patrimônio imaterial no Brasil*. Brasília: UNESCO, Educarte, 2008.
- CORSANI, Antonella. *Elementos de uma ruptura: a hipótese do capitalismo cognitivo*. In: Capitalismo cognitivo: trabalho, redes e inovação (Giuseppe et al org.). Rio de Janeiro: DP&A, 2003.
- DANTAS, Marcos. “Pirataria”... ou as razões da informação? Brasília: Revista Reportagem, 1º de outubro de 2003.
- DIEGUES, Antonio Carlos; ARRUDA, Rinaldo S. V. *Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil*. Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, São Paulo: COBIO, NUPAUB, 2000.
- GORZ, André. *O imaterial: conhecimento, valor e capital*. São Paulo: Annablume, 2005.
- HARDIN, Garrett. *The tragedy of the commons*. Science, vol. 162, 1968, p. 1243-1248.
- LESSIG, Lawrence. *The future of ideas. The fate of the commons in a connected world*. New York: Random House, 2001.
- MAUSS Marcel. *Ensaio sobre a dívida. Forma e razão da troca nas sociedades arcaicas*. In: Sociologia e Antropologia. São Paulo: Cosac & Naify, 2003.
- OSTROM, Elinor. *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*. México: FCE, UNAM, IIS, 2011.
- SEGNINI, Líliliana R. Petrilli. *O que é a mercadoria*. São Paulo: Brasiliense, 1984.

do IPHAN: “O patrimônio imaterial não requer ‘proteção’ e ‘conservação’ – no mesmo sentido das noções fundadoras da prática de preservação de bens culturais móveis e imóveis –, mas identificação, reconhecimento, registro etnográfico, acompanhamento periódico, divulgação e apoio. Enfim, mais documentação e acompanhamento e menos intervenção” (*Os sambas, as rodas, os bumbas, os meus e os bois. A trajetória da salvaguarda do patrimônio cultural imaterial no Brasil*. P. 21. Texto integral disponibilizado em 2006, pelo IPHAN, no endereço eletrônico <http://portal.iphan.gov.br/portal/montarDetalheConteudo.do?id=13237&sigla=Noticia&retorno=detalheNoticia>, conforme consulta realizada em 19 de maio de 2012).

SHANNON, Claude; WEAVER, Warren. *The mathematical theory of communication*. 6^a ed.. Urbana: University of Illinois, 1975.

SHIVA, Vandana. *Biopirataria. A pilhagem da natureza e do conhecimento*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.

VILLAS-BÔAS, Orlando. *A arte dos pajés*. São Paulo: Editora Globo, 2000.

**NOVAS TECNOLOGIAS:
DIFUSÃO DO CONHECIMENTO POR MEIO DO
SOFTWARE LIVRE COMO JUSTIÇA COM EQUIDADE**

Luiz Gonzaga Silva Adolfo¹¹⁸

Caroline Porto de Magalhães¹¹⁹

Resumo:

Na sociedade contemporânea, as novas tecnologias de comunicação e informação destacam-se como forma de acesso ao conhecimento pelo ser humano, porquanto a ideologia do *software* livre representa uma ferramenta capaz de contribuir para o desenvolvimento com liberdade do usuário. O presente estudo tem como objetivo evidenciar a disseminação de ferramentas que contribuam para o desenvolvimento da sociedade, em que pese haver ponderação no que tange à função do direito de autor nas criações, mas enfocando a função social inerente às criações e fomentando sua utilização por meio de políticas públicas como forma de inclusão social. Nesse sentido, será utilizado o ideal de justiça com equidade do filósofo John Rawls, que defende o direito de liberdade do cidadão a ter condições de igualdade no acesso ao conhecimento para o desenvolvimento da sociedade.

Palavras-chave: SOFTWARE LIVRE; DESENVOLVIMENTO; POLÍTICAS PÚBLICAS; JUSTIÇA COM EQUIDADE.

¹¹⁸ Advogado, Doutor em Direito pela UNISINOS (São Leopoldo, RS). Presidente da Comissão Especial de Propriedade Intelectual da OAB/RS na gestão 2010/2012. Membro da Associação Portuguesa de Direito Intelectual – APDI. Professor do PPG em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, que financia a participação do primeiro coautor nesta pesquisa. Professor do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil – ULBRA (Gravataí, RS). Endereço eletrônico: gonzagaadolfo@yahoo.com.br.

¹¹⁹ Aluna regular do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD, Mestrado, da Universidade de Santa Cruz do Sul, na Linha de Pesquisa do Constitucionalismo Contemporâneo. Advogada Especialista em Direito do Trabalho e Seguridade Social; Professora do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF. Endereço eletrônico: portodemagalhaes@gmail.com.

Abstract:

In contemporary society, the new communication and information technologies stand out as a means of access to knowledge by the human beings, since the ideology of free software represents a tool able to contribute for development with the user's freedom. This paper aims to prove the dissemination of tools that contribute to the development of society, despite there is consideration with respect to the role of copyright in creations, but focusing on the social function inherent to the creations and promoting its use through of public policies as a means of social inclusion. In this sense, it will be used the ideal of justice with equity of the the philosopher John Rawls, who defends the citizen's right to freedom in order to have equal conditions in the access to knowledge for the society development.

Keywords: FREE SOFTWARE; DEVELOPMENT; PUBLIC POLICIES; JUSTICE WITH EQUITY.

1. Introdução

O presente estudo tem por objetivo evidenciar o significado das novas tecnologias de comunicação e informação, mais especificamente o *software* livre, cuja importância na sociedade contemporânea se destaca, fazendo-se uma breve análise de sua ideologia. Posteriormente, será enfatizada a relação do direito de autor com as novas ferramentas tecnológicas, salientando-se a função social que deve servir como fundamento na interpretação das criações e o acesso do cidadão como meio de desenvolvimento com liberdade.

No prosseguimento do trabalho serão relacionados exemplos de políticas públicas adotadas por órgãos públicos com a utilização de ferramentas tecnológicas, como *software* livre, e serão demonstrados o significado do capital social e o modo como as tecnologias de informação e comunicação podem fazer parte de formas de inclusão social para fortalecimento do cidadão, especialmente dos menos favorecidos economicamente.

Igualmente, com o enfoque de fazer uma análise do significado de justiça, essencialmente quando se fala em difusão do conhecimento, utilizar-se-á a proposta do filósofo liberalista político John Rawls, que sugere a justiça com equidade. Assim, será dado realce à ideia de justiça com equidade mediante a liberdade do acesso ao conhecimento, como forma de se atingir o

desenvolvimento e acarretar a efetivação da propagação desse conhecimento, que é o que se pretende com o uso das tecnologias que possuem como ideologia o acesso livre pelo usuário.

2. Novas tecnologias de comunicação e informação: *software* livre

Na sociedade contemporânea, várias facetas de políticas públicas são vislumbradas como forma de viabilizar cada vez mais o acesso do cidadão a direitos culturais; para isso, as novas Tecnologias de Comunicação e Informação – TCIs são bem-vindas com o intuito de contribuir para a efetivação dos direitos inerentes ao cidadão e para o desenvolvimento da sociedade.

Segundo Wachowicz e Proner¹²⁰, tecnicamente as TCIs são definidas como um conjunto de recursos não humanos dedicados ao armazenamento, ao processamento e à comunicação da informação, sendo mais conhecidos os equipamentos (computadores, *hardware*) e os programas (*software*).

O uso do computador vem crescendo de tal maneira que esse equipamento já é considerado por muitos como algo comum, que se tornou imprescindível para a convivência entre as pessoas em sociedade, tendo-se em conta que, cada vez mais, os laços são estabelecidos pela tela de um computador ou, mesmo, pelo telefone celular. Por consequência, há quem defenda o aspecto positivo nas facilidades do mundo virtual; mas, ao contrário, também há quem destaque os reflexos negativos de tal prática decorrentes de vários enfoques, seja psicológico, sociológico ou outro.

Entretanto, a única certeza que existe é que o uso do computador e de todas as suas ferramentas é uma realidade que pode ter várias facetas. E, para que, elas sejam conhecidas, basta saber quem está atrás da máquina quando de seu uso e suas intenções. Sob esse enfoque, a Administração Pública não poderia ficar inerte a tamanha evolução nas TCIs, pois o uso generalizado do

¹²⁰ WACHOWICZ, Marcos; PRONER, Carol. Movimentos rumo à Sociedade Democrática do Conhecimento. In: _____; _____. *Inclusão tecnológica e direito à cultura: movimentos rumo à sociedade democrática do conhecimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p.25.

computador oferece, tanto para a sociedade quanto para o governo, possibilidades reais nas relações entre os cidadãos e o governo, bem como os novos canais de comunicação e transação oportunizam novas possibilidades de relacionamento entre lojas, bancos e clientelas.¹²¹

Ao usar o computador e a internet, o ser humano vê-se diante de um universo de possibilidades de utilização de mecanismos capazes de tornar mais ágil e eficaz o acesso aos serviços. Assim, são desenvolvidas ferramentas com a finalidade de facilitar a utilização desses serviços.

O acesso às tecnologias com liberdade é peça crucial na função social que as novas tecnologias apresentam, pois o bem comum deve prevalecer sobre os interesses individuais.

Para Sen¹²²:

Liberdades não são apenas os fins primordiais do desenvolvimento, mas também os meios principais. Além de reconhecer, fundamentalmente, a importância avaliatória da liberdade, precisamos entender a notável relação empírica que vincula, umas às outras, liberdades diferentes. Liberdades políticas (na forma de liberdade de expressão e eleições livres) ajudam a promover a segurança econômica. Oportunidades sociais (na forma de serviços de educação e saúde) facilitam a participação econômica. Facilidades econômicas (na forma de oportunidades de participação no comércio e na produção) podem ajudar a gerar a abundância individual, além de recursos públicos para os serviços sociais. Liberdades de diferentes tipos podem fortalecer umas às outras.

As novas TCIs, então, passam a ser peças fundamentais no desenvolvimento social, pois o cidadão tem direito a acesso ao que for produzido com o intuito de difusão do conhecimento em prol de toda a

¹²¹ MARGETTS, Helen. Governo eletrônico: uma revolução na administração pública? In: PETERS, B. Guy; PIERRE, Jon. *Administração pública: coletânea*. São Paulo: Ed.Unesp / Brasília: ENAP, 2010, p.357.

¹²² SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Traduzido por Laura Teixeira Motta; revisão técnica por Ricardo Donielli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p.25-26.

coletividade, o que torna a questão o tema central de algumas políticas públicas do Estado.

Atualmente, cresce a utilização do *software* livre, que pode ser considerado como a maior expressão da imaginação dissidente em uma sociedade que tem por objetivo mais do que sua mercantilização, já que faz parte de um movimento baseado no princípio do compartilhamento do conhecimento e na solidariedade praticada pela inteligência coletiva interligada na rede mundial de computadores.¹²³

A ideologia do movimento teve início em meados de 1985, com Richard Stallman, o qual estava indignado com a proibição de acessar o código-fonte de um *software*. O movimento começou pequeno, reunia e distribuía programas e ferramentas livres com o código-fonte aberto, facilitando o acesso por qualquer pessoa, e não só a programas, mas também aos códigos em que foram escritos. Tais esforços de programação eram reunidos em torno do nome GNU – GNU'S Not Unix.¹²⁴

No entanto, com a difusão da internet, o movimento do *software* livre ganhou o mundo e logrou produzir um sistema operacional livre, completo e multifuncional, o GNU/Linux.

Segundo Silveira¹²⁵, os colaboradores do movimento preocupavam-se no sentido de que os esforços acabassem sendo patenteados ou apropriados indevidamente por algum empreendedor. Assim, a *Free Software Foundation* inventou a licença pública geral (GPL em inglês), conhecida como *Copyleft*, em contraposição ao *copyright*. Era uma garantia de que os esforços coletivos não seriam indevidamente considerados propriedade de alguém. O GPL também é aplicável às frentes em que os direitos autorais são utilizados: livros, imagens, *softwares* e músicas.

¹²³ SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. Inclusão digital, software livre e globalização contra-hegemônica. In: _____; CASSINO, João (Orgs.). *Software livre e inclusão digital*. São Paulo: Conrad do Brasil, 2003, p.36.

¹²⁴ SILVEIRA, 2003, *op. cit.*

¹²⁵ *Ibidem*, p.36.

A ideia central do movimento é contrapor-se ao *software* proprietário, que possui o chamado código-fonte fechado. Assim, ele limita o acesso ao usuário e, geralmente, é de propriedade de uma única empresa que cobra pelo direito de propriedade intelectual, não permitindo que o usuário abra ou divulgue o código-fonte, sob pena de cometer crime. Para Cassino¹²⁶:

O software livre nasce como oposição ao software proprietário, programas de computador com código-fonte fechado, patenteados por uma única empresa, que cobra direito de propriedade intelectual. Se alguém abrir, alterar ou divulgar esse código-fonte, será considerado um criminoso. Quem duplica, distribui ou usa esse tipo de programa, sem pagar royalties, violando copyrights, comete o crime de pirataria, podendo até ser condenado e preso, dependendo da legislação do país em que o delito é praticado.

Quando se fala em *software* livre, não há como não estabelecer relação com o direito de autor, que tem por objetivo a proteção ao autor, ao criador, ao tradutor, ao pesquisador ou ao artista sobre sua criação, regulamentando as relações jurídicas surgidas da criação e da utilização da obra.¹²⁷

O *software* é uma linguagem e, com base nisso, é regulado pelo direito autoral – o que se busca proteger é a notação, a linguagem, o conjunto de instruções que formam o *software*, e não seu resultado e sua funcionalidade.¹²⁸

Ele é protegido pelo direito autoral com a aplicação simultânea das Leis nº 9.609 e nº 9.610, ambas de 19 de fevereiro de 1998. A primeira refere-se especificamente ao programa de computador, enquanto a segunda regulamenta os direitos autorais de forma geral.

¹²⁶ CASSINO, João. Cidadania digital: os tele centros do município de São Paulo. In: SILVEIRA, Sérgio Amadeu da; _____ (Org.). *Software livre e inclusão digital*. São Paulo: Conrad do Brasil, 2003, p.51.

¹²⁷ BOFF, Salete Oro; PIRES, Eduardo. A função social do direito de autor. In: REIS, Jorge Renato dos; _____; DIAS, Felipe da Veiga; PELLEGRINI, Grace Kellen de Freitas; TOLOTTI, Stella Monson (Orgs.). *Estudos de direito de autor no Constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Multideia, 2011, p.98.

¹²⁸ AREAS, Patrícia de Oliveira. Propriedade intelectual do software: direito moral e desenvolvimento. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL; Luiz Otávio (Orgs.). *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p.115.

Em que pese ser de extrema relevância jurídica e social a proteção dos direitos do autor sobre sua criação, não se pode ignorar a função social que sua produção possui frente ao conhecimento e à informação que sua obra trará para toda a coletividade; ou seja, trata-se de uma visão simplista e egoísta sobre o que representa a criação.

Boff e Pires¹²⁹ destacam:

[...] frente à importância que o conhecimento e até mesmo a informação representam para a sociedade, não há como se admitir a análise de um direito de autor com esta visão unitária, em que ao criador da obra intelectual é outorgada exclusividade absoluta sobre a obra.

É verdade que não há como negar ao autor a tutela sobre o bem de sua criação, inclusive como meio de incentivo à criação; entretanto, essa proteção necessita estar em harmonia com os direitos da sociedade, em especial no que tange aos direitos de acesso à informação, cultura e educação.

Nesse sentido, há a necessidade de se protegerem os direitos do autor da criação da obra, seja essa qual for; entretanto, tal proteção não deve ser restrita a uma interpretação egocêntrica com o intuito de acarretar consequências negativas ao acesso do cidadão.

É mister destacar que uma permissão demasiadamente liberal pode ter alcance amplo e, algumas vezes, passível de prejudicar o sistema autoral. No entanto, é importante frisar que, em muitas situações, a reprodução para uso privado pode ser benéfica e, até mesmo, necessária para o alcance do resultado almejado pelo mecanismo autoral, qual seja, equilibrar os interesses individuais (remuneração do autor, por exemplo) e os interesses coletivos (o acesso à informação e à cultura, o desenvolvimento científico e tecnológico etc.).

¹²⁹ BOFF; PIRES, 2011, *op. cit.*, p.99-100.

Para Ascensão¹³⁰:

[...] as utilizações livres não devem ser consideradas exceções, no sentido substancial. O Direito de Autor realiza a conciliação de interesses públicos e privados, de regras de cultura com preocupações de remuneração do autor, e assim por diante. É a resultante desse acervo de regras positivas e negativas. Por isso, os limites, como o seu nome indica, delimitam intrinsecamente os direitos; não são obstáculos exteriores e uma imaginária ilimitação.

A proteção despendida ao autor como forma de incentivo à criação de novas obras deve manter-se equilibrada com os interesses sociais, com garantia do acesso da sociedade a tais obras, já que é meio para se alcançar o desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico.¹³¹

E, sob um viés político, cabe destacar que o Ministério da Cultura fomenta as políticas culturais na sociedade moderna, com fundamento e respaldo na Declaração Universal dos Direitos Humanos que, em seu artigo 27, estabelece que a proteção dos interesses morais e materiais dos autores de obras científicas, literárias e artísticas deve estar equilibrada com o direito de toda pessoa de participar livremente da vida cultural de sua comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios.¹³²

E isso deve acontecer de forma indissociável a esse objetivo social de desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico em que o *software* livre está encaixado, já que é um dos maiores exemplos de função social das novas tecnologias de informação, pois traz a possibilidade de inclusão digital de muitos cidadãos e entidades públicas. Não se pode olvidar que existem usuários que não possuem o acesso a diversos programas diante da cobrança pelos *softwares* proprietários; ou seja, para ter acesso a ferramentas que

¹³⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil, direito de autor e direitos conexos*. Lisboa: Coimbra, 1992, p.216.

¹³¹ BOFF; PIRES, 2011, *op. cit.*, p.100-101.

¹³² *Ibid.*, p.104.

podem ser úteis, seja na educação, ciência, organização, entre outros, o usuário terá que efetuar algum pagamento.

Do mesmo modo, outra questão preocupante é que, na maioria das vezes, quem ganha é somente uma empresa, a qual compra os direitos autorais dos criadores da ferramenta e, a partir daí, limita o acesso para qualquer cidadão, beneficiando-se da necessidade de utilização do *software*.

É relevante destacar que os termos do *copyleft* garantem o reconhecimento do autor, mas permitem que qualquer outra pessoa intervenha alterando, reproduzindo, redistribuindo e, por fim, revendendo o produto. A única e importante restrição é que ninguém pode se dizer dono daquele produto, independentemente de quanto tenha influído em sua geração.¹³³ Nesse sentido, destaca Miguel¹³⁴:

O processo de alfabetização tecnológica não consiste apenas em oferecer formação a todos os setores da população (adultos, jovens, mulheres, profissionais, estudantes etc.), mas também na preocupação em fazer com as tecnologias da informação e da comunidade estejam realmente ao alcance de todos os cidadãos.

A difusão da internet e o uso do computador fizeram com que a preocupação da Administração Pública passasse à educação do cidadão, para que ele aprendesse a manusear a ferramenta. Essa educação, no entanto, não basta se o aluno não tiver acesso ao conteúdo das tecnologias da informação de forma plena, principalmente pelo fato de que será podado pela negativa do acesso a *software* e a outros programas que possam viabilizar um aprendizado completo e eficaz. É notório que a internet possui coisas boas e coisas ruins, e

¹³³ VALOIS, Djalma. *Copyleft*. In: SILVEIRA, Sérgio Amadeu da; CASSINO, João (Orgs.). *Software livre e inclusão digital*. São Paulo: Conrad do Brasil, 2003, p.294.

¹³⁴ MIGUEL, Luis Millán Vásquez de. Os Poderes Públicos como garantia de uma sociedade de conhecimento para todos. In: SILVEIRA, Sérgio Amadeu da; CASSINO, João (Orgs.). *Software livre e inclusão digital*. São Paulo: Conrad do Brasil, 2003, p.215.

deixar o aluno com o acesso limitado àquilo que as grandes corporações concedem ao usuário passa a ser uma preocupação do Poder Público.

O fato de a empresa deter direito sobre os produtos faz com que ela mesma determine os preços de venda ao consumidor, gerando a crença de que o *direito intelectual* (ou autoral) é cotejável a uma concessão pública de um monopólio privado.¹³⁵

A disponibilidade de um *software* livre é uma peça-chave para a alfabetização tecnológica que tem como pretensão garantir o acesso universal do conjunto dos cidadãos sem discriminação por razão alguma.¹³⁶

Outro aspecto relevante do fundamento relacionado à ideia central do *software* livre é a liberdade do usuário, já que o *software* proprietário limita o acesso do usuário, geralmente condicionado ao pagamento pelo uso, sem possibilidade de qualquer alteração no conteúdo ou melhoramento.

Mas, quando se fala em liberdade, é necessário dizer que se trata da liberdade de desenvolvimento, que é inerente ao ser humano, já que o *software* livre é peça fundamental para o desenvolvimento cultural e tecnológico da sociedade.

Para Sen¹³⁷, a liberdade é central para o processo de desenvolvimento por duas razões:

1) A razão avaliatória: a avaliação do progresso tem de ser feita verificando-se primordialmente se houve aumento das liberdades das pessoas.

2) A razão da eficácia: a realização do desenvolvimento depende inteiramente da livre condição de agente das pessoas.

O que as pessoas conseguem positivamente realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por condições habilitadoras

¹³⁵ VALOIS, 2003, *op. cit.*, p.291.

¹³⁶ MIGUEL, 2003, *op. cit.*, p. 215.

¹³⁷ SEN, 2010, *op. cit.*, p.17-18.

como boa saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas. As disposições institucionais que proporcionam essas oportunidades são ainda influenciadas pelo exercício de liberdades das pessoas.

É nesse sentido que as políticas públicas são indispensáveis para contribuir para esse cenário de liberdade, capaz de permitir ao ser humano o desenvolvimento, bem como sua contribuição para o desenvolvimento social, por meio da utilização dos produtos e tecnologias no serviço público.

3. Tecnologias de comunicação e informação como elemento do *capitas social* do cidadão

As novas tecnologias de informação, mais especificamente as ferramentas, como o *software* livre, estão sendo consideradas e utilizadas, inclusive, pela Administração Pública. Isso acarreta a efetivação da função social que elas possuem, pois podem ser colocadas como meios de acesso entre o cidadão e a Administração Pública.

Ademais, quando se fala em *software* livre, imediatamente relaciona-se com o baixo custo e, muitas vezes, nenhum custo para quem utiliza a ferramenta. Ainda, com certeza, é um benefício também para a Administração Pública, que gasta valores elevados com o pagamento dos *softwares* proprietários, o que inviabiliza, muitas vezes, sua utilização.

As TCIs desempenham um papel importante nas organizações governamentais, assim como entre as empresas do setor privado, as organizações voluntárias e os cidadãos. Para Margetts¹³⁸, além da grande confiança que recebem em todas as correntes de atividade governamental, as TCIs, particularmente na área do Estado de Direito, abrem novas janelas de políticas.

¹³⁸ MARGETTS, 2010, *op. cit.*, p.362.

A Administração Pública sempre foi taxada pela sociedade com excesso de burocracia em sua atividade, o que é inerente a muitos procedimentos administrativos. No entanto, referida burocracia pode ser melhorada com a utilização de ferramentas que sejam capazes de contribuir para a própria organização da Administração, facilitando o trabalho do servidor e, por consequência, melhorando o resultado do serviço de que o cidadão necessita.

Inicialmente, os sistemas de TCI eram aplicados mais internamente na Administração Pública, sendo considerados ferramentas voltadas para a organização do serviço interno, o que pôde ser constatado até a década de 90. Esse fato, contudo, não contribuiu para mudar as relações entre o governo e o cidadão, já que, para o cidadão, faz pouca diferença se o órgão emissor de passaportes opera bancos de dados eletrônicos ou uma grande burocracia – exceto pelo fato de que, quando algo der errado, a culpa será provavelmente atribuída ao “sistema de computadores”, e não às “regras”.¹³⁹

No entanto, na sociedade contemporânea, cidadania está ligada, indissociavelmente, à participação cada vez maior do cidadão nas políticas públicas que são aplicadas pela Administração. Assim, para que se possa falar em Estado Democrático de Direito, é imprescindível oportunizar a participação do cidadão na gestão pública, a qual é compreendida como uma explicitação do interesse coletivo.¹⁴⁰

Também é importante destacar que a implementação de oportunidades para que o cidadão tenha acesso à gestão pública, e dela possa participar, tem alterado significativamente a relação entre a burocracia pública e os clientes. Hoje, há uma ênfase muito maior na proximidade – se não física, pelo menos tecnológica – entre o setor público e os clientes.¹⁴¹

O cidadão está inserido em conjuntos de redes de relações as quais lhe possibilitam o acesso a recursos socialmente valorizados, o que pode ser

¹³⁹ Ibid., p.366.

¹⁴⁰ PETERS, Guy B.; PIERE, Jon. *Administração Pública: coletânea*. São Paulo: Ed.Unesp / Brasília: ENAP, 2010, p.15.

¹⁴¹ PETERS; PIERE, 2010, *op. cit.*, p.21.

compreendido como capital social. Capital por habilitar seu proprietário (indivíduo, grupo ou comunidade) a acessar outras formas de capital, a posições sociais valorizadas, cargos, riqueza e emprego, entre outras, e social porque deve ser acessível apenas dentro de uma rede de relações.¹⁴²

O capital social possui limitações de acordo com a condição social do ser humano em sociedade. O pobre, diante da inexistência de possibilidade financeira, da educação recebida e da falta de oportunidades de inclusão em grupos da elite política, econômica e cultural, o que lhe inviabiliza o acesso a outras formas de capital, tende a ter menos participação nas redes sociais.¹⁴³ Por conseguinte, é bem-vinda toda tecnologia de informação capaz de contribuir para a inserção do cidadão menos privilegiado e com o menor custo possível. Ela poderá ser utilizada não só pela Administração Pública, mas também pelo cidadão das mais variadas formas.

Entretanto, dificilmente o cidadão que não recebeu a educação para utilizar as novas tecnologias terá condições de manusear e empregar toda a capacidade que essas ferramentas podem lhe oferecer. Aí entra a figura dos entes públicos com a implementação de políticas públicas capazes de fomentar o uso de tecnologias – como *software* livre, por exemplo – pelo cidadão.

4. Novas tecnologias de comunicação e informação e as políticas públicas

O acesso à internet e a habilidade para a utilização das TCIs acabam se agregando aos tradicionais princípios de inclusão social e cidadania, como educação, moradia, segurança etc. Nessa perspectiva, o próprio sentido do acesso aos benefícios das novas tecnologias da comunicação também passa a ser tratado como um direito de todo cidadão.¹⁴⁴ Como já referido, a utilização

¹⁴² SCHMIDT, João Pedro. Exclusão, inclusão e capital social: o capital social nas ações de inclusão. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta (Orgs.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 6. Santa Cruz do Sul: Ed.UNISC, 2006, p.1761.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 1771.

¹⁴⁴ GROSSELLI, Graziela. A internet e a participação política: um acesso à informação com equidade. In:

das TCIs passa a fazer parte de sua inclusão como cidadão, diante da relevância social dentro do Estado Democrático de Direito.

A criação de leis e políticas públicas capazes de assegurar a intervenção do cidadão em decisões políticas mediante o uso de ferramentas tecnológicas de comunicação pode, de um lado, facilitar e estimular sua participação política, mas pode também obrigar o Estado a viabilizar essa interferência.¹⁴⁵

Atualmente, vários órgãos públicos disponibilizam ferramentas tecnológicas de comunicação para que o cidadão, entre outras atividades, possa manifestar suas opiniões e obter informações de serviços oferecidos pela Administração Pública.

É muito interessante observar o órgão público utilizando as ferramentas tecnológicas criadas por cidadãos em benefício de toda a sociedade e do próprio cidadão. É o que ocorre com os *softwares*.

Segundo Wachowicz e Proner¹⁴⁶:

O Estado procura potencializar o acesso e o domínio sobre a tecnologia proporcionada pelo uso da internet por meio de programas governamentais que disponibilizam computadores à população de baixa renda. No Brasil, o Programa Computador para Todos, do Governo Federal, disponibilizou mais de 19 mil máquinas no ano de 2005 e atingiu tão-somente 2% de sua meta. Estima-se que, com recursos da Caixa Econômica Federal e do BNDES, os números chegarão a um milhão de computadores até o fim do Programa. O PC comercializado dispõe de sistema operacional Linux e de um conjunto de softwares livres com 26 aplicativos e com editor de textos, aplicações gráficas, antivírus e suporte técnico.

Recentemente, o Governo Federal selecionou 63 projetos (2010), na primeira fase do Programa Nacional de Apoio à

WACHOWICZ, Marcos; PRONER, Carol. *Inclusão tecnológica e direito à cultura: movimentos rumo à sociedade democrática do conhecimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p.203.

¹⁴⁵ Ibid., p. 211.

¹⁴⁶ WACHOWICZ, Marcos; PRONER, Carol. Movimentos rumo à sociedade democrática do conhecimento. In: _____; _____ (Orgs.). *Inclusão tecnológica e direito à cultura: movimentos rumo à sociedade democrática do conhecimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p.26.

Inclusão Digital, os quais propõem a criação de 6.508 novos tele centros. O amplo interesse da sociedade na expansão da atual rede de tele centros vai contribuir para que o governo atinja a meta de criar três mil novas unidades. O Programa Nacional de Apoio à Inclusão Digital receberá investimentos de R\$ 165 milhões.

Segundo informações de Wachowicz e Proner¹⁴⁷, os Estados brasileiros possuem programas próprios de inclusão digital, cunhando espaços públicos de acesso a terminais de computador que apresentam conexão livre com a internet e são equipados com impressora e programas de *software* livre. Tais informações podem ser conferidas em *sites*, por exemplo, do Ministério do Planejamento¹⁴⁸, que as divulgam.

Essa iniciativa inaugura um novo modelo de licenciamento e de gestão das soluções desenvolvidas na Administração Pública. O portal www.softwarepublico.gov.br compartilha soluções que podem ser úteis aos mais diferentes órgãos públicos e também à sociedade. O objetivo é reduzir custos, aprimorar os aplicativos disponibilizados e, conseqüentemente, melhorar o atendimento à população. Entre elas está o Coletor Automático de Informações Computacionais (Cacic), que verifica diversas informações sobre o *hardware* e o *software* das estações de trabalho. Também está disponível nesse portal o Ginga, que é o *middleware* – camada de *software* intermediário – da Televisão Digital Brasileira.

O acesso ao código-fonte dos *softwares* disponibilizados no portal é livre, mediante cadastramento. Para disponibilizar soluções do setor público, é preciso entrar em contato por meio do e-mail guialivre@planejamento.gov.br.

Os exemplos de práticas dos entes públicos na utilização das novas tecnologias em benefício de toda a coletividade demonstram a importância que o cidadão possui nas políticas públicas desferidas pelo Estado, aqui se

¹⁴⁷ WACHOWICZ; PRONER, 2012, *op. cit.*, p.26.

¹⁴⁸ Veja-se <<http://www.planejamento.gov.br/secretaria.asp?cat=75&sub=107&sec=7>>.

considerando todos os entes federados. Há que se considerar também a relevância da participação do cidadão, inclusive, nas decisões, já que a Administração Pública se volta à necessidade do cidadão de ferramentas tecnológicas e, por conseguinte, utiliza e compartilha soluções tecnológicas.

A viabilização do acesso de cidadãos pobres às novas tecnologias faz parte da inclusão por meio do fortalecimento de seu capital social, conforme destaca Schmidt¹⁴⁹: “As tecnologias são meios de inclusão/exclusão dos indivíduos, tanto no mercado de trabalho como nas redes sociais. A recepção às novas tecnologias por parte das comunidades depende em boa parte do valor afetivo que está nelas incorporado”.

Atualmente, as novas tecnologias de informação e comunicação são peças fundamentais de inclusão do cidadão para seu fortalecimento, e ferramentas indispensáveis para uma Administração Pública eficiente. A disponibilidade de acesso às novas tecnologias pelo cidadão e o compartilhamento de programas de *software* livre com o intuito de fomentar a conexão com a informação e o direito ao desenvolvimento do cidadão com liberdade passaram a ser inerentes às políticas públicas.

5. Justiça com equidade, por John Rawls

Quanto se fala em liberdade do cidadão em ter acesso às novas tecnologias criadas pelo ser humano, inevitavelmente está sendo discutida a justiça. Assim, mister trazer a interpretação de John Rawls para o que se pode considerar justiça com equidade, e para isso torna-se necessária a compreensão de como se avalia o que é justo, ou não, nas relações sociais.

O autor descreve uma estrutura básica que contém princípios capazes de otimizar as escolhas para o que for justo. No entanto, no referido processo é indispensável a escolha dos princípios que terão como condão nortear os valores do cidadão.

¹⁴⁹ SCHMIDT, 2006, *op. cit.*, p.1779.

Segundo Zambam¹⁵⁰, Rawls estabelece

[...] os fundamentos essenciais para a construção de uma sociedade justa, supondo as desigualdades características das sociedades democráticas. Formulação hipotética, constitui-se num artifício da razão válido a qualquer momento para descobrir o que é justo para determinada situação. Por isso, essa teoria ideal, em princípio apresentada para as sociedades bem ordenadas, pode ser aplicada também para sociedades ordenadas de maneira diferente.

Em situação hipotética, Rawls propõe uma posição original para que sejam elaborados os princípios da justiça que deverão direcionar o ordenamento dessa sociedade, e nessa posição original estão os membros de uma sociedade em condição de igualdade.¹⁵¹

Rawls¹⁵² sintetiza o objetivo da posição original:

O objetivo é caracterizar essa situação de modo que os princípios escolhidos sejam aceitáveis de um ponto de vista moral, independente de quais venham a ser. A posição original é definida de modo a ser um status quo no qual qualquer consenso atingido é justo. É um estado de coisas no qual as partes são igualmente representadas como pessoas dignas, e o resultado não é condicionado por contingências arbitrárias ou pelo equilíbrio relativo das forças sociais.

É tarefa difícil saber o que é justo dentro de uma sociedade composta por pessoas que, via de regra, acabam por trazer à tona, em suas decisões, seus interesses particulares, sendo necessária a utilização de princípios com função de otimização capazes de orientar cada decisão. No entanto, para que isso

¹⁵⁰ ZAMBAM, Neuro José. *A teoria da justiça em John Rawls: uma leitura*. Passo Fundo: UPF, 2004, p.47.

¹⁵¹ Ibid.

¹⁵² RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Traduzido por Almiro Pissetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p.129.

ocorra, tais princípios, ao serem escolhidos, devem estar desvinculados de qualquer interesse particular do ser humano a fim de evitar influências decorrentes de concepções morais, religiosas e políticas que compõem uma sociedade pluralista.

Na posição original, é indispensável o véu da ignorância, em que:

O objetivo é usar a noção de justiça procedimental pura como fundamento da teoria. De algum modo, devemos anular os efeitos das contingências específicas que colocam os homens em posições de disputa, tentando-os a explorar as circunstâncias naturais e sociais em seu próprio benefício. Com esse propósito, assumo que as partes se situam através de um véu de ignorância. Elas não sabem como as várias alternativas irão afetar seu caso particular, e são obrigadas a avaliar os princípios unicamente com base nas considerações gerais.¹⁵³

A partir dessa posição, sob o manto do véu da ignorância, será possível estabelecer parâmetros de justiça, já que as pessoas estariam em pé de igualdade, livres de convicções e interesses particulares, facilitando o alcance da justiça com equidade por intermédio de suas decisões. Para Rawls¹⁵⁴: “Naturalmente a finalidade dessas concepções é representar a igualdade entre as pessoas, consideradas como pessoas éticas, como criaturas que têm uma concepção de seu próprio bem e que são capazes de ter um senso de justiça.”

“Na teoria da justiça com equidade [...] as pessoas aceitam de antemão um princípio de liberdade igual e o fazem sem conhecer seus próprios objetivos pessoais.”¹⁵⁵

É importante destacar que, com base na teoria da justiça com equidade, depois de adotados os princípios da justiça na posição original, as partes procuram formar uma convenção constituinte, em que devem propor um

¹⁵³ Ibid., p.147.

¹⁵⁴ Id., p.21.

¹⁵⁵ RAWLS, 1997, *op. cit.*, p.33.

sistema de poderes constitucionais de governo e os direitos básicos dos cidadãos. Ainda, nesse momento, em parte o véu da ignorância lhes é retirado, pois agora eles conhecem os fatos genéricos relevantes a respeito de sua sociedade, isto é, suas circunstâncias e recursos naturais, seu nível de desenvolvimento econômico e cultura política. Por conseguinte, devem escolher a constituição justa mais eficaz, que satisfaça os princípios da justiça e seja a mais bem projetada para promover uma legislação eficaz e justa.

Há função de otimização dos princípios escolhidos na posição original, já que o procedimento seria o processo político regido pela constituição, enquanto os princípios de justiça definiriam um critério de avaliação independente para ambos, procedimento e resultado.

Na prática, não se pode garantir, por meio de um procedimento político, que não haverá legislação injusta, mas alguns sistemas tendem, mais que outros, a resultar em leis injustas.

O princípio da liberdade igual é o padrão primário para a convenção constituinte, que possui como requisitos liberdades individuais fundamentais. A liberdade de consciência e a de pensamento são protegidas para que o processo político como um todo seja um procedimento justo. Consequentemente, a Constituição estabelece um *status* comum seguro de cidadania igual e implementa a justiça política.¹⁵⁶

O segundo princípio atua no estágio da legislatura, determinando que as políticas sociais e econômicas visem a maximizar as expectativas a longo prazo dos menos favorecidos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades e obedecendo à manutenção das liberdades iguais.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Ibid., p.215.

¹⁵⁷ Id., p.216.

Para Zambam¹⁵⁸,

Os dois princípios devem conter diretrizes para que as instituições possam viabilizar os valores de igualdade e liberdade, considerados determinantes para uma sociedade que entende os cidadãos como livres e iguais. Visam, também, ordenar a distribuição dos direitos e deveres e regular as vantagens econômicas e sociais. Os princípios compreendem as instituições como as mais apropriadas para a realização da liberdade e da igualdade.

É no último estágio que ocorre a aplicação das regras a casos particulares por parte de juízes e administradores e a observância delas pelos cidadãos em geral. Nessa fase, todos já têm acesso a todos os fatos, não havendo mais limites ao conhecimento.

As etapas apresentadas por Rawls têm por finalidade, por meio da justiça com equidade, definir o âmbito da justiça condizente com juízos ponderados e isolar, com maior nitidez, os erros mais graves que a sociedade deveria evitar.

Rawls¹⁵⁹ defende que a força da justiça com equidade parece derivar de duas coisas: a exigência de que todas as desigualdades iguais sejam justificadas para os menos favorecidos e a prioridade da liberdade. “Essas duas limitações a distinguem do intuicionismo e das teorias teleológicas.” Ele propõe mudanças e acréscimos aos princípios, essencialmente, ao primeiro princípio da justiça.

Primeiro Princípio: Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todos.

Regra de Prioridade: Os princípios devem ser classificados em ordem lexical e, portanto, a liberdade só pode ser restringida em nome da liberdade. Existem dois casos: (a)

¹⁵⁸ ZAMBAM, 2004, *op. cit.*, p.64.

¹⁵⁹ RAWLS, 1997, *op. cit.*, p.274.

uma redução da liberdade deve reforçar o sistema total de liberdades partilhadas para todos, e (b) uma liberdade menor deve ser considerada aceitável para aquele cidadão contra a liberdade menor.¹⁶⁰

Zambam¹⁶¹ destaca a função dos princípios propostos por Rawls:

Os princípios formulados por Rawls podem ser sintetizados como a garantia do acesso às liberdades iguais para todos. A igualdade de oportunidades e as diferenças, quando existirem, devem reverter em benefício dos menos favorecidos da sociedade. Este último é chamado de “princípio da diferença”.

A finalidade da proposta de Rawls é criar um consenso entre os interesses comuns e os interesses individuais, já que, em uma sociedade, é inerente ao ser humano a busca de satisfação de seus interesses individuais, o que muitas vezes se contrapõe aos interesses comuns, que deverão permanecer em prol da coletividade com o intuito de alcançar a justiça com equidade. O foco da preocupação do autor é o acesso do ser humano à distribuição dos bens e às liberdades que ele possui para alcançá-los.

Segundo Zambam¹⁶²:

A preocupação com o critério da igualdade e da liberdade quer evitar, por meio da escolha do sujeito representativo, que se sedimente a desigualdade na distribuição de bens. Nas sociedades de tradição democrática, o cidadão é beneficiário da riqueza construída pela sua participação.

¹⁶⁰ Ibid., p.274-275.

¹⁶¹ ZAMBAM, 2004, *op. cit.*, p.48.

¹⁶² ZAMBAM, 2004, *op. cit.*, p.67.

Quando elenca os princípios da justiça, Rawls traz a consagração da liberdade, à qual só são permitidas restrições quando entra em conflito com outras liberdades. Zambam¹⁶³ explica:

As liberdades fundamentais possibilitam as condições para o desenvolvimento e o exercício das capacidades morais. Contudo, é preciso evitar que as liberdades se tornem apenas formalidades, principalmente considerada a possibilidade de controle na elaboração legislativa por parte daqueles detentores de uma condição econômica privilegiada.

E com essa finalidade de garantir a efetivação das liberdades do ser humano é que Rawls propõe uma Constituição na qual devem ser incorporadas as liberdades políticas iguais e também garantido seu valor equitativo, para resguardar o acesso a todos de forma igualitária e garantir o livre exercício dos pensamentos com o intuito de que o exercício dessas liberdades seja autônomo e bem informado.¹⁶⁴

Em decorrência dessa ideia, Rawls propõe liberdade igual para todos com o intuito de garantir desenvolvimento. Assim, as novas tecnologias criadas pelo ser humano passam a ser patrimônio, no aspecto cultural, de todos; deste modo, restringir o acesso a essas informações é ignorar a liberdade do cidadão e impossibilitar o desenvolvimento de toda uma sociedade.

6. Conclusão

O ser humano possui inúmeras habilidades, tanto de criação quanto de aperfeiçoamento das criações já existentes, o que influencia diretamente as relações sociais. Sob esse enfoque, observa-se a necessidade de liberdade para o cidadão a fim de que possa atingir o desenvolvimento.

¹⁶³ Ibid., p.78.

¹⁶⁴ Id., p.79.

As novas tecnologias de comunicação e informação criadas pelo ser humano são, indiscutivelmente, exemplos da capacidade de criação do ser humano e, quando bem empregadas, podem apresentar uma função social.

O *software* livre é um exemplo das novas tecnologias com características de desenvolvimento social, pois possui como ideologia a liberdade do usuário e a não-segregação da dependência de grandes empresas que faturam muito dinheiro com a venda dos *softwares*, seguindo a política do *software* proprietário.

É certo que os direitos de autor devem ser respeitados e bem interpretados; no entanto, a interpretação deve ser feita sob um enfoque social, haja vista que toda criação possui relação indissociável com o direito à cultura e com a informação adstrita aos direitos do cidadão. Nesse sentido, a ampliação das redes de relações que o cidadão possui em seu capital social é importante para a evolução de toda a sociedade, já que elas acarretam a inclusão de muitas pessoas, especialmente as menos favorecidas economicamente.

Assim, as novas tecnologias como forma de inclusão social passam a ser objeto de políticas públicas, pois influenciam toda a sociedade e beneficiam, inclusive, os entes públicos.

Também se pode observar, no estudo deste artigo, que a utilização do *software* livre pelo governo vem sendo ampliada, chegando a serem criados repositórios de *software* livre disponíveis para toda a sociedade a fim de efetivar, cada vez mais, a política de disseminação do conhecimento e liberdade de utilização de todas as ferramentas criadas pelo cidadão, com o viés de efetivação da função social que as novas tecnologias possuem, especialmente quando isso acarreta a inclusão social das camadas menos privilegiadas economicamente.

A possibilidade de todas as classes sociais, especialmente aquelas que não possuem as mesmas oportunidades de acesso às tecnologias, terem acesso ao que é desenvolvido na sociedade pelo ser humano passa a ser, efetivamente, a aplicação da justiça com equidade, como propõe o liberalista político John Rawls. Isso acontece porque os usuários passarão a ter liberdades iguais no acesso às ferramentas, prática que contribui com a ideia de justiça alvitrada por Rawls.

7. Referências

- AREAS, Patrícia de Oliveira. Propriedade intelectual do software: direito moral e desenvolvimento. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Orgs.). *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p.103-128.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil, direito de autor e direitos conexos*. Lisboa: Coimbra, 1992.
- BOFF, Salette Oro; PIRES, Eduardo. A função social do direito de autor. In: REIS, Jorge Renato dos; _____; DIAS, Felipe da Veiga; PELLEGRINI, Grace Kellen de Freitas; TOLOTTI, Stella Monson (Orgs.). *Estudos de direito de autor no Constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Multideia, 2011. p.93-112.
- CASSINO, João. Cidadania digital: os tele centros do município de São Paulo. In: SILVEIRA, Sérgio Amadeu da; _____ (Org.). *Software livre e inclusão digital*. São Paulo: Conrad do Brasil, 2003. p.49-62.
- GROSSELLI, Graziela. A internet e a participação política: um acesso à informação com equidade. In: WACHOWICZ, Marcos; PRONER, Carol (Orgs.). *Inclusão tecnológica e direito à cultura: movimentos rumo à sociedade democrática do conhecimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p.201-220.
- MARGETTS, Helen. Governo eletrônico: uma revolução na administração pública? In: PETERS, B. Guy; PIERRE, Jon. *Administração pública: coletânea*. São Paulo: Ed.Unesp; Brasília: ENAP, 2010. p.357-376.
- MIGUEL, Luis Millán Vásquez de. Os poderes públicos como garantia de uma sociedade de conhecimento para todos. In: SILVEIRA, Sérgio Amadeu da; CASSINO, João (Orgs.). *Software livre e inclusão digital*. São Paulo: Conrad do Brasil, 2003. p.77-97.
- PETERS, Guy B.; PIERRE, Jon. *Administração Pública: coletânea*. São Paulo: Ed.Unesp / Brasília: ENAP, 2010.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Traduzido por Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- SCHMIDT, João P. Exclusão, inclusão e capital social: o capital social nas ações de inclusão. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta (Orgs.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 6. Santa Cruz do Sul: Ed.UNISC, 2006. p. 1755-1786.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Traduzido por Laura Teixeira Motta; revisão técnica por Ricardo Donielli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. Inclusão digital, software livre e globalização contra-hegemônica. In: _____; CASSINO, João (Orgs.). *Software livre e inclusão digital*. São Paulo: Conrad do Brasil, 2003. Vol.1, p.17-47.
- TEIXEIRA, Diogo Dias. A legalidade da reprodução integral de obra protegida por direito de autor para uso privado. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo (Coords.). *Propriedade intelectual em perspectiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.37-52.

- VALOIS, Djalma. *Copyleft*. In: SILVEIRA, Sérgio Amadeu da; CASSINO, João (Orgs.). *Software livre e inclusão digital*. São Paulo: Conrad do Brasil, 2003. p.287-317.
- WACHOWICZ, Marcos; PRONER, Carol. Movimentos rumo à sociedade democrática do conhecimento. In: _____; _____ (Orgs.). *Inclusão tecnológica e direito à cultura: movimentos rumo à sociedade democrática do conhecimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p.15-38.
- ZAMBAM, Neuro José. *A teoria da justiça em John Rawls: uma leitura*. Passo Fundo: UPF, 2004.

UMA PROPOSTA PARA O FIM DA "GUERRA DO COMPARTILHAMENTO" E A LEGALIZAÇÃO DO P2P NO BRASIL

Jorge Machado*

Mariana Valente**

Resumo:

A reprodução não autorizada de conteúdos digitais protegidos por direitos autorais constitui um dos maiores problemas da atualidade. A ampla difusão da internet trouxe facilidades sem precedentes de compartilhamento e reprodução de obras, fazendo do direito autoral no meio digital um terreno de amplos conflitos. As formas de repressão ao compartilhamento de conteúdos entre pares têm resultado em tentativas de monitoramento e controle sobre as comunicações que, longe de resolverem o problema, ameaçam direitos civis como liberdade de expressão e privacidade. Este projeto propõe dimensionar o mercado atual no direito autoral no meio digital e sugerir um modelo econômico para a legalização do P2P baseado na cobrança de uma modesta taxa na banda larga, permitindo uma adequada remuneração dos titulares de direito autoral, ao mesmo tempo em que o livre compartilhamento de conteúdos na rede.

Palavras-chave: P2P, COMPARTILHAMENTO, LEGALIZAÇÃO, DIREITOS AUTORAIS, INTERNET.

* Professor do curso Gestão de Políticas Públicas da Escola de Artes, Ciências e Humanidades da USP, é um dos coordenadores do Grupo de Estudos em Políticas Públicas para o Acesso à Informação (GPOPAl).

** Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito da USP e pesquisadora do GPOPAl.

Abstract: The unauthorized copying of digital content protected by copyright is one of the biggest problems of today. The wide spread of internet brought unprecedented facilities for sharing and reproduction of copyrighted works. The forms of repression to peer content sharing have resulted in attempts to monitor and control on communications that, far from solving the problem, threaten civil rights like freedom of expression and privacy. This project proposes to estimate the current market on copyright in the digital environment and suggest an economic model for the legalization of P2P-based charging a modest fee on broadband, allowing adequate remuneration of copyright holders as well as the free content sharing on the network.

Keywords: P2P, sharing, legalization, copyright, Internet.

1. A guerra do p2p: uma introdução ao problema

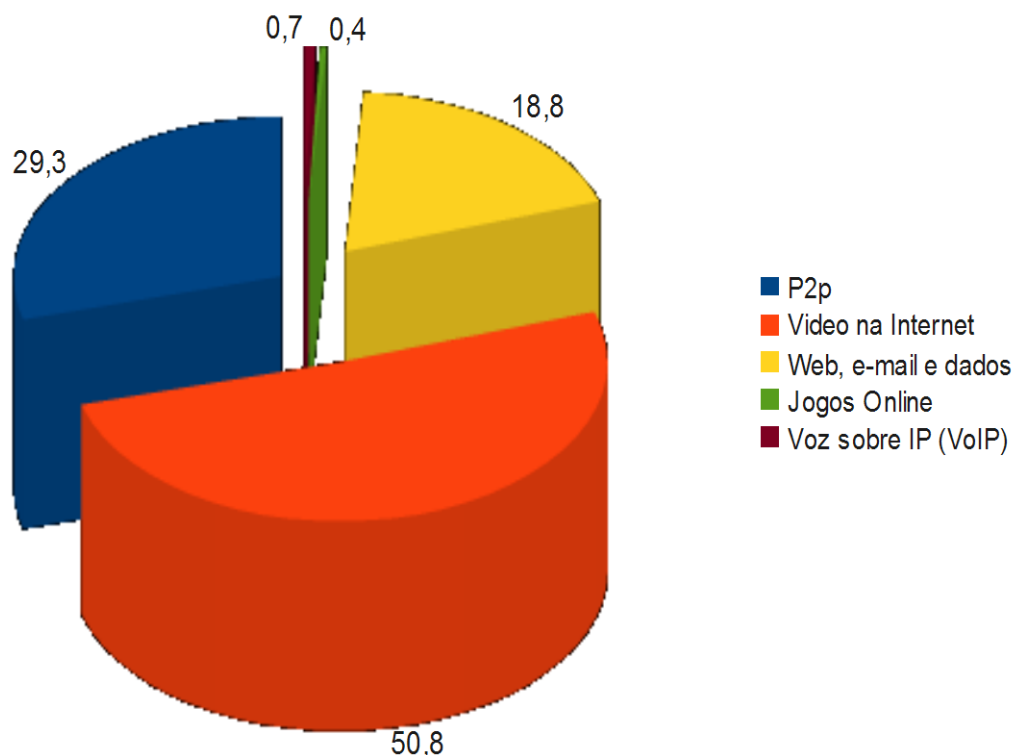
A reprodução não autorizada de conteúdos digitais protegidos por direitos autorais constitui um dos maiores problemas da atualidade. A expansão da internet trouxe facilidades sem precedentes para o compartilhamento e reprodução de obras, o que resultou num acirramento nas disputas do direito autoral no âmbito digital. A aplicação do arcabouço jurídico que regula o direito autoral, não desenhado para as tecnologias digitais e defasado em relação nas práticas sociais, tem levado a propostas de monitoramento e controle social sobre as comunicações que implicam em risco severo às liberdades civis como privacidade, direito à comunicação e livre manifestação do pensamento. Os projetos ACTA, SOPA e PIPA¹⁶⁵ e as consequentes respostas a eles dadas pela sociedade são expressões claras disso.

O maior problema da reprodução não autorizada de conteúdos protegidos está associado às redes p2p (*peer-to-peer* ou par-a-par). Baseado em trocas anônimas privadas, os protocolos de arquivos peer-to-peer, chamados *torrents*, respondem por cerca de 29,3% do tráfego na Internet, conforme se observa no

¹⁶⁵ O SOPA e o PIPA foram projetos da lei que tramitaram no Congresso dos EUA, mas acabaram sendo retirados por seus proponentes devido aos protestos. Já o ACTA trata-se de um acordo comercial anticontrafação, assinado por uma dezena de países, muito crítica por ter sido negociado secretamente – por isso acabou sendo barrado na União Europeia e sua adesão sequer foi discutidas em muitos países. Como ponto comum, essas três iniciativas propõem ações muito invasivas para combater violações de propriedade intelectual. Ver SOPA (2012), PIPA (2012) e ACTA (2011).

gráfico abaixo. Outros 50,8% correspondem a vídeo na Internet – que costumam ter também problemas devido a violações de direitos autorais. A indústria da cultura, além de estimar suas perdas e pressionar por políticas repressivas por parte do Estado, pouco pode fazer para controlar o fluxo de conteúdos nas redes. As medidas repressivas, além de ter-se mostrado ineficientes, vêm acompanhadas de altos custos de transação, bem como acabam por tornar indiferenciados os usos justos dos usos injustos sobre obras – prejudicando, assim, a tradicional ideia de um balanço adequado entre os direitos dos autores e os direitos do público.

Distribuição do tráfego na Internet por conteúdo - 2011



Fonte: Gráfico elaborado pelo GPOPAI a partir dos dados de CISCO (2012).

Até o momento, nenhuma política baseada na repressão teve êxito. Recebida com aplausos por setores da indústria mundial, a política dos "three strikes", na França, que ameaçava desconectar o usuário da rede após o terceiro aviso, tampouco teve êxito. Apesar do envio de cerca de um milhão de notificações, 99 mil notificações por carta registradas e 134 casos em exame para abertura de processo legal, em nenhum caso houve desconexão de usuário. Tudo isso ao custo estimado de 12 milhões de euros e o pagamento de 60 agentes. Controversa desde o princípio por solapar liberdades civis e derrubada duas vezes pela corte constitucional da França, essa política foi reconhecida em agosto passado pelo próprio ministro da Cultura francês Aurélie Filippetti como "pesada, antieconômica e ineficaz" (The Register, 2012).

Na Alemanha, uma pesquisa realizada pela Infratest-Dimap indicou que 6% dos alemães com mais de 14 anos recebeu de escritórios de advocacia avisos em massa alertando sobre violação de direitos autorais. A eficácia de tais avisos é questionável e tem levado a inúmeras reclamações nas juntas de consumidores.

A falta de uma solução para o problema gerou um persistente clima de guerra no ambiente digital; de um lado ficam não apenas os usuários das redes p2p, mas também defensores das liberdades civis, dos direitos humanos, dos direitos do consumidor e parcelas progressistas do setor criativo; do outro, a indústria do entretenimento, associações de artistas, coletores de direitos autorais e grandes veículos da mídia.

Apesar do fracasso das iniciativas de leis de combater as redes p2p, como os citados projetos ACTA e SOPA e PIPA, até o momento pouco se discute soluções que não passem pela simples repressão. Para isso é necessário não apenas atender ao interesse econômico dos titulares de direito autoral, mas também ao interesse público do acesso à cultura, ao mesmo tempo em que se deve aproveitar o poder que a Internet possui para difusão do conhecimento e das artes, fundamentais para o desenvolvimento humano e cultural.

2. O que é o P2P

Peer-to-peer, do inglês, significa "par-a-par" ou "entre pares". Também é referida em tradução livre como ponto a ponto. A comunicação p2p tem como base uma arquitetura de sistemas distribuídos, onde cada nó da rede (máquina conectada) tem tanto a função de servidor, distribuindo informação, como de cliente, recebendo informação. Essas funções são descentralizadas na rede, o que permite que todos distribuam e recebam a partir de qualquer ponto.

Por sua característica, o p2p não depende de um sistema de centralizado de administração. Os pontos da rede trocam informação entre si, de modo que a cópia do conteúdo desejado seja distribuída ao ponto da rede de onde partiu a solicitação. Ninguém controla a rede e cada ponto pode ser ambas as funções ao mesmo tempo. Outra vantagem é que o custo de reprodução de conteúdos é muito baixo, facilitando a distribuição e o acesso aos mesmos.

As redes p2p apresentam também resistência à censura e protegem o anonimato. Em sua lógica de funcionamento, cada ponto conectado se comunica com seus pares para perguntar sobre a disponibilidade de um arquivo procurado. Uma vez encontrado, o computador que possui o arquivo desejado passa a atuar como servidor para a máquina cliente, podendo várias máquinas distribuir e receber simultaneamente diferentes arquivos – gerando uma “torrent de bits”. Assim, a rede funciona de forma autônoma e *supostamente* anônima – é possível rastrear o IP usuários, mas os dados do usuário, tais como nome e endereço, somente a provedora possui. Em geral, tais dados somente podem ser disponibilizados sob ordem judicial.

A rigor, programas de Voip ou troca de mensagens, como MSN ou jabber, também funcionam através de sistema *peer-to-peer*,

As principais redes utilizadas são E-donkey/Gnutella e bittorrent/Utorrent, com diversos aplicativos que usam protocolos de uma ou outra rede. Sua arquitetura também estimula o usuário a compartilhar, no caso das redes E-

donkey/Gnutella, há um sistema de pontuação que vai definir a prioridade do usuário, sempre que houver fila, de acordo com o volume compartilhado.

3. Impacto econômico da reprodução não autorizada

Estudos realizados por Oberholzer-Gee/Strumpf (2007) e Tanaka (2004), demonstram que há uma recomposição das "perdas" pela redução de vendas, principalmente no setor fonográfico, uma vez que artistas aferem outros benefícios econômicos pela difusão de obra. A renda por venda de CDs ou músicas online constitui parte menor da renda dos artistas.

O estudo de Oberholzer demonstrou que o *download* não representa uma venda perdida, e inclusive *remixes* e *mashups* de músicas incentivam a venda de canções originais e aumentam a demanda por shows. O estudo conclui que o compartilhamento ilegal de arquivos não desencoraja a produção artística, pois o número de novos álbuns dobrou desde 2000. Conclui também que o maior acesso do público às músicas e uma proteção mais fraca dos direitos autorais beneficiam a sociedade.

Mesmo assim, a venda de CDs vem apresentando em contínuo declínio no mundo, o que é frequentemente atribuído pela Indústria à reprodução não autorizada através da Internet. Por isso, organizações como a IFPI - International Federation of Phonographic Industry – defendem publicamente a aprovação do ACTA (2012a).

ARTIST	INFRINGEMENT RESULTS FROM SEARCH FOR ARTIST NAME AND 'MP3'		
	GOOGLE	YAHOO!	BING
ADELE	77%	62%	70%
RIHANNA	86%	71%	65%
MAROON 5	82%	67%	75%
LMFAO	82%	81%	80%
FOSTER THE PEOPLE	55%	57%	60%

Source: IFPI.

Tabela divulgada pela IFPI com resultados de busca para arquivos que violam o direito autoral.

Contudo, a ação efetiva para combater esta situação levaria a um monitoramento e controle que colocaria as liberdades civis em risco.

A cópia não autorizada não afeta a execução pública da música – que por hipótese, é beneficiada pela difusão da cópia, seja legal ou não –, mas principalmente royalties da venda de CDs e músicas online. No entanto, há certo consenso que os royalties de vendas de CDs e DVDs, correspondem a uma parcela muito pequena da renda do artista, que depende principalmente da arrecadação com as performances (shows). Por sua vez, o volume de público está associado à circulação da obra, algo que a Internet faz com grande eficiência, a ponto de ter aparentemente ter se tornado o meio principal de contato do público com o artista e sua obra, e dos fãs entre si, através de comunidades na web, redes sociais e blogsfera.

Na economia do livro, a situação não é diferente, já que grande parte da renda do autor provém da realização de palestras, de bolsas e prêmios literários e, frequentemente, do exercício de atividades didáticas ou jornalísticas¹⁶⁶.

A participação do meio digital no total arrecadado com direitos autorais ainda é muito pequena. O maior prejudicado, não é o artista, mas as editoras musicais e de livros, que vivem em grande parte da venda de bens tangíveis (CDs, DVDs, Livros, etc.) ou em licenciamentos e que tem suas margens de lucros afetadas pela Internet. Esta representa um mercado em expansão, mas de difícil regulação e controle.

¹⁶⁶ Segundo dados da CBL/FIPE (2011), 54,7 mil títulos foram lançados no mercado nacional em 2010. Excluindo as aquisições de didáticos por programas governamentais, as tiragens médias são de 2.000 exemplares por título, com um faturamento de R\$ 10,2 por exemplar. Em hipótese bastante otimista, se todos exemplares fossem vendidos, resultaria uma transferência média de direitos autorais de R\$ 2 mil reais anuais por livro/autor, chegando-se a remuneração R\$ 166,6 mensais.

4. Tentativas de legalização no mundo

O problema que endereçamos aqui é comum a todos os países do globo que tenham em seus sistemas jurídicos a proteção à propriedade intelectual e cuja inserção digital da população seja elevada. Não por acaso, diversas propostas de legalização surgiram de forma relativamente independente em locais diferentes, advindas da academia, da sociedade civil organizada, do poder político e de beneficiários de renda de direitos autorais, como gravadoras. Apresentamos a seguir alguns desses modelos teóricos e experimentos, buscando delinear suas principais características, a fim de aprender com eles, na medida que buscavam o objetivo comum de legalizar o compartilhamento na Internet.

O modelo de Fischer

William Fischer, professor de *Harvard* e diretor do *Berkman Center for Internet and Society*, propôs, em 2004, detalhada pela criação de um sistema governamental de remuneração pelo compartilhamento de arquivos protegidos pela internet. Em seu sistema, um criador que desejasse ser remunerado por direitos autorais quando sua música ou filme fossem executados deveria registrar a obra num escritório central (Copyright Office). A vantagem de o registro ser facultativo é a não obrigatoriedade de arrecadação – se um autor desejasse dedicar a obra a domínio público, a solução seria simplesmente não registrá-la. Tal registro geraria um nome de arquivo que permitiria o rastreamento de cópias digitais. O autor argumenta que a criação de uma impressão digital em cada arquivo seria mais caro e desnecessário (Fischer, 2004).

Fischer propõe que tal registro indicasse informações básicas a partir das quais se pudesse definir a forma de remuneração, como o tipo de obra (música ou vídeo) e a condição de ela incluir obras alheias, e em qual porcentagem. Assim, o autor de um *remix* deveria indicar a porcentagem de cada uma das obras alheias utilizadas, e o autor de tal obra seria remunerado nesta proporção. A não indicação ensejaria a penalidade de que o autor utilizado sem

indicação receberia todas as rendas pela obra, de forma a desestimular a infração desta regra. Assim, a proposta resolve, para a internet ao menos, a questão das obras derivadas.

No modelo de Fischer, os autores devem ser remunerados a partir da consideração prática de quanto eles estariam perdendo com o compartilhamento de suas obras por infração aos direitos autorais existentes, na falta de um critério justo que abstratamente medisse a remuneração adequada pelo uso de uma obra.

Uma agência governamental seria responsável por medir a frequência com que as obras fossem executadas, utilizando-se de um sistema de amostragem baseado nos já existentes nos Estados Unidos para medir execução pública. Os autores / detentores dos direitos seriam remunerados periodicamente e proporcionalmente, com recursos provenientes de arrecadação de tributos.

Once this system were in place, we would modify copyright law to eliminate most of the current prohibitions on unauthorized reproduction, distribution, adaptation, and performance of audio and video recordings. Music and films would thus be readily available, legally, for free.¹⁶⁷

Para calcular quanto, no total, deveria ser distribuído aos detentores de direitos pela perda presumida que eles estariam sofrendo com o P2P, Fischer leva em conta as seguintes variáveis (todas relativas ao ano de 2000, o ano em que a indústria passou a argumentar pelas perdas em vendas em função de mudanças tecnológicas, e sempre em relação aos Estados Unidos):

Indústria musical: perda de 20% (em estimativa generosa) na venda de CDs para os detentores de direitos sobre gravações, 20% no pagamento de royalties aos detentores de direitos sobre composições (sendo deduzido esse valor, então, do valor relativo à venda de CDs, dado que a redução da venda

¹⁶⁷ FISCHER (2004), p. 4.

implica economia desses valores), perda de 5% nos direitos autorais pagos pelas rádios.

Indústria cinematográfica: estimativa de perda aos detentores de direitos sobre os filmes de 5% sobre vendas e aluguel de DVDs, licenciamento para TV a cabo e satélite, e pay-per-view.

Fischer inclui no resultado os gastos com um novo escritório governamental de direitos autorais, estimando gastos administrativos da ordem de 20%, e reajuste inflacionário. O valor a que chega para arrecadação nos Estados Unidos, no ano de 2004, é de US\$ 2.389 bilhões.

O autor sugere que, implementada a proposta, que sejam feitos cálculos mais precisos que os que ele estimou, já sem a limitação de acesso a informações relativas à indústria; em segundo lugar, ele lembra que a revisão (anual) desse valor deveria passar a levar em conta critérios descolados dos adotados inicialmente, e que passassem por estimar o quanto seria adequado pagar aos autores para sustentar uma cultura de criação. Ele analisa cuidadosamente, também, quais seriam as formas mais adequadas de levantar os valores a serem distribuídos. As opções seriam um aumento no imposto de renda sobre pessoa física, um aumento na tributação relativa aos bens e serviços utilizados para dar acesso à música e filme (equipamento e serviços de acesso à internet ou a P2P).

Como método de aferir a distribuição correta aos detentores de direitos, Fischer argumenta que o ideal seria não se concentrar na quantidade de *downloads*, mas na quantidade de vezes que uma música ou filme são efetivamente executados. Sugere a amostragem por sistemas semelhantes aos de amostragem de TV, em que consumidores selecionados de forma a compor uma amostra adequada são pagos para serem monitorados (modelo Nielsen), com melhorias devido à automação permitida pela computação, e com garantias relativas à privacidade dos dados, ou seja, garantia de que os dados monitorados seriam usados exclusivamente para os fins de distribuição adequada aos detentores de direitos, pelo escritório de direitos autorais. No

modelo de Fisher, a compra de consumidores (nosso “jabá”) poderia ser evitada mediante a contagem somente dos filmes e músicas que fossem executados até o fim (limitando assim a possibilidade de inflar o número de execuções), bem como por outras adaptações possíveis.

Proposta na França

Em dezembro de 2005, a câmara de deputados francesa aprovou, por 30 votos a 28 (enquanto 519 estavam de férias), uma legislação de acordo com a qual cada cidadão francês pagaria 5 euros por mês, na conta de internet, para compartilhar via P2P. Tratava-se de proposta oriunda da *Alliance Public Artistes*, uma coalizão de 15 organizações de criadores e consumidores, que empreenderam estudos que verificavam as suas condições legais, técnicas e econômicas.¹⁶⁸

O ato foi visto pelos opositores, devido ao que alegaram como falta de discussões prévias e à ausência de muitos parlamentares (Fischer, K; 2006a). A indústria e o primeiro-ministro Dominique de Villepin, bem como seus apoiadores, se opuseram à medida, argumentando que o prejuízo à crescente indústria da internet seria patente. As discussões que se seguiram no Parlamento francês eliminaram do texto da proposta às partes mais controversas, mantendo um texto que diminuía as multas, inovava em relação à DRMs e “reforçaria o compromisso da França com a propriedade intelectual” (lei 296-193) (Fischer, K; 2006b).

Choruss

Em 2008, o estrategista de música digital Jim Griffin, atuando como contratado da Warner, fundou a organização sem fim lucrativo Choruss, apoiada também pela Sony BMG e pela EMI, ficando, assim, somente a Universal de fora. O projeto visava ser um piloto em universidades do que poderia ser implementado posteriormente de forma geral, consistindo em pagamentos pelas principais universidades norte-americanas de uma taxa

¹⁶⁸ VOLKER (2010), p. 208.

(algo em torno de US\$ 5) para que seus alunos pudessem livremente baixar e compartilhar arquivos de música (Billboard, 2011).

No fim de 2010, depois de negociações com as universidades e os estudantes, o acordo entre a Warner e a Choruss chegou ao fim, o que significou, na prática, o fim da Choruss. Jim Griffin argumentou que os alunos mostraram-se reticentes principalmente quanto ao fato de o experimento limitar-se somente às redes universitárias, mas que o principal problema envolvido foi a dificuldade de encontrar os detentores dos direitos sobre as músicas. A *National Music Publishers Association* votou unanimemente por apoiar o Choruss, mas afirmou que poderia fornecer algo em torno de 40% das informações sobre os direitos. Antes do projeto, Griffin não suspeitava que o Choruss dependesse de um registro único de músicas. Assim, com o fim do Choruss, Griffin passou a trabalhar com a OMPI pela criação de tal registro, sem o qual entende que um sistema de “*blanket license*” não pode funcionar (Buskirk, 2008).

Canadá

Em 2007, a associação de compositores do Canadá (*Songwriters Association of Canada*) colocou a proposta da criação de uma taxa de 5 dólares canadenses por mês sobre o serviço de assinatura de internet. Os valores arrecadados seriam distribuídos aos autores com base num sistema de amostragem do compartilhamento. A proposta foi especialmente questionada por partir do ramo musical, sem cobrir outros ramos de compartilhamento, que poderiam, com o precedente, cobrar igualmente suas taxas. Criticou-se também uma taxa generalizada sobre pessoas que poderiam ou não utilizar o P2P (“*taxation without representation*”) (Zeropaid, 2007). A associação argumentou que não seria cobrada uma taxa, mas um pagamento de licença, que não seria compulsória, ou seja, seria aplicável somente àqueles que optassem por utilizar o P2P (SAC, 2011).

Na proposta da SAC, os servidores de internet estabeleceriam parcerias com os coletivos detentores de direitos para facilitar o processo de

licenciamento com os consumidores, e poderiam recolher uma porcentagem razoável da arrecadação. Os consumidores poderiam compartilhar livremente para fins não comerciais. O valor arrecadado seria dividido entre todos os detentores de direitos autorais e conexos em questão, com base no número de vezes um arquivo foi compartilhado. A infraestrutura já existente para distribuição de royalties a detentores de direitos poderia ser aproveitada.

Canada, due to its favourable regulatory and legislative environment, would be an excellent choice of territory to test the specific business to business model we have presented in this document, or explore variations. A real world test of the model is crucial to determine where further modification and re-evaluation may be necessary. Currently, we at the S.A.C. are working with other stakeholders groups to initiate a pilot project in Canada to do so.

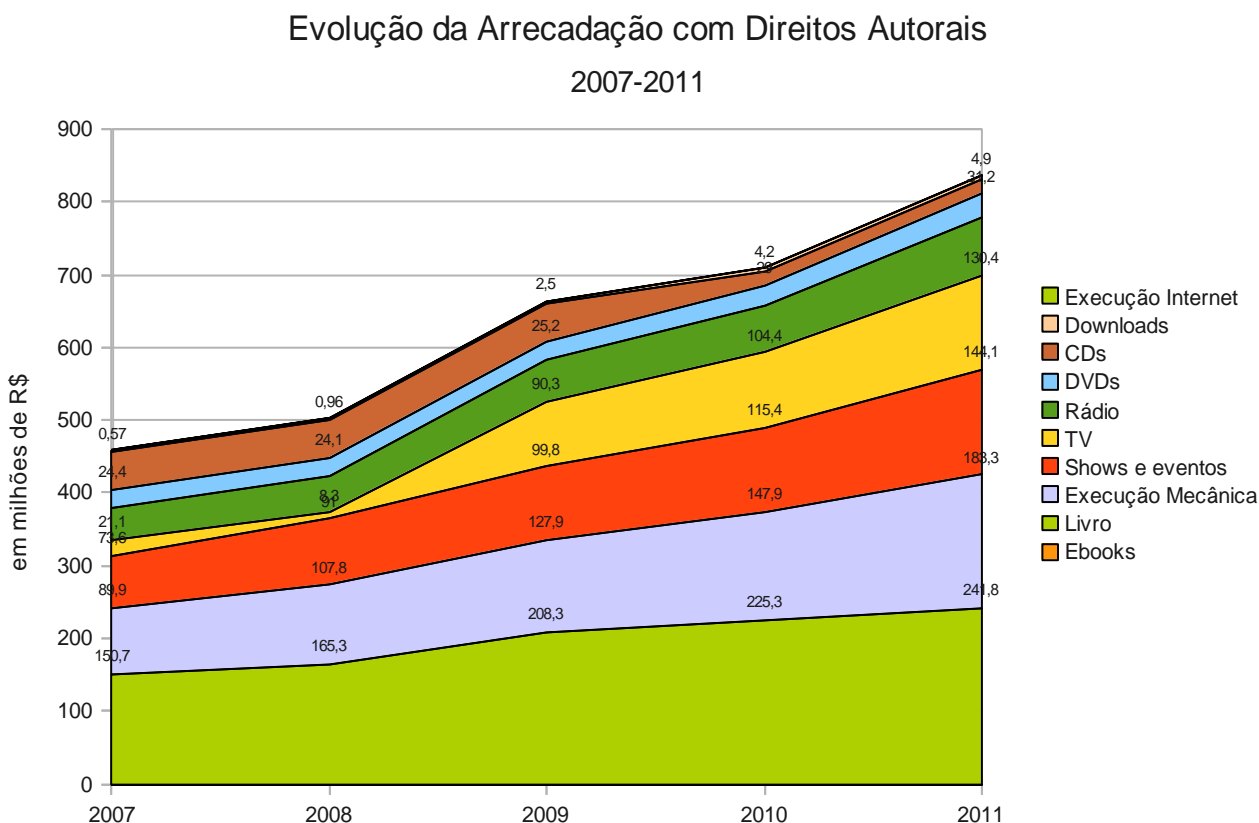
A monetized music file-sharing system would give consumers access to the world's entire catalogue of recorded music, and at the same time fairly compensate creators and rights-holders. We invite our colleagues in the music industry, consumers, ISPs and all stakeholders to join with us in helping to realize this exciting vision of the future (SAC, 2011).

Ilha de Man

O governo da Ilha de Man, dependência do Reino Unido com autogoverno e parlamento autônomo, apresentou, em janeiro de 2009, proposta de acordo com a qual os usuários de internet pagariam 1 euro em sua conta da internet por uma *blanket license* dos detentores de direitos sobre músicas, que passariam então a ser consultados a respeito de sua concordância com o sistema. Ron Berry, então ministro do investimento interno na ilha, argumentou que o sistema era plenamente possível e que a oposição vinha dos provedores de internet, e não das gravadoras, que teriam interesse na proposta (The Guardian, 2009). Não há notícias sobre o desenvolvimento da proposta ou sobre sua execução.

5. A arrecadação com o direito autoral no Brasil

Nos últimos três anos, a arrecadação com direito autoral tem crescido no Brasil. Na música, esse aumento se deve principalmente às execuções mecânica, shows e eventos, TV e rádio – nesta ordem. Já o mercado de CD/DVDs/Mp3 da indústria fonográfica permaneceu estagnado - depois de experimentar uma queda gradual desde o início da década passada. Por sua vez, o faturamento da indústria do livro tem apresentado um notável crescimento nos últimos anos. No gráfico abaixo, podem-se observar tais tendências.

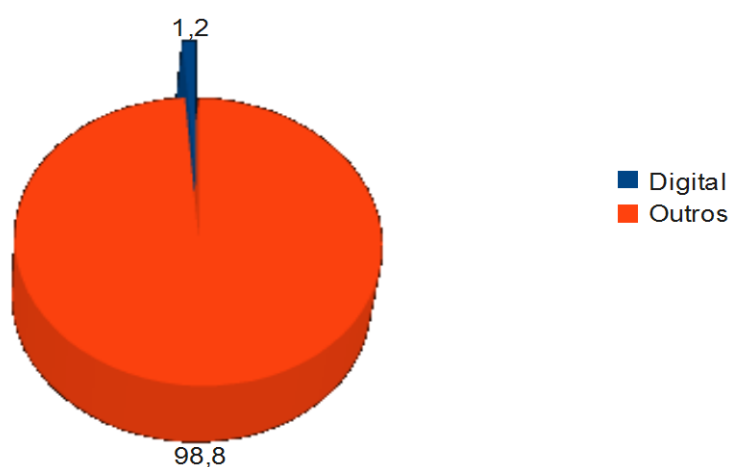


Fonte: Elaborado pelo GPOPAI a partir de dados da ABRAMUS (2010, 2011 e 2012), ABPD, (2010, 2011 e 2012); SNEL, 2012¹⁶⁹ e CBL (2012).

¹⁶⁹ Os dados referentes ao mercado do livro são baseados em estimativas do GPOPAI a partir dos dados de vendas do Sindicato Nacional da Indústria do Livro (SNEL). Adotou-se como referência um percentual de 5% sobre a receita com vendas. Embora um padrão aceitável de direito autoral seja na faixa de 10% do valor da venda, esse valor raramente é alcançado. Por outro lado, mais de 40% das vendas são de livros didáticos, em grande parte adquirido pelos programas governamentais. No caso dos livros didáticos, os autores tradicionalmente operam com um percentual muito baixo de direito

A arrecadação total do meio digital, referentes ao livro, CDs, DVD, execuções na Internet e e-books, em seu conjunto, é de atualmente R\$ 7,58 milhões – contra R\$ 830,5 milhões de arrecadação por outros meios que não digital. Trata-se tão somente de apenas 1,2% do valor total de arrecadação com direitos autorais.

Participação do meio digital no total arrecadado (2011)
em porcentagens



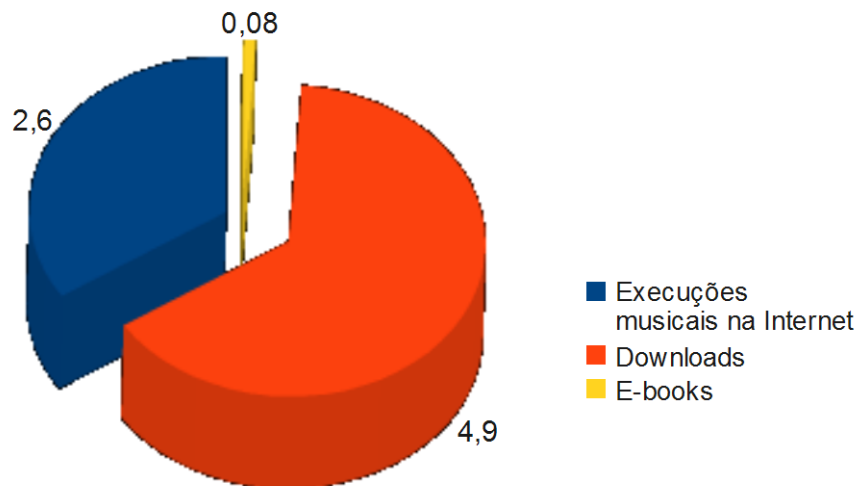
Fonte: Elaborado pelo GPOPAL a partir de dados da ABRAMUS (2012), ABPD, (2011 e 2012); SNEL, 2012 e CBL (2012).

A maior parte da arrecadação no mercado digital está concentrada nos *downloads* pagos e nos *ringtones*. No caso dos *ringtones*, a negociação se dá por contrato fixo estipulado com empresas especializadas em sua produção, não havendo repasse pelo volume de vendas, por essa razão, excluimos do cálculo. Já a arrecadação com execução pública aparentemente aumentou com o contrato que o ECAD firmou com o Youtube, do Google (ECAD, 2012b). Embora esses dados não sejam públicos, pelo salto na arrecadação – que quase triplicou em 2011 em relação ao ano anterior –, pode-se estimar que o repasse desta empresa ao ECAD tivesse sido superior a R\$ 1 milhão,

autoral ou valor fixo preestabelecido, pois em geral as obras são feitas sob encomenda das editoras.

tornando-se de longe a principal fonte arrecadadora no meio digital para o ECAD.

Direitos Autorais na Internet (2011)
distribuição por segmento, em milhões



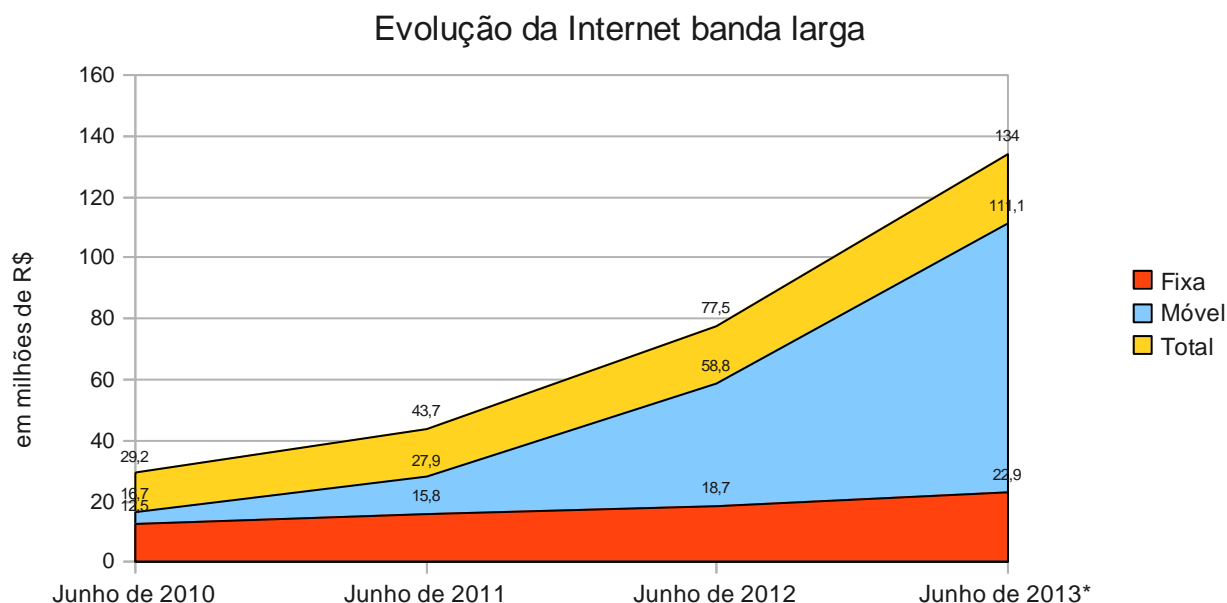
Fonte: Elaborado pelo GPOPAL a partir de dados da ABRAMUS (2012), ABPD, (2011 e 2012); SNEL, 2012 e CBL (2012).

Já os e-books representaram apenas R\$ 868 mil em vendas (CBL/FIPE, 2011), sendo um décimo disso hipoteticamente o valor de repasse em direitos autorais. Esse valor confere ao livro uma participação ínfima no direito autoral digital.

6. Proposta de legalização

A presente proposta de legalização depende da cobrança de uma tarifa módica de R\$ 0,50 sobre a mensalidade da banda larga. Antes de apresentá-la, examinemos o crescimento da Banda larga, a partir dos dados da Associação Brasileira de Telecomunicações - TELEBRASIL.

Nos últimos dois anos, houve um grande aumento do acesso à banda larga no país, levada a cabo pelo modelo de expansão adotado pelo Governo Federal, baseado nas redes 3G, que tiveram sua infraestrutura enormemente ampliada. Entre 2011 e 2012, o crescimento do acesso através das redes 3G aumentou em 110,4%. Além do aumento numérico em municípios atendidos, experimentou-se o crescimento do uso dos *smartphones* e outros dispositivos móveis com acesso à Internet. Por outro lado, dos 5.564 de municípios que contam com cobertura móvel, apenas 2.958 o têm por rede 3G. A partir dos dados do TeleBrasil de 2010 a 2012, projetamos o volume de aumento do acesso para junho 2013, que indica 133,3 milhões de acessos à rede banda larga.



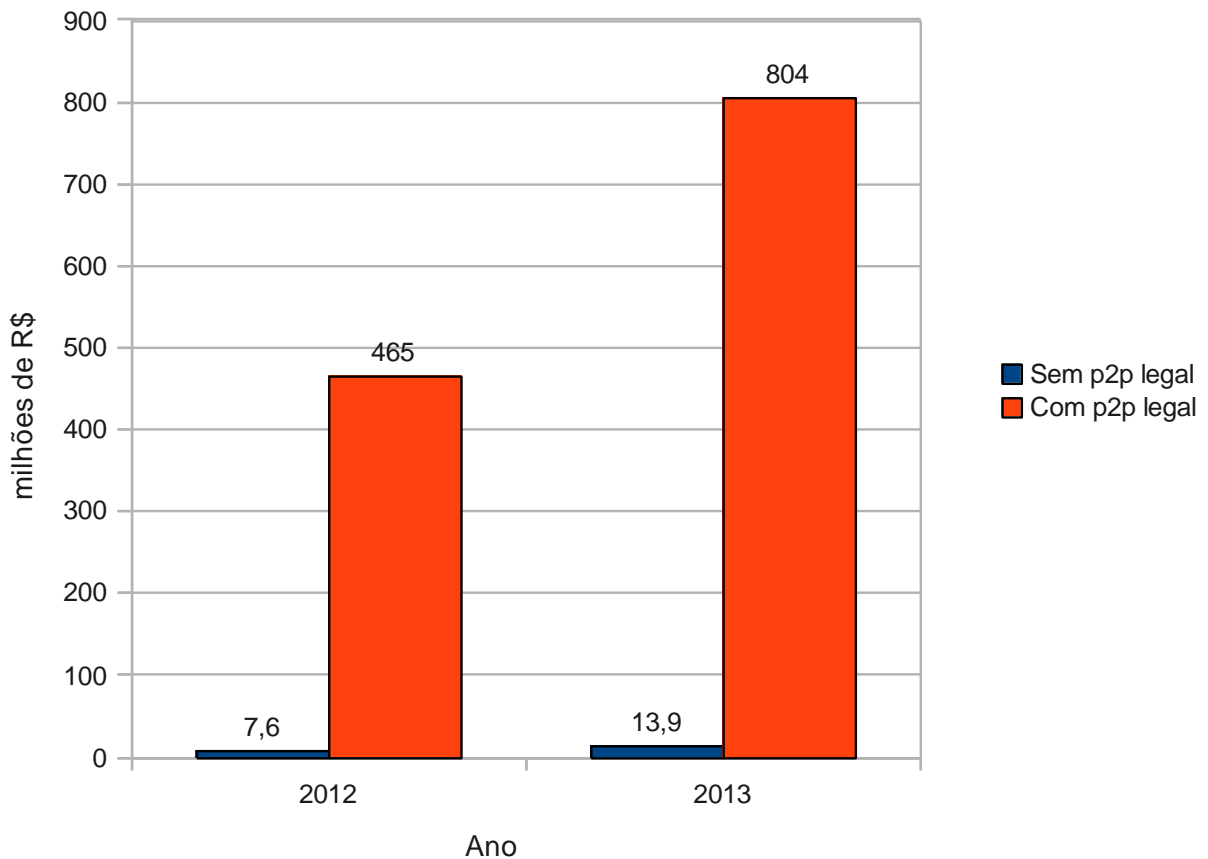
Fonte: Elaborado pelo GPOPAI a partir de dados da TeleBrasil, 2012 e Telesíntese 2011.

* Estimativa de crescimento a partir da média anual dos três anos anteriores.

No gráfico a seguir, fazemos uma comparação entre a arrecadação atual e a projetada com a legalização das redes p2p e do compartilhamento. Para elaborar a tabela, tomamos com base a arrecadação de 2011 de 9,59 milhões, projetando sobre ela aumentos de 20% para cada ano (colunas azuis). Cabe

dizer que se trata de uma projeção otimista, pois o único dado em que se possui uma série é o da comercialização de *downloads* e *ringtones*, que apresentaram em seu conjunto um aumento 12,8% de segundo a ABPD (2012). Já a coluna vermelha representa o valor de R\$ 0,50 na assinatura mensal de banda larga na base atual de usuários e a projetada para 2013¹⁷⁰.

Comparação - Arrecadação hoje vs P2P legal

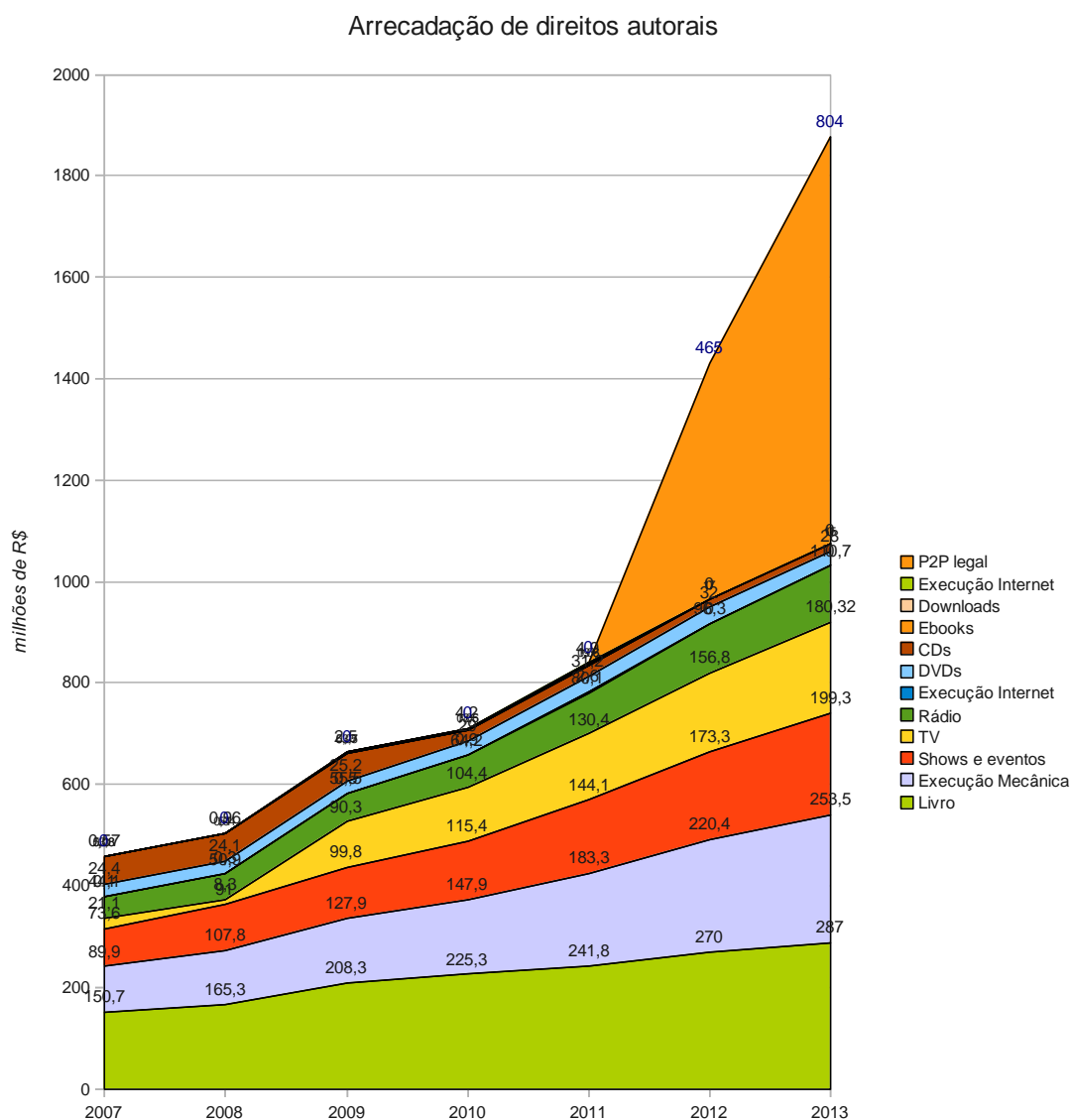


Fonte: Elaborado pelo GPOPAL a partir dos dados da Indústria. Para a projeção do ano de 2013, foram utilizadas as médias de crescimento da arrecadação de direitos autorais dos cinco últimos e de crescimento da banda larga.

¹⁷⁰ No caso da banda larga móvel, os números consideram tanto os celulares 3g pós como pré-pagos. Na prática, a cobrança dos pré-pagos deveria ser embutida no preço em termos percentuais e não fixos, de modo a perfazer na média o valor de R\$ 0,50.

Se esse modelo fosse aplicado hoje, a arrecadação no âmbito digital saltaria de apenas R\$ 7,6 milhões para R\$ 465 milhões. Para o ano de 2013, considerando as projeções de expansão do acesso à banda larga, a arrecadação alcançaria impressionantes R\$ 804 milhões, contra uma previsão otimista de R\$ 13,9 milhões no modelo atual.

No que se refere a arrecadação geral de direito autoral, o p2p tem o potencial de ser o “maná” para os titulares de direito autoral. Sua arrecadação superaria em muito as arrecadações de qualquer outro segmento, como se pode observar mais abaixo.

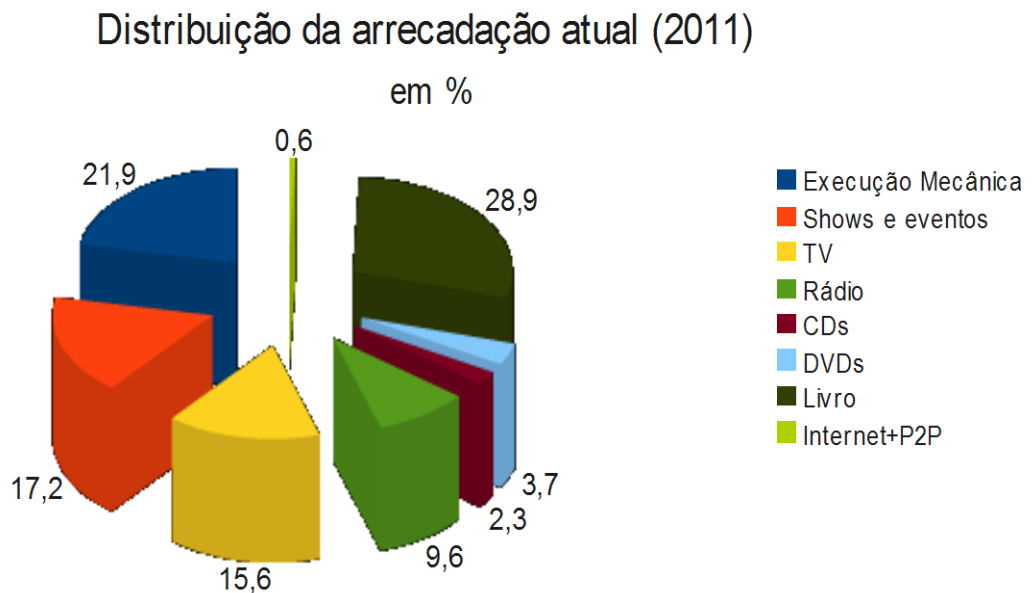


Fonte: GPOPAI-USP.

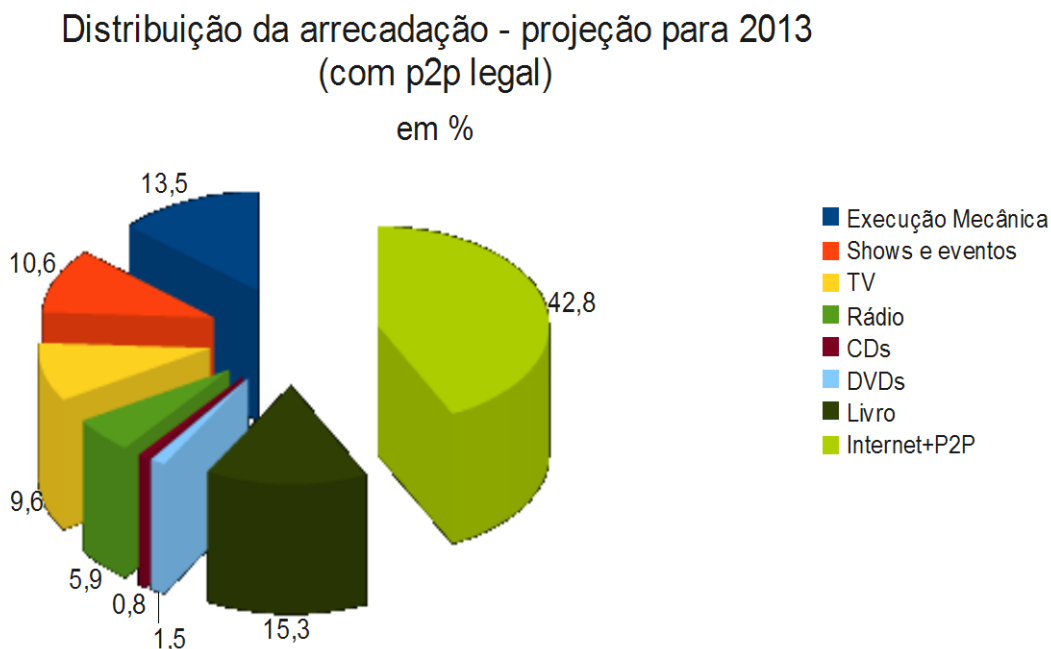
As arrecadações com execuções na Internet, *download* e *e-book*, de tão insignificantes com relação com outras fontes, sequer podem ser corretamente visualizadas no gráfico acima, já que as três linhas parecem sobrepostas. Se comparadas em seu conjunto com a projeção da arrecadação com p2p em 2013, observa-se que o salto de arrecadação seria de cerca de 7.000%.

Nos gráficos a seguir, vemos a distribuição percentual da participação na arrecadação de direito autoral por segmento, tal como ela foi em 2011, como seria hoje com o p2p legal e sua perspectiva para 2013.

Dos atuais ínfimos 0,6%, a arrecadação com Internet + p2p legalizado chegaria a 42,8% com a expansão prevista do acesso à banda larga e cobrança de R\$ 0,50 mensais por conexão.



Fonte: GPOPAI



Fonte: GPOPAI

Do ponto de vista econômico, a legalização é altamente vantajosa, o que torna possível convencer os diferentes atores envolvidos. Uma maior resistência seria de esperar das teles, pois, além do pequeno aumento na tarifa – repassado ao usuário –, podem sofrer uma maior demanda de banda de transmissão de dados. Esse problema seria superável se o governo adotasse a legalização do compartilhamento/p2p como uma política pública e, ao mesmo tempo, mobilizasse os recursos já existentes para ampliação de infraestrutura – como o FUST e FUNTEL. Ainda por parte do usuário, a taxaçoão poderia ser diferenciada, pois clientes corporativos poderiam pagar mais que os R\$ 0,50, a cobrança poderia estar associada ao volume de tráfego. O mesmo caso aos clientes com acesso à Internet banda larga no modelo pré-pago.

7. Conclusão

Fica evidente que as tentativas de criminalização do p2p, além de ineficientes, não representam uma solução para o aumento da remuneração dos titulares de direito autoral. Ao contrário, sua legalização, com a introdução de uma singela contribuição, seria a solução para o problema.

Os desafios para a legalização do p2p estão em vários pontos, como a distribuição, o sistema de aferimento e a gestão – de certa forma já abrangidos na Proposta de Fischer. O aspecto fundamental a ser resolvido para por um termo à “guerra contra o compartilhamento” é econômico, pois o que se discute é o lucro de cada autor envolvido na cadeia. Nesse sentido, a viabilidade econômica é indiscutível. Por parte dos artistas, estes poderão ser compensados efetivamente pela circulação de suas obras na Internet, com isso haverá até incentivo para uma oferta maior de cultura e arte na rede. Por parte do usuário, por um valor módico mensal – inferior a um cafezinho –, este poderá ter acesso a todo o conteúdo cultural que a web pode oferecer. Isso deve ter implicações bastante positivas não apenas para o acesso à cultura e difusão dos saberes, mas também para a inovação e o desenvolvimento humano.

Como os recursos arrecadados tendem a ser relativamente altos, é possível destinar um percentual dos mesmos para a promoção de um fundo de diversidade de conteúdos – em benefício dos artistas e, por extensão, da sociedade. Outro percentual pode ser destinado à expansão da banda larga em áreas carentes – o que levará a mais pessoas conectadas e, por consequência, mais aumento da arrecadação. Com tudo isso, pode-se gerar um espiral virtuoso, onde todos os atores envolvidos são beneficiados.

No que se refere à arrecadação e distribuição, a legalização trará a oportunidade de dar mais transparência em aspectos fundamentais da gestão de direitos autorais, podendo-se criar um sistema moderno, eficiente e sujeito à supervisão pública.

Como um todo a sociedade será beneficiada pela redução dos litígios e pelo fim de projetos polêmicos que colocam em risco as liberdades civis e direitos humanos.

8. Referências

- ABPD (2012) Mercado Brasileiro de Música 2011 http://www.abpd.org.br/downloads/Fina_2011.pdf
- ____ (2011) Mercado Brasileiro de Música 2010 http://www.abpd.org.br/downloads/Fina_2010.pdf
- ____ (2010) Mercado Brasileiro de Música 2009 http://www.abpd.org.br/downloads/Final_Publicacao_09_2010_CB.pdf
- ABRAMUS (2011) Relatório Anual 2010 http://www.abramus.org.br/wp-content/uploads/2011/03/abramus_RA_2010_bx.pdf
- ____ (2010) Relatório Anual 2009 http://www.abramus.org.br/wp-content/uploads/2011/03/Relatorio_anual_PT_baixa.pdf
- ____ (2009) Relatório Anual 2008 <http://www.abramus.org.br/wp-content/uploads/2011/03/relatorio-anual-08.pdf>
- ACTA. Anti-Counterfeiting Trade Agreement. April 15, 2011. <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/fo/acta-acrc.aspx?lang=eng&view=d>
- Buskirk, Eliot Van (2008) Three Major Record Labels Join the 'Choruss'. *Wired*, 8 de dezembro de 2008. <http://www.wired.com/business/2008/12/warner-music-gr/>
- Billboard (2011) What Ever Happened To Choruss? An Interview with Jim Griffin. *Billboard*, 24 de fevereiro de 2011. <http://www.billboard.biz/bbbiz/industry/digital-and-mobile/what-ever-happened-to-choruss-an-interview-1005047432.story>
- CISCO 2012 Cisco Visual Networking Index: Forecast and Methodology, 2011-2016 http://www.cisco.com/en/US/solutions/collateral/ns341/ns525/ns537/ns705/ns827/white_paper_c11-481360_ns827_Networking_Solutions_White_Paper.html
- ECAD 2012a "Resultados" <http://www.ecad.org.br/viewcontroller/publico/conteudo.aspx?codigo=52>
- ECAD 2012b. Esclarecimentos sobre vídeos "embedados" do YouTube. Nota de Imprensa 29/03/2012 <http://www.ecad.org.br/ViewController/publico/conteudo.aspx?codigo=1071>
- Estadão. Livro digital deve ganhar novo impulso no Brasil. *Caderno de Economia*. 12 de agosto de 2012. <http://economia.estadao.com.br/noticias/economia+geral,livro-digital-deve-ganhar-novo-impulso-no-brasil,122842,0.htm>
- FIPE/CBL Produção e Vendas do Setor Editorial 2011. Relatório anual.
- Fischer, Ken (2006a) Legalization of P2P inches forward in France, *ArsTechnica*, 5 de fevereiro de 2005. <http://arstechnica.com/uncategorized/2006/02/6119-2/>
- ____ (2006b) France's legal P2P stunt may be coming to an end, *ArsTechnica*, 5 de fevereiro de 2005. <http://arstechnica.com/uncategorized/2006/03/6328-2/>
- FISCHER, William W. (2004) Promises to keep: Technology, Law and the Future of Entertainment. Stanford University Press, 2004. Capítulo 6 disponível em: <http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/PTKChapter6.pdf>
- GRASSMUCK, Volker. *Towards a new social contract: free-licensing into the knowledge commons*. São Paulo: Universidade de São Paulo. Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas para o Acesso a Informação; Bauru, SP: Canal 6, 2010.
- Guardian, The (2009) Isle of Man proposes unlimited music downloads, 20 de Janeiro de 2009. <http://www.guardian.co.uk/music/2009/jan/20/isle-of-man-unlimited-downloads>
- IFPI. *IFPI statement on ACTA's referral to the ECJ*, 22nd February 2012 http://www.ifpi.org/content/section_news/20120222.html

- Oberholzer-Gee/Strumpf, Felix and Koleman Strumpf (2007): The Effect of File Sharing on record sales: an empirical analysis. *Journal of Political Economy*, 2007, vol. 115, no. 1.
- PIPA - S 968 Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act of 2011 Act <http://leahy.senate.gov/imo/media/doc/BillText-PROTECTIPAct.pdf>
- Register, The (2012) France backs away from Hadopi, 06 August 2012 http://www.theregister.co.uk/2012/08/06/hadopi_under_fire/
- SAC - Songwriters Association of Canada (2011) Our Proposal: Summary (Updated January 2011) <http://www.songwriters.ca/proposalsummary.aspx>
- SNEL - Sindicato Nacional dos Editores de Livros. Produção e Vendas do Setor Editorial Brasileiro. <http://www.snel.org.br/ui/pesquisamercado/diagnostico.aspx> (visitada em 01.09.2012)
- SOPA - H.R. 3261 Stop Online Piracy Act <http://judiciary.house.gov/hearings/pdf/112%20HR%203261.pdf>
- Tanaka, Tatsuo (2004): Does file sharing reduce music CD sales? A case of Japan, Institute of Innovation. Research, Hitotsubashi University, Working Paper #05-08, December 2004, <http://www.iir.hit-u.ac.jp/iir-w3/file/WP05-08tanaka.pdf>
- TeleBrasil. Brasil fecha semestre com 77,5 milhões de acessos em banda larga. Release. 2 Agosto 2012 <http://www.telebrasil.org.br/sala-de-imprensa/releases/1071-brasil-fecha-semestre-com-77-5-milhoes-de-acessos-em-banda-larga>
- Telesintese Brasil. Brasil chega a 43,7 milhões de acessos em banda larga 14/07/2011 <http://www.telesintese.com.br/index.php/plantao/7450-brasil-chega-a-437-milhoes-de-acessos-em-banda-larga>
- UBC (2010) Relatório Anual 2010 http://www.ubc.org.br/arquivos/download/ubc_relatorio_2010.pdf
- ___ (2009) Relatório Anual 2009 http://www.ubc.org.br/arquivos/download/ubc_relatorio_2009.pdf
- Verbrauchzentrale (2012) Fakten zu Abmahnungen wegen Urheberrechtsverstößen, 21-06-2012 http://www.vzbv.de/cps/rde/xbcr/vzbv/Abmahnungen_Fakten-2012-06-21.pdf
- ZeroPaid (2007) Canadian Songwriters Want to Legalize P2P, by Jared Moya, *ZeroPaid*, 12 de dezembro de 2007. http://www.zeropaid.com/news/9131/canadian_songwriters_want_to_legalize_p2p/
- ABPD (2012) Mercado <http://www.abpd.org.br/downloads/Fina2011.pdf>
- ___ (2011) Mercado Brasileiro de Música 2010 <http://www.abpd.org.br/downloads/Fina2010.pdf>
- ___ (2010) Mercado Brasileiro de Música 2009 http://www.abpd.org.br/downloads/Final_Publicacao_09_2010_CB.pdf
- ABRAMUS (2011) Relatório Anual 2010 http://www.abramus.org.br/wp-content/uploads/2011/03/abramus_RA_2010_bx.pdf
- ___ (2010) Relatório Anual 2009 http://www.abramus.org.br/wp-content/uploads/2011/03/Relatorio_anual_PT_baixa.pdf
- ___ (2009) Relatório Anual 2008 <http://www.abramus.org.br/wp-content/uploads/2011/03/relatorio-anual-08.pdf>
- ACTA. Anti-Counterfeiting Trade Agreement. April 15, 2011. <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/fo/acta-acrc.aspx?lang=eng&view=d>
- Buskirk, Eliot Van (2008) Three Major Record Labels Join the 'Choruss'. *Wired*, 8 de dezembro de 2008. <http://www.wired.com/business/2008/12/warner-music-gr/>
- Billboard (2011) What Ever Happened To Choruss? An Interview with Jim Griffin. *Billboard*, 24 de fevereiro de 2011. <http://www.billboard.biz/bbbiz/industry/digital-and-mobile/what-ever-happened-to-choruss-an-interview-1005047432.story>
- CISCO 2012 Cisco Visual Networking Index: Forecast and Methodology, 2011-2016 http://www.cisco.com/en/US/solutions/collateral/ns341/ns525/ns537/ns705/ns827/white_paper_c11-481360_ns827_Networking_Solutions_White_Paper.html
- ECAD 2012a "Resultados" <http://www.ecad.org.br/viewcontroller/publico/conteudo.aspx?codigo=52>

- ECAD 2012b. Esclarecimentos sobre vídeos "embedados" do YouTube. Nota de Imprensa 29/03/2012 <http://www.ecad.org.br/ViewController/publico/conteudo.aspx?codigo=1071>
- Estadão. Livro digital deve ganhar novo impulso no Brasil. Caderno de Economia. 12 de agosto de 2012. <http://economia.estadao.com.br/noticias/economia+geral,livro-digital-deve-ganhar-novo-impulso-no-brasil,122842,0.htm>
- FIPE/CBL Produção e Vendas do Setor Editorial 2011. Relatório anual.
- Fischer, Ken (2006a) Legalization of P2P inches forward in France, *ArsTechnica*, 5 de fevereiro de 2005. <http://arstechnica.com/uncategorized/2006/02/6119-2/>
- ____ (2006b) France's legal P2P stunt may be coming to an end, *ArsTechnica*, 5 de fevereiro de 2005. <http://arstechnica.com/uncategorized/2006/03/6328-2/>
- FISCHER, William W. (2004) Promises to keep: Technology, Law and the Future of Entertainment. Stanford University Press, 2004. Capítulo 6 disponível em: <http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/PTKChapter6.pdf>
- GRASSMUCK, Volker. *Towards a new social contract: free-licensing into the knowledge commons*. São Paulo: Universidade de São Paulo. Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas para o Acesso a Informação; Bauru, SP: Canal 6, 2010.
- Guardian, The (2009) Isle of Man proposes unlimited music downloads, 20 de Janeiro de 2009. <http://www.guardian.co.uk/music/2009/jan/20/isle-of-man-unlimited-downloads>
- IFPI. *IFPI statement on ACTA's referral to the ECJ*, 22nd February 2012 http://www.ifpi.org/content/section_news/20120222.html
- Oberholzer-Gee/Strumpf, Felix and Koleman Strumpf (2007): The Effect of File Sharing on record sales: an empirical analysis. *Journal of Political Economy*, 2007, vol. 115, no. 1.
- PIPA - S 968 Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act of 2011 Act <http://leahy.senate.gov/imo/media/doc/BillText-PROTECTIPAct.pdf>
- Register, The (2012) France backs away from Hadopi, 06 August 2012 http://www.theregister.co.uk/2012/08/06/hadopi_under_fire/
- SAC - Songwriters Association of Canada (2011) Our Proposal: Summary (Updated January 2011) <http://www.songwriters.ca/proposalsummary.aspx>
- SNEL - Sindicato Nacional dos Editores de Livros. Produção e Vendas do Setor Editorial Brasileiro. <http://www.snel.org.br/ui/pesquisamercado/diagnostico.aspx> (visitada em 01.09.2012)
- SOPA - H.R. 3261 Stop Online Piracy Act <http://judiciary.house.gov/hearings/pdf/112%20HR%203261.pdf>
- Tanaka, Tatsuo (2004): Does file sharing reduce music CD sales? A case of Japan, Institute of Innovation. Research, Hitotsubashi University, Working Paper #05-08, December 2004, <http://www.iir.hit-u.ac.jp/iir-w3/file/WP05-08tanaka.pdf>
- TeleBrasil. Brasil fecha semestre com 77,5 milhões de acessos em banda larga. Release. 2 Agosto 2012 <http://www.telebrasil.org.br/sala-de-imprensa/releases/1071-brasil-fecha-semestre-com-77-5-milhoes-de-acessos-em-banda-larga>
- Telesintese Brasil. Brasil chega a 43,7 milhões de acessos em banda larga 14/07/2011 <http://www.telesintese.com.br/index.php/plantao/7450-brasil-chega-a-437-milhoes-de-acessos-em-banda-larga>
- UBC (2010) Relatório Anual 2010 http://www.ubc.org.br/arquivos/download/ubc_relatorio_2010.pdf
- ____ (2009) Relatório Anual 2009 http://www.ubc.org.br/arquivos/download/ubc_relatorio_2009.pdf
- Verbrauchzentrale (2012) Fakten zu Abmahnungen wegen Urheberrechtsverstößen, 21-06-2012 http://www.vzbv.de/cps/rde/xbcr/vzbv/Abmahnungen_Fakten-2012-06-21.pdf
- ZeroPaid (2007) Canadian Songwriters Want to Legalize P2P, by Jared Moya, *ZeroPaid*, 12 de dezembro de 2007. http://www.zeropaid.com/news/9131/canadian_songwriters_want_to_legalize_p2p/

Informações sobre o GEDAI

Grupo de Estudos em Direito Autoral e Informação (GEDAI/UFSC)

O Grupo de Estudos de Direitos Autorais e Sociedade da Informação – **GEDAI** foi constituído em maio de 2007 tendo como finalidade principal estudo da Propriedade Intelectual na Sociedade da Informação.

Assim, o projeto de pesquisa que deu origem ao grupo está focado nos desafios da tutela dos Direitos Intelectuais na Sociedade da Informação.

O Grupo de Estudos em Direitos Autorais e Informação – **GEDAI**, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, tem como principal objetivo estudar todos os aspectos relacionados ao desenvolvimento dos Direitos Autorais na Sociedade da Informação.

O **GEDAI** vem buscando, através de estudos comparativos do sistema internacional de direitos autorais e industriais, da análise dos processos de concretização dos direitos culturais e diversidades culturais e da reflexão sobre a regulamentação dos direitos intelectuais frente aos desafios da Sociedade da Informação, alcançar alguns objetivos:

- Compreender os efeitos do direito fundamental à cultura e diversidade cultural na sociedade contemporânea, analisando os limites dos direitos autorais na tutela dos bens imateriais;
- Avaliar as conseqüências da revolução tecnológica em andamento e do advento da cultura digital sobre a regulamentação dos direitos autorais;
- Identificar o conteúdo da proteção jurídica e o alcance da circulação da produção cultural desenvolvida nas instituições públicas;

O Grupo **GEDAI** reúne pesquisadores, mestres e doutores que dedicam seus estudos nas diversas áreas da Propriedade Intelectual, nas seguintes linhas de pesquisa:

- **Propriedade Intelectual – Inovação e Conhecimento:** analisar a tutela jurídica dos novos bens intelectuais advindos da nova Tecnologia da Informação com vistas ao desenvolvimento socioeconômico que promova inovação, inclusão tecnológica e difusão do conhecimento.
- **Direito Autoral: Direitos Fundamentais e Diversidade Cultural** – compreender os efeitos do direito fundamental à cultura sobre os limites do direitos autorais; a proteção e circulação da produção cultural desenvolvida nas instituições públicas; os papéis da cidadania cultural no processo de inclusão social; a função do Estado em matéria cultural, as políticas públicas de cultura e a regulamentação jurídica dos direitos culturais.
- **Economia Criativa: Propriedade Intelectual e Desenvolvimento** – estudar o Direito Autoral enquanto instrumento jurídico capaz de servir como marco regulatório para a formulação de políticas públicas a fim de fortalecer as

indústrias criativas e dinâmicas, com vista a uma Economia Criativa sustentável para o país.

- **Regime Internacional de Propriedade Intelectual: Tratados e Organizações Internacionais** (OMC, OMPI e UNESCO) – avaliar o Sistema Internacional de Tutela da Propriedade Intelectual face a revolução tecnológica da informação, das novas formas de comunicação, de expressão, de produção de bens intelectuais e como as novas redes sociais na Internet possibilitam a socialização do conhecimento.
- **Sociedade da Informação: Democracia e Inclusão Tecnológica** – analisar as novas formas de criação de bens intelectuais (obras colaborativas), de transformação criativa (*samplers*), de distribuição/compartilhamento advindas das redes sociais (P2P), e a socialização do conhecimento enquanto paradigma da cultura digital sobre a regulamentação dos direitos autorais.
- **Direitos das Novas Tecnologias da Informação e Comunicação** (TIC's): identificar o conteúdo da proteção jurídica e o alcance da circulação da produção cultural desenvolvida nas instituições públicas e do regime de concorrência aplicado às novas mídias na Internet.
- **Propriedade Intelectual e Direito Concorrencial** – compreender a interface do direito concorrencial e da propriedade intelectual nos novos modelos de negócios na Sociedade da Informação com foco no desenvolvimento dos setores produtivos da Economia Criativa.

Ainda, visando intensificar o intercambio da pesquisa no Brasil, o GEDAI envolve-se em projetos com outras equipes acadêmicas de diversas instituições de ensino superior e de pesquisas brasileiras. Como exemplo, tem-se o PROCAD – Sociedade da Informação: Democracia, Desenvolvimento e Inclusão Tecnológica e o PROCULTURA – Direitos Culturais e o Desafio da Regulamentação dos Direitos.

Os resultados esperados pelo trabalho dos pesquisadores do **GEDAI** podem ser relacionados nos seguintes aspectos:

Produção científica e orientação acadêmica:

1. Pesquisa científica desenvolvida por meio de artigos, monografias, dissertações e teses buscam o enfrentamento dos desafios para direitos intelectuais diante do novo ambiente tecnológico advindo pela Revolução da Tecnologia da Informação.
2. A orientação acadêmica está de conformidade com as diretrizes do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), que consolidou-se como um dos mais conceituados do país, o qual possui atualmente, dentre outras linhas, a linha de pesquisa: Direito da Sociedade da Informação e Propriedade Intelectual.
3. A orientação acadêmica no que tange ao Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC se desenvolve através do estímulo a pesquisa na área do Direito da Propriedade Intelectual, seja na proposta de projetos de iniciação científica, no estímulo de pesquisas monográficas ou na

docência das disciplinas de propriedade intelectual em cursos regulares ou de capacitação interna dos servidores da UFSC.

Divulgação das pesquisas e dos trabalhos:

- (i) A divulgação da pesquisa se realiza através da publicação de contribuições dos integrantes do **GEDAI** em revistas especializadas e na elaboração de obras coletivas organizadas com tal finalidade.
- (ii) Dá-se também por meio do da plataforma digital: <http://www.direitoautoral.ufsc.br>
- (iii) Elaboram-se boletins informativos em formato digitais enviados para a comunidade científica e para as listas de discussões de especialistas nacionais e estrangeiras. O boletim é um veículo de informação, que aborda mudanças legislativas, tendências jurisprudenciais e atualizações bibliográficas recentes na área do direito intelectual.
- (iv) Promove-se eventos, tais como, workshops, seminários, simpósios e congressos organizados sempre para a promoção e ampliação das discussões temáticas ligadas à linha de pesquisa do **GEDAI**. Exemplo disso é a realização anual o Congresso de Direito de Autor e Interesse Público.

Produção de trabalhos em parceria / intercâmbio

1. O **GEDAI** promove a formação de recursos humanos de alto nível integrando os programas de mestrado/doutorado por meio de intercâmbio.
2. O **GEDAI** realiza o intercâmbio científico por intermédio do envolvimento de equipes acadêmicas de diversas instituições de ensino superior e de pesquisa brasileiras ou estrangeiras.
3. O **GEDAI** realiza atividades em parceria com o setor produtivo por meio de projetos desenvolvidos com esta finalidade tendo como objetivo a interação da pesquisa aplicada produzida no âmbito acadêmico e o setor produtivo.