

Direito Autoral e Diversidade Cultural no âmbito Ibero-latinoamericano.

*Marcos Wachowicz**

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A RELAÇÃO ENTRE DIREITOS AUTORAIS E DIVERSIDADE CULTURAL ESTABELECIDADA PELA UNESCO E OMPI. 2.1. Convenção da Diversidade: tratamento sistêmico com os demais tratados de direito autoral. 2.2. A Convenção da Diversidade como instrumento complementar ao Sistema Internacional de Propriedade Intelectual. 2.3. Convenção da Diversidade e a formulação de políticas públicas destinadas a preservar a diversidade cultural. 3. A CONVENÇÃO DE VIENA: AS RELAÇÕES DA CONVENÇÃO DA DIVERSIDADE E OUTROS TRATADOS. 4. A CONVENÇÃO DA DIVERSIDADE E O ACESSO AOS BENS CULTURAIS. 4.1. As Indústrias Culturais, o desenvolvimento e Direitos Autorais. 4.2 Indústrias Culturais dinâmicas e as políticas públicas. 4.3. As Indústrias culturais dinâmicas e o uso das novas tecnologias. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

PALAVRAS CHAVES: Direito Autoral – Diversidade Cultural – Sistema Internacional da Propriedade Intelectual.

1. INTRODUÇÃO.

O presente estudo visa analisar a Convenção da Diversidade Cultural da UNESCO de 2005, tomando-a como ponto de partida para uma reflexão sobre o Sistema Internacional de Direito Autoral construído a partir da Convenção de Berna de 1886 que, envolto em um ambiente tecnológico fruto da Revolução Industrial, erigiu regras até então inéditas com vista à proteção de bens intelectuais.

* Professor Permanente no Curso de Pós-Graduação Mestrado/Doutorado em Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela Universidade Clássica de Lisboa - Portugal. Especialista em Direito da Propriedade Intelectual e Direito e Tecnologia da Informação. Autor de diversos artigos e livros como Propriedade Intelectual do Software e a Revolução da Tecnologia da Informação. E-mail: marcos.wachowicz@gmail.com

Tal sistema internacional foi paulatinamente atualizado por meio de tratados internacionais até que em 1967 ganhou novo impulso com a criação da OMPI.

Posteriormente, o Consenso de Brethon Woods harmonizou os interesses econômicos e comerciais dos bens intelectuais por meio do Acordo TRIPs, quando em 1994, surge a OMC que, por sua vez, consolidou um sistema multilateral de regulamentação internacional do comércio. A questão da propriedade intelectual no que tange à sua criação, comercialização e inovação foi então transferida da OMPI para a OMC. Neste contexto, os bens intelectuais passaram a ser percebidos apenas em seu aspecto mercadológico.

Com a Convenção da Diversidade Cultural de 2005, outros aspectos mostraram-se tão relevantes quanto o aspecto econômico, fomentando o debate sobre o futuro da tutela internacional e, por conseguinte, nacionais da propriedade intelectual.

Assim um estudo mais detido quanto aos bens intelectuais vislumbrando-os como bens culturais são portadores de identidades e valores culturais que merecem tratamento diferenciado no contexto das regras de comércio da OMC, é pois, o objetivo principal deste trabalho.

Um novo paradigma surgiu em 2005 com a Convenção da Diversidade da UNESCO, que se centra na possibilidade de se aperfeiçoar a regulação dos direitos autorais, possibilitando que seus benefícios atinjam a todos.

A proteção e promoção da diversidade das expressões culturais não são antagônicas e não se anulam diante dos direitos exclusivos dos autores sobre o bem intelectual, ainda que nem todos os posicionamentos reflitam esta afirmação.

É importante destacar que sem direitos autorais inexistente diversidade cultural, como também sem diversidade cultural não é possível se falar em direito autoral, mas tão somente em regras de proteção de investimento.

A tutela do Direito Autoral deve ser percebida de forma mais ampla, como uma amalgama da proteção e promoção da diversidade

cultural. Isto porque, não é suficiente para o Direito Autoral apenas a tutela da diversidade de conteúdos de um titular, mas também, a existência de uma grande diversidade de titulares, na qual reside o florescimento, a promoção e o fortalecimento das indústrias culturais dinâmicas em todos os Estados.

2. A RELAÇÃO ENTRE DIREITOS AUTORAIS E DIVERSIDADE CULTURAL ESTABELECIDADA PELA UNESCO E OMPI.

A UNESCO em 2005 por meio da denominada Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais¹ estabeleceu um novo marco internacional sobre as implicações entre os Direitos Autorais e Diversidade Cultural traçando bases normativas para a tutela e promoção da diversidade das expressões culturais.

A importância deste novo tratado para as questões afetas ao direito autoral é imediata, pois agrega novos entendimentos internacionais sobre regulações futuras sobre bens intelectuais, tornando-os instrumentos que beneficiem efetivamente a todos os que criam.

Até dezembro de 2009 a Convenção da Diversidade Cultural que foi celebrada em Paris, no dia 20 de outubro de 2005, já foi subscrita por 103 Estados, dentre os quais, 19 são Estados ibero-latinoamericanos, a saber:

	Estados Ibero-latinoamericanos signatários	Data do Depósito do Instrumento	Tipo de Instrumento
1.	Argentina	07/05/2008	Ratificação
2.	Barbados	02/10/2008	Adesão
3.	Bolívia	04/08/2006	Ratificação
4.	Brasil	16/01/2007	Ratificação
5.	Chile	13/03/2007	Ratificação
6.	Cuba	29/05/2007	Ratificação
7.	República Dominicana	24/09/2009	Adesão
8.	Equador	08/11/2006	Adesão
9.	Granada	15/01/2009	Ratificação

¹ A Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, foi adotada pela Assembléia Geral da UNESCO em outubro de 2005, sendo aderida por 98 países isto até 2009, dentre os quais o Brasil (onde foi promulgada pelo Decreto-Lei 6.177, de agosto de 2007). Cf. Acesso em 02-11-09 ao site: <http://blogs.cultura.gov.br/diversidadecultural/page/3/>.

10.	Guatemala	25/10/2006	Ratificação
11.	Guiné	20/02/2008	Ratificação
12.	México	05/07/2006	Ratificação
13.	Nicarágua	05/03/2009	Ratificação
14.	Panamá	22/01/2007	Ratificação
15.	Paraguai	30/10/2007	Ratificação
16.	Peru	16/10/2006	Adesão
17.	Portugal	16/03/2007	Ratificação
18.	Espanha	18/12/2006	Ratificação
19.	Uruguai	18/01/2007	Ratificação

Fonte: UNESCO – <http://portal.unesco.org/la/convention.asp?KO=31038&language=E&order=alpha>

A adesão e ratificação de quase todos os Estados integrantes da comunidade ibero-latinoamericana externaliza sua importância, e a existência subjacente de uma rica diversidade cultural, que constitui patrimônio a ser valorizado e cultivado pelos Estados-parte.

Destarte não se pode esquecer que a diversidade cultural nesta comunidade propicia um ambiente favorável para o florescer de ambientes democráticos, de tolerância, de justiça social e mútuo respeito entre os povos e culturas, sendo indispensável para a paz e a segurança no plano local, nacional, regional e internacional.

Ademais, considerando que riqueza da diversidade cultural dos países ibero-latinoamericanos assume formas diversas através do tempo e do espaço, e que esta diversidade se manifesta na originalidade e na pluralidade das identidades, assim como nas expressões culturais dos povos e das sociedades, é inexorável se reconhecer a importância dos conhecimentos tradicionais como fonte de riqueza material e imaterial, e, em particular, dos sistemas de conhecimento das populações indígenas, e sua contribuição positiva para o desenvolvimento sustentável, assim como a necessidade de assegurar sua adequada proteção e promoção.

Neste particular, há que se destacar a diversidade existente no Brasil que conta com quase 200 etnias em seu território, bem como cerca de 200 línguas faladas, computando-se neste cálculo as línguas dos 223 povos indígenas existentes atualmente no território brasileiro. Assim, faz-se imperativo o reconhecimento da necessidade de se adotar medidas para

proteger a diversidade das expressões culturais incluindo seus conteúdos², especialmente nas situações em que estas expressões possam estar ameaçadas de extinção ou de grave deterioração.

Também no que tange aos Direitos Humanos a Convenção da Diversidade também ressalta em seu preâmbulo a importância da diversidade cultural para a plena realização dos direitos humanos e das liberdades fundamentais proclamados na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas e outros instrumentos universalmente reconhecidos, destacando a necessidade de incorporar a cultura como elemento estratégico das políticas³ de desenvolvimento nacionais e internacionais, bem como da cooperação internacional para o desenvolvimento, e tendo igualmente em conta a Declaração do Milênio das Nações Unidas (2000), com sua ênfase na erradicação da pobreza.

A importância do estudo dos primados da Convenção da Diversidade Cultural e seus reflexos nas legislações nacionais dos Estados ibero-latinoamericanos signatários deste tratado, ganham novos contornos, sendo que, especificamente no que tange aos direitos autorais, uma nova percepção é por todo pertinente e necessária.

A própria Organização Mundial da Propriedade Intelectual - OMPI⁴, entende que “os direitos de autor e os direitos conexos são conceitos e

² A Convenção da UNESCO de 2005 sobre Diversidade Cultural em seu artigo 4º veio a diferenciar conceitualmente o entendimento sobre conteúdo e expressões culturais, da seguinte forma: a) Conteúdo Cultural refere-se ao caráter simbólico, dimensão artística e valores culturais que têm por origem ou expressam identidades culturais. b) Expressões culturais são aquelas expressões que resultam da criatividade de indivíduos, grupos e sociedades e que possuem conteúdo cultural.

³ A Convenção da UNESCO de 2005 sobre Diversidade Cultural em seu artigo 4º veio a definir políticas e medidas culturais como sendo aquelas relacionadas à cultura, seja no plano local, regional, nacional ou internacional, que tenham como foco a cultura como tal, ou cuja finalidade seja exercer efeito direto sobre as expressões culturais de indivíduos, grupos ou sociedades, incluindo a criação, produção, difusão e distribuição de atividades, bens e serviços culturais, e o acesso aos mesmos.

⁴ A Organização Mundial da Propriedade Intelectual - OMPI, criada em 1967, é um dos 16 (dezesesseis) organismos especializados do sistema das Nações Unidas, de caráter intergovernamental, com sede em Genebra, Suíça. Sua função é: 1. Estimular a proteção da Propriedade Intelectual em todo o mundo mediante a cooperação entre os Estados; 2. Assegurar a cooperação administrativa entre as Uniões de propriedade intelectual. Como Uniões entende-se: A União (Convenção) de Paris, o Acordo de Madri, a União (Convenção) de Madri, União dos países membros do PCT, etc; e 3. Estabelecer e estimular medidas apropriadas para promover, a atividade intelectual criadora e facilitar a transmissão de tecnologia relativa à propriedade industrial para os países em desenvolvimento em vista de acelerar o desenvolvimento econômico, social e cultural. A OMPI, também, incentiva a negociação de novos tratados internacionais e a modernização das legislações nacionais.

*instrumentos jurídicos por meio dos quais se respeitam e protegem os direitos dos criadores sobre suas obras e se contribui ao desenvolvimento cultural e econômico dos povos”. E ainda, “o direito de autor tem um papel decisivo na articulação das contribuições e dos direitos dos distintos grupos interessados que participam nas indústrias culturais e na relação entre estes e o público”.*⁵ De acordo com a Proposta de Planos e Orçamentos de 2006/2007⁶, referente ao Plano de Atuação a Médio Prazo que orienta a atividade da OMPI de 2006-2009, as metas estratégicas da OMPI foram: (i) promoção da uma cultura da Propriedade Intelectual; (ii) integração da Propriedade Intelectual nos programas e políticas de desenvolvimento nacionais; (iii) desenvolvimento de leis e padrões internacionais de Propriedade Intelectual; (iv) fornecimento de serviços de qualidade em sistemas de proteção de Propriedade Intelectual; e, (v) aumentar a eficiência da administração e dos processos auxiliares da OMPI

A OMPI enquanto organismo econômico internacional vinculado a ONU detém por obrigação primária promover a cultura da propriedade intelectual com vistas ao desenvolvimento global. Neste sentido, tem adotado uma prática de tomada de decisão por meio de agendas nas quais cada Estado-membro tem direito a um voto.

Contudo, observa-se que, as decisões tomadas no âmbito das agendas da OMPI muitas vezes são advindas dos meios consensuais obtidos pela votação individualizada de todos os Estados-membros que a integram.

Assim, como cada um dos membros tem direito a um voto, independentemente de sua população ou contribuição para os fundos da organização, o consenso espelha apenas o interesse vitorioso do embate, estando longe de se constituir um fator de harmonização. Quer-se com isso significar que é importante uma análise mais profunda, sobre as agendas de decisão da OMPI como fator de harmonização equilibrado do sistema de propriedade intelectual, na medida em que:

Neste sentido, uma parte fundamental do trabalho da OMPI está representada pela constante atualização e proposição de padrões internacionais de proteção às criações intelectuais em âmbito mundial. Cf. Acesso em 01-11-09 ao site: http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/patente/pasta_acordos/ompi.html.

⁵ Acesso em 10 -11-09 ao site: <http://www.wipo.int/portal/index.html.en>.

⁶ Conforme PROPOSED PROGRAM AND BUDGET FOR 2006/07 – PRESENTED BY THE DIRECTOR GENERAL documento disponibilizado no site da OMPI. Acessado em 03-11-09 no site: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/en/wo_pbc_8/wo_pbc_8_3_pub.pdf.

- (i) há uma grande divergência política concernente aos direitos de propriedade intelectual entre os países do Norte e os países do Sul, entre países desenvolvidos tecnologicamente e os países em desenvolvimento;
- (ii) existem conflitos de interesses hegemônicos de proteção da propriedade intelectual propugnados pelas indústrias criativas, que por sua vez tentam impor visão reducionista do bem intelectual como produto cultural para consumo pela massa no mercado global;
- (iii) verifica-se a imposição de que o produto das indústrias criativas sejam protegidos apenas como *intellectual property commodity*⁷, o que significa que como mercadoria possuem valor econômico inerentes apenas nas transações comerciais, mitigando-as enquanto obras portadoras de identidades, valores e significados culturais.
- (iv) Existe preponderância no entendimento de que a proteção do bem intelectual deve se pautar somente na dimensão privada emanada da visão das indústrias criativas detentoras do *copyright* a partir da imposição de regras restritivas para o comércio de seus bens imateriais, deixando de perceber que o direito de acesso e a difusão destes bens para uso pela sociedade é vertente são elementos inerente a dimensão pública e que está intrinsecamente conectado a criação e tutela jurídica da obra intelectual protegida pelo direito autoral.

⁷ Commodity é a expressão inglesa que significa mercadoria, sendo utilizada nas transações comerciais de produtos e origem primária nas bolsas de mercadorias. O termo é de ampla utilização a exemplo da indústria de extração mineral quando é chamado de *hard commodity*, na indústria de produtos in natura, *soft commodity*, e também, pela indústria criativa de bens imateriais são chamados de *intellectual property commodity*. Desta forma o bem intelectual passa a ser visto como mercadoria cujo valor econômico e sua negociabilidade global dependem de regras rígidas de proteção, que controlem o fluxo de acesso, e criem artificialmente uma escassez que lhe dê a mais valia, tudo através de normativos internacionais. O que torna o bem intelectual uma *commodity* para a indústria criativa é o fato de que eles possuem uma cotação e negociabilidade global, são exemplos: a marca Mickey, a saga Harry Potter, a música de determinado artista pop, dentre outros bens imateriais de propriedade das indústrias de entretenimento que possuem cotações enquanto produtos muito importantes nas economias e fluxos financeiros mundiais.

É imprescindível que as agendas de decisão no âmbito da OMPI venham contemplar estas discussões visando uma harmonização e equilíbrio do sistema de propriedade intelectual.

O prestígio da OMPI não pode ser mitigado como outrora o foi. Vale lembrar que nas décadas de 60 e 70 as nações em desenvolvimento impediram a expansão de acordos de propriedade intelectual, tais como patentes farmacêuticas universais, o que levou na década de 80, os Estados desenvolvidos como o Estados Unidos a deslocarem a discussão de temas relativos à propriedade intelectual da OMPI para o GATT⁸. Isto ocorreu durante a Rodada Uruguai que teve início no ano de 1986 e que foi concluída em 1994 com a criação da Organização Mundial do Comércio – OMC, a partir da celebração do Acordo TRIPs sobre propriedade intelectual.

Isto implica dizer que, sem dúvida foi com o esvaziamento das discussões na OMPI e a migração da discussão para a OMC relativa aos direitos de propriedade intelectual que se propiciou e se consolidou a edição do TRIPs⁹ na Rodada Uruguai.

Cabe aqui destacar, neste particular, o impasse havido em 1994 quando ao final da Rodada Uruguai surgiram duas visões antagônicas com relação ao tratamento dos produtos culturais e as regras multilaterais do comércio estabelecidas pela OMC. A primeira visão era defendida pelos Estados Unidos para o qual os bens e os serviços culturais se constituiriam produtos de entretenimento e, assim deveriam ser submetidos tais quais os demais às regras da OMC, as quais propugnavam pela liberalização dos mercados nacionais à entrada de produtos estrangeiros sem qualquer distinção quanto sua nacionalidade. A segunda, capitaneada pela França e boa parte dos Estados europeus, defendia que os bens e serviços culturais não poderiam ser considerados simples produtos comerciais porque são portadores de

⁸ O Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e Comércio (em inglês: General Agreement on Tariffs and Trade, GATT) foi estabelecido em 1947, tendo em vista harmonizar as políticas aduaneiras dos Estados signatários. Está na base da criação da Organização Mundial de Comércio.

⁹ O Acordo TRIPs entrou em vigência em 1º de janeiro de 1995. Trata-se de um dos anexos ao Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio - OMC apenso, por sua vez, à Ata Final que se incorporam os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais. O Acordo inseriu a propriedade intelectual como uma das peças mais importantes do sistema multilaterais de comércio implementado pelo Acordo da OMC. O TRIPs pode ser considerado com um dos três pilares da OMC, juntamente com o regime do comércio de bens, tradicionalmente coberto pelo GATT, e com o novo acordo sobre o comércio de serviços.

valores, idéias e sentidos, e formam a expressão da identidade cultural de povos e comunidades.

A posição defendida pelos franceses com o apoio da Europa ocidental sagrou-se vitoriosa, defendendo a idéia de que o produto cultural é absolutamente distinto dos demais produtos comercializados no mercado internacional, como o aço e algodão. Assim o entendimento francês ficou conhecido como a tese da *exceção cultural*, que afastava a possibilidade de produtos culturais, tais como filmes, canções, livros receberem o mesmo tratamento, ou seja, se submeterem as regras multilaterais de comércio como os demais produtos regulamentados pela OMC.

Porém estes posicionamentos antagônicos continuariam, por muitos anos, a ser enfrentado em outros fóruns internacionais e acordos bilaterais ou regionais, sempre que questões relativas aos bens e serviços das indústrias culturais fossem mencionadas.

Após, reiterados debates sobre a *tese da exceção cultural*, esta acabou sendo paulatinamente superada e substituída por um modelo mais amplo e consensual, qual seja, a diversidade cultural.

O grande avanço da *tese da diversidade cultural* sobre a tese francesa da *exceção cultural* centra-se em afastar toda e qualquer interpretação reducionista, de cunho meramente protecionista, para dar ênfase à interação, ao intercâmbio e a necessidade de trocas interculturais necessárias para o desenvolvimento da diversidade cultural.

2.1. Convenção da Diversidade: tratamento sistêmico com os demais tratados de direito autoral.

A princípio há que se ter claro que a Convenção da Diversidade possui relação estreita com os demais Tratados e Convenções sobre Direitos de Autor e Conexos, de igual forma com as legislações nacionais relativas a estas temáticas.

A percepção da inserção dos Direitos Autorais no campo da cultura é constada pela própria atuação da UNESCO como organismo do

sistema das Nações Unidas encarregado da cultura e responsável, isolada e conjuntamente com outros organismos do sistema das Nações Unidas, dentre os quais a própria OMPI, por vários tratados internacionais relativos aos Direitos Autorais, dentre os quais se destacam:

- (i) a Convenção Universal sobre direito de Autor de 1952, revisada em 1971;
- (ii) a Convenção de Roma de 1961;
- (iii) a Convenção de Genebra para proteção dos produtores de fonogramas contra a reprodução não autorizada de seus fonogramas, de 1971; e,
- (iv) a convenção de Bruxelas sobre a distribuição de sinais portadores de programas transmitidos por satélite, de 1974.

Fica evidente, portanto, que os Direitos Autorais estão inseridos na dimensão cultural, cujo mais recente instrumento normativo é a Convenção da Diversidade, a partir da qual todas as demais convenções internacionais e também as legislações se conectam e interagem.

2.2 A Convenção da Diversidade como instrumento complementar ao sistema internacional de propriedade intelectual.

A partir do entendimento de que bens intelectuais tutelados pelos Direitos Autorais se encontram na base de todas as cadeias econômicas da Cultura e, portanto estão no campo da diversidade criadora, a Convenção da Diversidade deve ser vista necessariamente como um instrumento complementar aos Tratados que versam sobre Direitos Autorais.

Com efeito, se é certo que os direitos patrimoniais do autor têm o bem intelectual como objeto, como ativo econômico, também é certo que tais obras de arte formam a base da economia cultural, constituindo-se – não raras vezes – em motores de seu desenvolvimento.

Assim faz-se imperativo concluir pela complementaridade da Convenção da Diversidade Cultural, na exata medida que tratar de

atividades, bens e serviços culturais¹⁰ as quais em sua maior parte, estão protegidas pelas regras dos Direitos Autorais. Observa-se ainda nesta Convenção uma dupla natureza no tratamento das obras intelectuais, vale dizer: (i) bens intelectuais enquanto ativos econômicos; e, (ii) bens intelectuais enquanto obras de arte portadoras de identidades, valores e significados culturais.

Desta forma a Convenção da Diversidade Cultural complementa os instrumentos jurídicos relativos aos direitos autorais, trazendo para o sistema internacional de proteção da propriedade intelectual este novo entendimento, sobre a dupla natureza das atividades, bens e serviços culturais, que são portadores de valores econômicos e também culturais, e que, como bens portadores desta dupla natureza é que devem ser considerados pelas normas internacionais e nacionais.

A Convenção da Diversidade é taxativa ao dispor em seus princípios sobre a complementaridade dos aspectos econômicos e culturais do desenvolvimento de um Estado, a definir a cultura como *“um dos motores fundamentais do desenvolvimento, os aspectos culturais deste são tão importantes quanto os seus aspectos econômicos, e os indivíduos e povos tem o direito fundamental de dele participarem e se beneficiarem”*.

Cabe destacar que os bens e serviços culturais em virtude de sua dupla natureza, não podem ser considerados como mercadorias ou meros objetos de negociações comerciais. Portanto, não podem as normas de Direito Autoral reduzi-los a meros ativos ou a bens de consumo tutelados pelas regras privadas do Direito.

O bem intelectual enquanto bem cultural não pode ser reduzido a mero produto cultural de exportação das denominadas indústrias criativas, que ditam estratégias de comercialização e distribuição buscando alcançar uma hegemonia cultural.

A expressão indústria cultural foi utilizada pela primeira vez por Adorno e Horkheimer, na obra Dialética do Iluminismo em 1947, para

¹⁰ A Convenção da UNESCO de 2005 sobre Diversidade Cultural veio a definir em seu artigo 4º o entendimento sobre o conceito relativo às atividades, bens e serviços culturais, como sendo aqueles que se referem: às atividades, bens e serviços que, considerados sob o ponto de vista da sua qualidade, uso ou finalidade específica, incorporam ou transmitem expressões culturais, independentemente do valor comercial que possam ter. As atividades culturais podem ser um fim em si mesmas, ou contribuir para a produção de bens e serviços culturais.

distinguir os conceitos de cultura de massa em relação à indústria cultural. A obra aponta que a cultura de massa não surge espontaneamente das concentrações das massas urbanas fruto dos processos de industrialização, mas antes, é estimulada pela indústria cultural e surge a partir demanda induzida por estas indústrias, num movimento de fora para dentro da sociedade, cuja exposição constante de tais conteúdos faz com que estes se tornassem necessários e imprescindíveis para a massa.

As indústrias culturais são definidas pela UNESCO como o setor que conjuga a criação, a produção e a comercialização dos bens e serviços de conteúdo de caráter cultural, que na maioria das vezes estão protegidos pelo Direito Autoral¹¹. Atualmente as indústrias culturais também são conhecidas pela denominação de indústrias criativas, ou ainda, de indústrias de conteúdo. Neste setor se inclui as indústrias cinematográficas, de audiovisual, musical, editorial, de multimídia, de *desing*, de artes cênicas, dentre outras, que incluem, a arquitetura, a manufatura de instrumentos musicais, de publicidade, de informação e o turismo cultural. A característica comum destas atividades centra-se na efetiva produção de expressões culturais que agregam um valor ao produto, tanto para o indivíduo (criador) como para a sociedade, que será seu consumidor final, estimulando a criação de riquezas e de empregos.

A circulação intensa de bens e serviços culturais tornou-se ainda mais expressiva diante das novas tecnologias da informação e da comunicação, que propiciou custos muito mais baixos para a reprodução industrial, além de reduzir os custos de distribuição, multiplicando os meios de recepção e consumo pela sociedade através da INTERNET.

Todavia, a natureza dos produtos culturais é polêmica no contexto das negociações comerciais, como também nas discussões que resultaram na Convenção da Diversidade. Dois seguem sendo os distintos posicionamentos: (i) a visão do produto cultural (bem e serviço), entendido como mercadoria de entretenimento, e; (ii) a visão de que o produto cultural é veículo de valores e instrumento de reconhecimento da identidade cultural de povos e indivíduos.

¹¹ A Convenção da UNESCO de 2005 em seu artigo 4º veio a definir indústrias culturais como aquelas indústrias que produzem e distribuem bens e serviços culturais.

A percepção destes produtos culturais, bem como de seu valor agregado no comércio internacional foram objeto de análise e de imposição de padrões de proteção a partir dos Tratados Comerciais da OMC, que criam regras obrigatórias a serem implementadas pelos Estados-membros.

Com efeito, os Tratados de Livre Comércio da OMC, mais especificamente os que desenvolvem regras de propriedade intelectual (TRIPs) foram concebidos com o intuito de padronizar a proteção internacional da comercialização no mercado global a partir da percepção privada do instituto, sem deixar espaço para a discussão sobre o aspecto público e coletivo da cultura e da diversidade.

A reformulação dos direitos de propriedade intelectual passa necessariamente pela percepção de sua importância para a manutenção das pessoas que participam da criatividade cultural, ou seja, tais direitos devem atuar em benefícios de todos os envolvidos no processo de criação, principalmente daqueles que efetivamente criam, e não somente daqueles que comercializam, promovem e divulgam.

2.3. Convenção da Diversidade e a formulação de políticas públicas destinadas à preservação da diversidade cultural.

A Convenção da Diversidade estabelece em seu artigo 3º¹² que seu campo de aplicação reside principalmente nas *“políticas e medidas adotadas pelas partes relativas à proteção e a promoção da diversidade das expressões culturais”*.

Assim as políticas e as medidas governamentais, segundo a Convenção da Diversidade devem ser conservadas, adotadas e implementadas de maneira soberana pelas Partes.

A Convenção da Diversidade entende por *“políticas e medidas”* aquelas *“relacionadas à cultura, seja no plano local, regional ou internacional, que tenham como foco a cultura como tal, ou cuja finalidade seja exercer efeito direto sobre as expressões culturais de indivíduos, grupos ou*

¹² Artigo 3 - Campo de aplicação - A presente Convenção aplica-se a políticas e medidas adotadas pelas Partes relativas à proteção e promoção da diversidade das expressões culturais.

sociedades, incluindo a criação, produção, difusão e distribuição de atividades, bens e serviços culturais, e o acesso aos mesmos.”

A partir do texto da Convenção da Diversidade se percebe a estreita conexão entre os direitos autorais e os direitos culturais. Isto porque, estando ambos localizados na mesma esfera, implicam que os efeitos normativos do direito autoral nas expressões culturais sejam diretos e imediatos.

É preciso ter-se claro que o Direito Autoral em sua esfera normativa está conectado com as relações de criação, produção, distribuição e fruição das atividades, bens e serviços culturais.

O objetivo do direito autoral é o de estimular a criatividade ao proteger os interesses do autor. Contudo, em muitos Estados, os mercados de bens culturais são dominados por monopólios e/ou oligopólios industriais que concentram as redes de distribuição, exibição pública e demais ramos de comunicação ao público. Assim, os autores, que são os verdadeiros criadores dos bens culturais, para conseguirem a inserção e circulação de suas obras no mercado – não raras vezes – são compelidos a abrir mão de seus direitos autorais em favor de tais monopólios e/ou oligopólios. E isto é o oposto do que dispõe a Convenção da Diversidade.

A interface entre os Direitos Autorais e a Convenção da Diversidade resta indubitável pela própria redação dada em seu artigo 6¹³, que nas medidas adotadas pelos Estados-Partes em âmbito nacional poderão ser incluídas medidas regulatórias de proteção e promoção da diversidade das expressões culturais; medidas que criem oportunidades às atividades, bens e serviços culturais nacionais visando sua criação, produção, difusão, distribuição e fruição; e ainda, medidas destinadas a fornecer às indústrias culturais nacionais independentes e às atividades do setor informal acesso efetivo aos meios de produção, difusão e distribuição das atividades, bens e serviços culturais.

A Convenção da Diversidade vai além no mesmo artigo 6 ao dispor que as partes *“procurarão criar em seu território um ambiente que*

¹³ Artigo 6 - Direitos das Partes no âmbito nacional 7 7 – 1. No marco de suas políticas e medidas culturais, tais como definidas no artigo 4.6, e levando em consideração as circunstâncias e necessidades que lhe são particulares, cada Parte poderá adotar medidas destinadas a proteger e promover a diversidade das expressões culturais em seu território.

encoraje indivíduos e grupos sociais a criar, produzir, difundir e distribuir suas próprias expressões culturais, e a elas ter acesso”.

Foi neste sentido que no Brasil em 2005 houve a revisão da Constituição Federal especificamente no que tange aos direitos culturais previstos em seu artigo 215, através da aprovação da Emenda Constitucional n. 48, que estabeleceu as bases de sistematização das diretrizes a serem elaboradas e pactuadas entre o Estado brasileiro e a sociedade no campo da promoção e do desenvolvimento cultural.

Em 2006 o Governo Federal brasileiro com base na Convenção da Diversidade e na Emenda Constitucional n. 48, submeteu à aprovação no Congresso Nacional o Plano Nacional de Cultura – PNC, tendo como finalidade o planejamento e a implementação de políticas públicas de longo prazo voltadas à proteção e promoção da diversidade cultural brasileira, ainda em tramitação.

A diversidade cultural brasileira vem sendo percebida mediante a promoção de políticas públicas voltadas para à práxis dos serviços e bens artísticos e culturais determinantes para o exercício da cidadania, à expressão simbólica e ao desenvolvimento socioeconômico do Estado brasileiro. Os objetivos inseridos no PNC são: 1. fortalecimento institucional e definição de políticas públicas que assegurem o direito constitucional à cultura; 2. proteção e promoção do patrimônio e da diversidade étnica, artística e cultural; 3. ampliação do acesso à produção e fruição da cultura em todo o território; 4. inserção da cultura em modelos sustentáveis de desenvolvimento socioeconômico; 5. estabelecimento de um sistema público e participativo de gestão, acompanhamento e avaliação das políticas culturais.

Com as diretrizes, objetivos e metas do PNC o Estado brasileiro poderá antecipar políticas públicas visando reverter os indicadores de exclusão cultural no país, conforme dados divulgados pelo Ministério da Cultura em seu anuário de estatísticas culturais de 2009¹⁴.

A principal meta será, portanto, a garantia da capacidade de investimento na diversidade cultural brasileira, cuja falta de planejamento

¹⁴ Cultura em números: Anuário de estatísticas culturais 2009. Brasília : Ministério da Cultura. 2009.

público até então foi e é responsável pelas enormes distorções do acesso ao financiamento cultural privado, praticamente inexistente.

O panorama estatístico e os indicadores culturais apontam um descompasso na fruição cultural brasileira no país e, por conseguinte, numa dificuldade de acesso da população brasileira a sua própria diversidade cultural.

3. A CONVENÇÃO DE VIENA: AS RELAÇÕES DA CONVENÇÃO DA DIVERSIDADE CULTURAL E OUTROS TRATADOS

A Convenção da Diversidade da UNESCO, celebrada em 2005, como visto, interage e complementa matéria relativa à tutela dos Direitos Autorais. Assim, faz-se imperioso analisar as relações desta Convenção sobre a Diversidade Cultural com os demais instrumentos normativos internacionais que versam sobre a propriedade intelectual, mais especificamente sobre os Direitos Autorais. Nesta perspectiva várias questões se apresentam: (i) a primeira questão que se coloca é de saber se a Convenção da Diversidade tem ou não o efeito de modificar regras internacionais de proteção de direitos autorais estabelecidas pela OMPI; (ii) outra questão que se coloca é saber se a partir da relação existente entre a Convenção da Diversidade com os Tratados de Direito Autorais já celebrados pelos Estados-membros da OMPI, em que medida esta sobreposição implicará na modificação de regras internacionais, e; (iii) por fim, saber se um Estado signatário da Convenção da Diversidade terá que modificar o seu marco regulatório nacional de tutela do direito de autor.

Com relação a primeira questão, é fácil concluir que a Convenção da Diversidade possui o mesmo *status* internacional que a Convenção de Berna e de suas atualizações que regulamentam o Direito Autoral. Os efeitos vinculantes aos Estados-Partes são, portanto, idênticos, isto é, suas disposições e sua observância são obrigatórias.

A discussão ganha novos contornos quando se apresenta o problema de se saber se a Convenção da Diversidade terá como efeito modificação das regras internacionais de proteção dos direitos autorais.

Neste particular a própria Convenção da Diversidade Cultural em seus artigos 20 e 21¹⁵ dispôs sobre as relações com outros tratados internacionais.

Pela rápida análise dos artigos 20 observa-se uma ambigüidade. Isto porque, o referido artigo ao tratar de como deve ser a relação da Convenção da Diversidade com demais instrumentos internacionais afirma primeiramente pelo apoio mútuo, de complementariedade e não-subordinação.

Neste sentido está o parágrafo primeiro do artigo 20 a estabelecer que as partes cumprirão de boa fé as obrigações emanadas da Convenção da Diversidade e dos demais tratados de que sejam parte.

Aqui cabe ressaltar que a alínea (a) e (b) do parágrafo primeiro do artigo 20 vem instar aos Estados-partes a fomentar ações de apoio mútuo entre a Convenção da Diversidade e os instrumentos normativos celebrados pela OMPI e OMC. Os Estados-partes signatários devem necessariamente considerar as disposições relevantes da Convenção da Diversidade ao interpretarem e aplicarem os outros tratados dos quais sejam parte, e também na celebração de futuros tratados.

Contudo, no parágrafo 2º do mesmo artigo 20 estabelece, por sua vez, que os direitos e as obrigações assumidas pelos Estados-partes signatários da Convenção da Diversidade, bem como outras obrigações decorrentes dos demais tratados dos quais sejam também signatários, não serão modificados por qualquer interpretação da Convenção da Diversidade. Ou seja, à primeira vista, parece haver uma contradição entre a disposição de, pelo parágrafo primeiro, exigir dos Estados que o texto da Convenção seja

¹⁵ Artigo 20 - Relações com outros instrumentos: apoio mútuo, complementariedade e não-subordinação.

1. As Partes reconhecem que deverão cumprir de boa-fé suas obrigações perante a presente Convenção e todos os demais tratados dos quais sejam parte. Da mesma forma, sem subordinar esta Convenção a qualquer outro tratado:

(a) fomentarão o apoio mútuo entre esta Convenção e os outros tratados dos quais são parte; e
(b) ao interpretarem e aplicarem os outros tratados dos quais são parte ou ao assumirem novas obrigações internacionais, as Partes levarão em conta as disposições relevantes da presente Convenção.

2. Nada na presente Convenção será interpretado como modificando os direitos e obrigações das Partes decorrentes de outros tratados dos quais sejam parte.

Artigo 21 – Consulta e coordenação internacional - As Partes comprometem-se a promover os objetivos e princípios da presente Convenção em outros foros internacionais. Para esse fim, as Partes deverão consultar-se, quando conveniente, tendo em mente os mencionados objetivos e princípios.

utilizado para interpretar tratados antigos e orientar a celebração de novos e, pelo parágrafo segundo, a afirmação de que tais interpretações, ainda que contrárias ao espírito da Convenção da Diversidade, não poderão modificar os tratados já firmados.

Todavia, trata-se de uma ambigüidade apenas aparente. Isto porque, o parágrafo segundo quer significar que a Convenção da Diversidade não poderá ser invocada por um Estado-parte como justificativa para o descumprimento de outras obrigações assumidas por este Estado no âmbito de outros tratados internacionais, restando ao Estado assumir a devida responsabilidade internacional pelo descumprimento da norma internacional que violar, seja esta no âmbito do tratado anterior ou da Convenção da Diversidade, senão de ambos ou de todos.

Importante lembrar que, existindo conflito entre tratados internacionais que versem sobre a mesma matéria, a Convenção de Viena de 1969 estabelece regras para sua solução, em especial em seu artigo 30, desde que, os Estados-parte envolvidos no conflito também sejam signatários desta convenção.

4. A CONVENÇÃO DA DIVERSIDADE E O ACESSO AOS BENS CULTURAIS

A Convenção da Diversidade em relação aos instrumentos normativos de direito autoral possui dois pontos de sobreposição: (i) as questões relativas ao acesso às atividades, bens e serviços culturais, e, (ii) a questão do desenvolvimento de indústrias culturais dinâmicas nos Estados em desenvolvimento.

No que tange ao acesso às atividades, bens e serviços culturais a Convenção estabelece claramente o que denomina de acesso equitativo como um de seus princípios, dispondo no artigo 2.7 que *“o acesso equitativo a uma rica diversidade gama de expressões culturais provenientes de todo mundo e o acesso das culturas aos meios de expressões e difusão constituem importante elementos para a valorização da diversidade cultural e o incentivo ao entendimento mútuo”*.

Desta forma é forçoso admitir que o direito autoral, quando levado ao extremo, poderia representar uma barreira a esse acesso a cultura e ao conhecimento. Isto vem ocorrendo em vários Estados do mundo – sejam esses desenvolvidos ou em desenvolvimento –, que diante das novas tecnologias da informação e da comunicação estabeleceram normas extremamente protecionistas e restritivas ao acesso as expressões culturais difundidas pela Internet.

Neste sentido pode-se citar o caso brasileiro com a adesão ao TRIPs, o governo brasileiro foi compelido a atualizar a legislação nacional sobre Direitos Autorais, e desta forma, em 1998 erigiu a Lei 9.610 que é uma das mais rígidas em todo o cenário internacional sobre a garantia de acesso público a obras protegidas, notadamente no seu artigo 46 ao tratar das limitações.

A questão deve ser bem colocada. Não se trata de promover o acesso irrestrito a expressões culturais de obras protegidas por direitos autorais, sacrificando ou desconsiderando os direitos do autor sobre sua criação, mas sim de se buscar um justo equilíbrio entre a proteção ao autor e o acesso público de suas obras. Para que isto ocorra é necessário analisar as possibilidades existentes nos instrumentos internacionais relativos a matéria, mensurando os espaços públicos existentes e ponderando-os com os interesses privados envolvidos.

Assim ganha importância a utilização de políticas públicas estruturadas e direcionadas para a promoção do acesso aos bens culturais existentes no país, bem como, a implementação de políticas de preservação e fomento da diversidade cultural.

Neste ponto as medidas autorizadas pela Convenção da Diversidade para promoção e acesso são importantes instrumentos, que podem anular eventuais pressões para elevação dos padrões internacionais de proteção, por meio do ACTA, seja por um aditivo ao Acordo TRIPs ou TRIPs Plus, como ocorreu recentemente nos Estados Unidos e na Argentina.¹⁶

¹⁶ Em 2004 Suprema Corte dos Estados Unidos anunciou recentemente a validade jurídica dos 95 anos de proteção de Direitos Autorais estendeu-se a proteção de *copyright* para 95 anos Tudo isso para que personagens como o Mickey Mouse não acabassem no domínio público e a empresa perdesse receita. De fato, Mickey já seria de domínio público em 2004, agora terá proteção elevada e estendida até 2024. Na Argentina em 25 de novembro de 2009, foi

4.1. As Indústrias Culturais, o desenvolvimento sustentável e os direitos autorais.

A relação dos direitos autorais com a expansão das indústrias culturais em todos os Estados desenvolvidos ou em desenvolvimento, é tema merecedor de maior reflexão jurídica, diante da importância sócio-cultural que se reveste em cada Estado na implementação adequada da Convenção da Diversidade Cultural.

Com efeito, já no preâmbulo da Convenção se afirma que a diversidade cultural se constitui em um dos principais motores do desenvolvimento sustentável das comunidades, povos e nações.

Assim a Convenção enfatiza a importância da cultura para a coesão social em geral e seu papel essencial da interação e da criatividade culturais, que nutrem e renovam as expressões culturais, na exata medida que fortalece o papel desempenhado por aqueles que participam no desenvolvimento da cultura que são os verdadeiros criadores.

Igualmente a Convenção veio expressamente reconhecer a importância dos direitos da propriedade intelectual para a manutenção de todas as pessoas que participam da criatividade cultural. Convencida de que as atividades, bens e serviços culturais possuem dupla natureza, tanto econômica quanto cultural, uma vez que são portadores de identidades, valores e significados, a Convenção é categórica ao afirmar que tais valores não podem ser tratados por seu mero valor comercial.

O processo de globalização econômica facilitado pela rápida evolução das tecnologias de comunicação e informação, apesar de proporcionar condições inéditas para que se intensifique a interação entre culturas, constitui também um desafio para a diversidade.

Neste contexto é que a Convenção da Diversidade veio elencar em seu artigo 1º dentre os seus principais objetivos: (i) o de reafirmar a importância do vínculo entre a cultura e o desenvolvimento para todos os países, especialmente para os Estados em desenvolvimento, encorajando as

sancionada pelo Parlamento a ampliação de 50 para 70 do tempo em que os interpretes dos discos se mantêm detentores dos direitos de suas obras.

ações empreendidas no plano nacional e internacional para que se reconheça o autêntico valor desse vínculo; (ii) o fortalecimento da cooperação e a solidariedade internacionais em um espírito de parceria visando, especialmente, para o aprimoramento das capacidades dos Estados em desenvolvimento de protegerem e de promoverem a diversidade das expressões culturais.

Do mesmo modo, em seu artigo 2º aponta, especificamente no que tange a cooperação e complementariedade dos aspectos econômicos e culturais do desenvolvimento sustentável, os seguintes princípios diretores:

- (i) **Princípio da solidariedade e cooperação internacionais:** a cooperação e a solidariedade internacionais devem permitir a todos os Estados, em particular os Estados em desenvolvimento, criarem e fortalecerem os meios necessários a sua expressão cultural – incluindo as indústrias culturais, sejam elas nascentes ou estabelecidas – nos planos local, nacional e internacional.
- (ii) **Princípio da complementaridade dos aspectos econômicos e culturais do desenvolvimento:** sendo a cultura um dos motores fundamentais do desenvolvimento, os aspectos culturais deste são tão importantes quanto os seus aspectos econômicos, e os indivíduos e povos têm o direito fundamental de dele participarem e se beneficiarem;
- (iii) **Princípio do desenvolvimento sustentável:** a diversidade cultural constitui grande riqueza para os indivíduos e as sociedades. A proteção, promoção e manutenção da diversidade cultural é condição essencial para o desenvolvimento sustentável em benefício das gerações atuais e futuras.
- (iv) **Princípio do acesso equitativo:** o acesso equitativo a uma rica e diversificada gama de expressões culturais provenientes de todo o mundo e o acesso das culturas aos meios de expressão e de difusão constituem importantes

elementos para a valorização da diversidade cultural e o incentivo ao entendimento mútuo.

- (v) **Princípio da abertura e do equilíbrio:** ao adotarem medidas para favorecer a diversidade das expressões culturais, os Estados buscarão promover, de modo apropriado, a abertura a outras culturas do mundo e garantir que tais medidas estejam em conformidade com os objetivos perseguidos pela presente Convenção.

Também o artigo 14 da Convenção da Diversidade explicita a preocupação com o fortalecimento das indústrias culturais dos Estados em desenvolvimento, que devem ter capacidade de produção e distribuição de atividades, bens e serviços culturais, bem como uma maior facilidade de acesso ao mercado global e aos circuitos internacionais de distribuição e, principalmente, permitir a emergência de mercados regionais e locais viáveis, pelos seguintes meios, entre outros:

- (i) criando e fortalecendo as capacidades de produção e distribuição culturais nos Estados em desenvolvimento;
- (ii) facilitando um maior acesso de suas atividades, bens e serviços culturais ao mercado global e aos circuitos internacionais de distribuição;
- (iii) permitindo a emergência de mercados regionais e locais viáveis;
- (iv) adotando, sempre que possível, medidas apropriadas nos países desenvolvidos com vistas a facilitar o acesso ao seu território das atividades, bens e serviços culturais dos Estados em desenvolvimento;
- (v) apoiando o trabalho criativo e facilitando, na medida do possível, a mobilidade dos artistas dos Estados em desenvolvimento;
- (vi) encorajando uma apropriada colaboração entre Estados desenvolvidos e em desenvolvimento, em particular nas áreas da música e do cinema.

Portanto, todos esses objetivos e princípios diretores devem ser atingidos pela cooperação internacional e pela adoção de políticas públicas e medidas nacionais, de acordo com as disposições da Convenção da Diversidade.

4.2. Indústrias Culturais dinâmicas e as Políticas Públicas.

As políticas públicas adotadas no Brasil com vistas a proteção das indústrias culturais dinâmicas nacionais em face da hegemonia cultural estrangeira, tem se limitado a uma política de cotas mínimas obrigatórias de exibição de conteúdo nacional. Como exemplo pode-se citar a denominada *cota de tela* criada há três anos pelo Estado brasileiro, a qual dispõe sobre a obrigatoriedade de exibição de obras audiovisuais cinematográficas brasileiras em todas as salas de cinema do território nacional. A *cota de tela* foi recentemente redimensionada pelo Decreto n.7.061, de 30 de dezembro de 2009, por meio do qual os cinemas comerciais brasileiros deverão atender a uma cota mínima de dois filmes brasileiros diferentes e 28 dias de exibição de filmes nacionais durante o ano de 2010. Os dados da Agência Nacional de Cinema – ANCINE revelam que a participação da produção nacional na audiência total das salas no país no ano de 2009 foi de 14,28%, e que em relação a 2008 verificou-se um crescimento de público de 76% nos filmes nacionais¹⁷.

A partir da política pública da *cota de tela* a ANCINE almeja promover a auto-sustentabilidade da indústria cinematográfica brasileira e o aumento da produção, bem como da distribuição e da exibição das obras cinematográficas brasileiras, regulamentando as atividades de fomento e proteção à indústria cinematográfica nacional, podendo ainda, dispor sobre o período de permanência dos títulos brasileiros em exibição em cada complexo em decorrência dos resultados obtidos.

¹⁷ Em relação a 2008, o público de filmes brasileiros em 2009 cresceu 76%. A participação da produção nacional no público total das salas (*market share*) fechou o ano em 14,28%: foram 16.092.482 espectadores, com uma renda total de R\$ 131.936.273, 88. Este foi o melhor desempenho dos últimos cinco anos. Em 2009 foram lançados comercialmente 84 filmes nacionais, sendo 45 de ficção, 38 documentários e uma animação, enquanto os lançamentos estrangeiros foram 235: 144 americanos e 91 de outras nacionalidades. Cf: Ancine – site: <http://www.ancine.gov.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infolid=15605&sid=83>

De igual modo, os resultados influenciarão as medidas de apoio financeiro público e outras medidas similares, a exemplo da criação do Fundo Setorial do Audiovisual - FSA, que disponibilizará em 2010 recursos da ordem de R\$ 81,5 milhões visando a consolidação de um ciclo de crescimento sustentável do setor, para promover o fortalecimento das distribuidoras brasileiras independentes e a presença cada vez maior do produto audiovisual brasileiro nas salas de cinema e na programação da televisão. Visa ainda, o aperfeiçoamento de outros mecanismos de fomento, como a parceria com a iniciativa privada, por meio da isenção tributária, que em 16 de dezembro de 2009, foi enviada ao Congresso Nacional, trata-se da nova Lei Rouanet, cujos principais pontos são: (i) fortalecer o Fundo Nacional de Cultura, que distribuirá recursos por meio de bolsas e prêmios, sem a intermediação das empresas patrocinadoras; (ii) estabelece que as empresas devem aplicar ao menos 20% de recursos próprios nos projetos culturais beneficiados pelo mecanismo de incentivo fiscal; (iii) põe fim a tributação dos projetos incentivados e anistia produtores que vêm sendo autuados pela Receita Federal; e, (iv) amplia o papel da Comissão Nacional de Incentivo à Cultura – CNIC, que passa a formular diretrizes, critérios e prioridades de investimentos.

Contudo, ainda resta por desenvolver medidas que garantem o acesso as demais formas de expressão cultural, não apenas no Brasil, mas em todo o mundo, conforme preconiza o princípio diretor da abertura e do equilíbrio da Convenção da Diversidade.

Toda via, o investimento de indústrias culturais dinâmicas em Estados em desenvolvimento como o Brasil, tem se mostrado ineficazes quando voltados à inserção em mercados culturais oligopolizados, principalmente no tocante a distribuição de atividades, bens e serviços culturais, o que dificulta sobremaneira a emergência de indústrias dinâmicas na maioria dos Estados, bem como o florescimento da diversidade cultural neste setor.

Assim, o objetivo principal da Convenção da Diversidade centra-se em Estados em desenvolvimento e nos menos desenvolvidos as indústrias dinâmicas culturais principalmente no que tange a: (i) criação; (ii) produção; (iii) acesso; (iv) usufruto das expressões culturais veiculadas por

atividades, e; (v) bens e serviços culturais. Ainda que tais objetivos pareçam antagônicos aos usados pela Convenção de Berna de 1886.

Todavia, o sistema internacional de direito autoral deve proteger e tutelar todos estes segmentos das indústrias dinâmicas culturais e desta forma promover um processo de globalização que possibilite o florescimento integral da diversidade cultural existente no mercado cultural global e não apenas seu aspecto financeiro.

4.3. As indústrias culturais dinâmicas e uso das novas tecnologias.

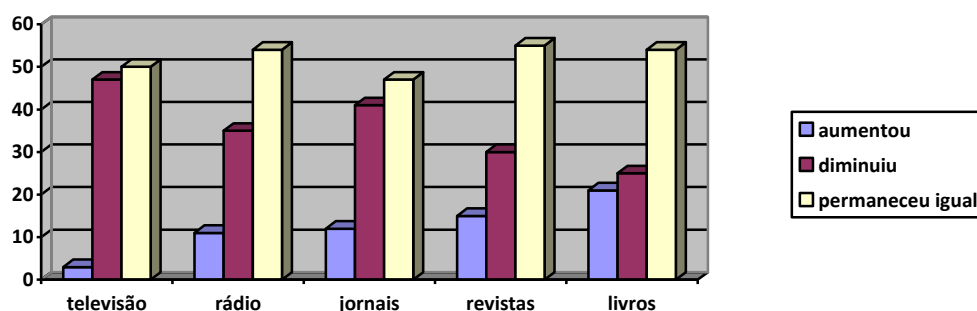
O papel do marco regulatório do direito autoral para a consecução dos objetivos e princípios da Convenção da Diversidade é ainda, mais relevante quando se observa que a influência do uso das novas Tecnologias da Informação e Comunicação – TIC's no processo de globalização. Isto porque, se de um lado, podem promover a difusão e o acesso à diversidade cultural, por outro podem, colocar em risco na manutenção desta mesma diversidade, gerando desequilíbrios entre Estados, mercados e indústrias culturais.

Não há dúvida sobre o risco nos Estados em desenvolvimento ou menos desenvolvidos onde inexistam indústrias culturais dinâmicas, quanto a inserção de conteúdos estrangeiros via INTERNET, o que inibiria as políticas públicas e apoio às indústrias culturais dinâmicas nacionais em programas de inclusão tecnológica.

No Brasil conforme dados do anuário do Ministério da Cultura¹⁸, a demanda por cultura por meio da INTERNET nas capitais brasileiras varia entre o máximo 38% a um mínimo de 22%, sendo que dentre as atividades mais acessadas pelos internautas destacam-se: correio eletrônico com 22%, pesquisas pessoais com 19%, leitura de notícias nacionais com 12%, leitura de notícias internacionais com 10%, música com 8,8%, baixar música MP3 com 8,5%, leitura de jornais com 8,2%, visita a sites de educação com 7,6%, leitura de revistas com 4,5%, e, programas de televisão com 1,4%.

¹⁸ Cultura em números: Anuário de estatísticas culturais 2009. Brasília : Ministério da Cultura. 2009, p. 132 – 133.

O que é importante ressaltar é a percepção do consumo de outras mídias com o início da INTERNET, conforme gráfico abaixo:



Fonte: Anuário de Estatísticas Culturais/2009.

Analisando os dados do gráfico acima pode-se perceber que todas as mídias tradicionais sofreram uma redução significativa do seu impacto no público consumidor a partir do início da INTERNET. Isto remete a conclusão de que, se, por um lado a INTERNET aproxima os meios de informação e cultura do cidadão, pela facilidade e gratuidade do acesso, por outro lado, pode inibir políticas públicas como as cotas de tela e conseqüentemente o fortalecimento de indústrias criativas nacionais, contribuindo para a reprodução dos modelos culturais financiados pelos grandes oligopólios, o que a médio prazo, culminará com a substituição de uma cultura por outra e, por conseguinte, com o empobrecimento da diversidade cultural mundial.

Analisar as relações entre Diversidade Cultural e Direito Autoral na sociedade contemporânea é uma tarefa complexa. A visão linear, na qual a Diversidade Cultural existente numa determinada sociedade é decorrência da criatividade humana que envolvida num rico ambiente cultural estimula a criação de novos bens intelectuais os quais serão tutelados pelo Direito Autoral, num ciclo que se retro-alimentaria, é absolutamente mecanicista e reducionista de uma realidade muito mais complexa, que deixa de explorar e compreender outras implicações que estão presentes na sociedade da informação.

A sociedade da informação é, por isso, complexa, sistêmica e comunicacional. Os antigos mecanismos centralização de

produção, controle e distribuição de bens culturais que eram operados por grandes grupos oligarquizados, representam modelos de negócios que diante da evolução tecnológica e da formação da rede internacional (INTERNET), se tornaram rapidamente inadequados. E, na contemporaneidade, se defrontam com uma nova realidade na qual cada indivíduo, em qualquer lugar do planeta, pode simultaneamente acessar bem intelectuais, que, por sua vez, podem estar sendo produzidos naquele mesmo instante pelas indústrias culturais dinâmicas.

A emancipação humana advinda da liberdade de acesso de bens culturais conquistada nas últimas décadas, por meio da INTERNET, não pode ser restringida ou suprimida em prol da manutenção de modelos de negócios obsoletos diante das novas tecnológicas da informação.

Na Sociedade Informacional¹⁹ as questões relativas a Diversidade Cultural implicam necessariamente em discutir: (i) em primeiro plano, enfrentar a questão da exclusão cultural, em especial no tocante a disponibilidade e acesso à própria Diversidade Cultural o que em um mundo em que parte significativa da população não possui acesso a internet e que vive abaixo da linha da pobreza pode soar demagógico e utópico; e, (ii) num segundo plano, a percepção de que exclusão cultural, a partir da tutela jurídica desacertada ou inadequada para os bens culturais pode induzir a homogeneização de padrões culturais.

Assim, pensar uma nova tutela jurídica para bens intelectuais implica, necessariamente, repensar elementos como:

- (i) o direito fundamental à cultura e a importância da proteção da diversidade cultural para o desenvolvimento da sociedade;

¹⁹ Gostaria de fazer uma distinção analítica entre as noções de Sociedade de Informação e Sociedade Informacional com conseqüências similares para economia da informação e economia informacional. (...) Minha terminologia tenta estabelecer um paralelo com a distinção entre indústria e industrial. Uma sociedade industrial (conceito comum na tradição sociológica) não é apenas uma sociedade em que há indústrias, mas uma sociedade em que as formas sociais e tecnológicas de organização industrial permeiam todas as esferas de atividade, começando com as atividades predominantes localizadas no sistema econômico e na tecnologia militar e alcançando os objetos e hábitos da vida cotidiana. Meu emprego dos termos sociedade informacional e economia informacional tenta uma caracterização mais precisa das transformações atuais, além da sensata observação de que a informação e os conhecimentos são importantes para nossas sociedades. Porém, o conteúdo real de sociedade informacional tem de ser determinado pela observação e análise." CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. vol. I São Paulo : Paz e Terra, 1999, p. 46.

- (ii) os valores éticos inerentes a Diversidade Cultural para o desenvolvimento da sociedade;
- (iii) a tutela jurídica tradicional aplicada pelo Direito internacional aos bens intelectuais dissociada da percepção de bens culturais;
- (iv) a urgência de uma nova reflexão sobre a tutela jurídica dada pelo Direito Autoral diante dos bens culturais desta nova Sociedade Informacional.

Neste sentido a regulação pelo Direito Autoral da demanda por cultura pela INTERNET pode se operar por meio de políticas regulatórias nacionais e de cooperação internacional com vistas a propiciar a criação e o fortalecimento de indústrias culturais dinâmicas, visando a consecução dos objetivos da Convenção da Diversidade num mundo globalizado, mas não a ponto de restringir o acesso e censurar as informações.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O tema direito autoral e direito cultural durante muito tempo foi abordado sob perspectivas distintas e estanques. O primeiro sendo tratado como um direito individual do autor sobre sua criação que se materializava no bem intelectual. O segundo, uma vez percebido com um patrimônio cultural de uma sociedade, teria seu tratamento vinculado a uma natureza coletiva cuja proteção seria atribuída ao Estado.

Estas visões lineares e simplistas se verificam hoje como inadequadas, na medida em que fazem uma abordagem reducionista das questões relativas à tutela dos bens intelectuais, tratando-os como partes isoladas num todo maior que se incorporariam à cultura de uma determinada sociedade. Há um equívoco neste raciocínio, pois a dimensão cultural de uma determinada sociedade é maior do que a soma dos bens intelectuais nela existentes, o todo é maior que a soma das partes.

A riqueza cultural de um Estado é mais do que a soma de seus bens intelectuais, porque, quanto mais diversificados estes forem, maior

será a riqueza de sua diversidade cultural²⁰ e maior será a potencialidade de criação de bens imateriais.

Neste estudo adota-se a metodologia de não se tratar de tutela o direito de autor como uma parte isolada do contexto cultural, nem o direito a cultura como uma totalidade, mas perceber as interdependências existentes para uma proteção sistêmica da diversidade cultural que deve ser objeto, também, quando da tutela do bem intelectual pelo direito autoral.

Assim a diversidade cultural e sua tutela jurídica possuem uma dimensão maior, que vai além:

- (i) é mais do que o estabelecido para o Estado no que tange ao direito a cultura, ou
- (ii) ao direito de exclusivo atribuído ao criador do bem intelectual previsto pelo direito autoral.

A partir do fato insofismável de que, todos os bem intelectuais tutelados pelo direito autoral são igualmente bens culturais, visto que, todos os bens intelectuais possuem a potencialidade de virem a ser integrados ao patrimônio cultural de um povo, de uma nação ou de um Estado como obras de arte que simbolizam e expressam a cultura de uma determinada sociedade, em seu devido tempo e lugar, há que se redimensionar a tutela atribuída ao bem intelectual. Esta dimensão maior implicará inexoravelmente que a proteção jurídica dada ao bem imaterial pelo direito autoral, desde a criação da obra e até a sua difusão, alcance o âmbito cultural; e, em decorrência disto, a depender do tratamento jurídico – se este não for adequado –, ter-se-ão reflexos positivos ou negativos na manutenção e no florescimento de uma diversidade cultural.

Assim, se por um lado é certo que os direitos autorais são independentes dos direitos que regem as coisas corpóreas vinculando o autor a sua obra, igualmente é certo que, eles são compatíveis e acumuláveis com

²⁰ A Convenção da UNESCO de 2005 sobre Diversidade Cultural veio a definir em seu artigo 4º o entendimento sobre o conceito de Diversidade Cultural: "Diversidade cultural refere-se à multiplicidade de formas pelas quais as culturas dos grupos e sociedades encontram sua expressão. Tais expressões são transmitidas entre e dentro dos grupos e sociedades. A diversidade cultural se manifesta não apenas nas variadas formas pelas quais se expressa, se enriquece e se transmite o patrimônio cultural da humanidade mediante a variedade das expressões culturais, mas também através dos diversos modos de criação, produção, difusão, distribuição e fruição das expressões culturais, quaisquer que sejam os meios e tecnologias empregados".

os direitos culturais que envolvem a propriedade sobre bens intelectuais, como também a outros direitos que tenham por objeto a coisa material ao que está incorporada a criação intelectual.

Quer-se com isso significar que a propriedade originária sobre a obra de arte não é a propriedade intelectual. A obra surge pela força criadora do artista que foi constituída através de um duplo diálogo:

- (i) o primeiro é o diálogo coletivo posto que a obra de arte emerge do contexto cultural aonde ela é forjada, nasce da tradição e da cultura que marcam os elos que movem o artista no seu ato de criação;
- (ii) o segundo é o dialogo público, pois a obra de arte é portadora, de mais uma ambivalência, na medida em que ela não se esgota em si, não foi feita para se auto consumir, mas para o público a que ela se destina.

Por isso, não se pode colocar o direito autoral acima dos demais direitos de acesso, de educação, de cultura, de informação dentre outros, que tenham por objeto a tutela da propriedade originária sobre o bem no qual está incorporada a criação intelectual.

A criação intelectual não é ato hermético que se encerra entre o criador e sua obra. A obra intelectual não surge nem se exaure para satisfazer um capricho de seu criador, mas antes de tudo é feita para comunicação. A obra de arte é feita para estabelecer um diálogo entre o artista e seu público.

A criação da obra de arte resultante do processo dinâmico criador, envolve dupla dimensão: pública e privada. De tal modo e a tal ponto que: (i) ela será privada pelo esforço de criação da obra realizada pelo autor, que terá atribuída a titularidade dos direitos autorais, (ii) ela será pública no que tange ao seu valor e significado que será maior, quanto mais a obra for apreendida, reconhecida e integrada ao universo cultural coletivo de um grupo, povo ou sociedade.

Portanto a tutela do bem intelectual deve perceber que o seu acesso e difusão não são apenas elementos extrínsecos perceptíveis após a criação da obra intelectual quanto esta é comercializada, mas também, e principalmente, como elemento intrínseco da própria criação, pois Mozart não

compôs suas sinfonias para seu deleite pessoal, ou ainda, Camões não escreveu os *Luziadas* para sua própria leitura.

A criação não é um ato dissociado do contexto sócio-cultural da qual emerge, mas sim parte integrante deste, assim é que, a pintura do quadro *Guernica* por Pablo Picasso representa, muito mais do que os sentimentos de um pintor, mas vai além, alcança e interage com o imaginário coletivo de todo um povo. Picasso não pintou *Guernica* para expressar apenas seus sentimentos, mas também para traduzir um anseio maior de uma sociedade.

A percepção destas dimensões da obra intelectual é de fundamental importância para que se pense sua adequada tutela, para que se busque um equilíbrio de interesses públicos e privados, para que se balizem os direitos exclusivos do autor e os direitos de acesso aos bens culturais.

É preciso ter-se claro que, desde sua concepção, a obra de arte é feita para ser apresentada e disponibilizada ao público, é deste diálogo entre autor e sociedade que reside a essência da exteriorização do bem intelectual.

Com efeito, o bem intelectual é concebido para ser apreciado, compartilhado e utilizado pela sociedade. O engenheiro que projeta uma ponte ou o arquiteto que projeta um prédio não poderá impedir que terceiros a fotografem para estudos, e a partir deles, criem outras soluções outras obras que formarão distintos conjuntos arquitetônicos de uma cidade ou de regiões, ou ainda, que se façam registros históricos para estudos de outras áreas, como economia, sociologia, antropologia, dentre outras.

Assim é que se percebe a necessidade de um tratamento jurídico sistêmico que deve operar nas relações entre os direitos autorais, os direitos culturais e a diversidade cultural.

Uma abordagem sistêmica é uma tarefa complexa, que passa muito mais além da simples argumentação de que a diversidade cultural se alimenta da criatividade dos artistas, que por sua vez é estimulada e regulada pelos Direitos Autorais.

Esta linha de pensamento é reducionista deixando de perceber, e, portanto, de analisar todas as conseqüências que o Direito Autoral

provoca na diversidade cultural, e ao revés a importância de uma rica diversidade cultural para o estímulo à criação e à inovação.

REFERENCIAS

Acordo Relativo aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (ADPIC) - Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs)

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. vol. I São Paulo : Paz e Terra, 1999.

Convenção de Berna - 1886

Convenção da Diversidade Cultural – UNESCO - 2005

Cultura em números: Anuário de estatísticas culturais 2009. Brasília : Ministério da Cultura. 2009.

Sites:

www.ancine.gov.br

www.cultura.gov.br

www.inpi.gov.br

www.wipo.int