

# ESTUDOS DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

ANAIIS DO VIII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

ISSN: 2178-745X



## **CORDENADORES:**

**MARCOS WACHOWICZ**

**MÁRCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO**

**SÉRGIO SAID STAUT JR.**

**JOSÉ AUGUSTO FONTOURA COSTA**



# **ESTUDOS DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO**

## **Anais do VIII Congresso de Direito de Autor e Interesse Público**

### **Workshop dos Grupos de Estudo**

Data: 27 e 28 de Outubro, 2014

Local: Universidade Federal do Paraná – UFPR  
Curitiba, PR

### **Coordenadores**

Marcos Wachowicz (UFPR), Marcia Carla Pereira Ribeiro (UFPR),  
Sérgio Staut Jr (UFPR) e José Augusto Fontoura Costa (USP)



## **GEDAI**

As publicações do **GEDAI/UFPR** são espaços de criação e compartilhamento coletivo. Fácil acesso às obras. Possibilidade de publicação de pesquisas acadêmicas. Formação de uma rede de cooperação acadêmica na área de Propriedade Intelectual.

### **Conselho Editorial**

*Allan Rocha de Souza – UFRRJ/UFRRJ*

*Carla Eugenia Caldas Barros – UFS*

*Carlos A. P. de Souza – CTS/FGV/Rio*

*Carol Proner – UniBrasil*

*Dario Moura Vicente – Univ.Lisboa/Portugal*

*Denis Borges Barbosa – IBPI/Brasil*

*Francisco Humberto Cunha Filho – Unifor*

*Guilherme P. Moreno – Univ.Valência/Espanha*

*José Augusto Fontoura Costa – USP*

*José de Oliveira Ascensão – Univ. Lisboa/Portugal*

*J. P. F. Remédio Marques – Univ.Coimbra/Port.l*

*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 – UFPR*

*Sérgio Staut Júnior – UFPR*

*Valentina Delich – Flacso/Argentina*



Endereço:

UFPR – SCJ – GEDAI

Praça Santos Andrade, n. 50

CEP: 80020-300 - Curitiba – PR

E-mail: [gedai.ufpr@gmail.com](mailto:gedai.ufpr@gmail.com)

Site: [www.gedai.com.br](http://www.gedai.com.br)

**GEDAI/UFPR**

**- PREFIXO EDITORIAL 67141 –**

Capa (imagem)	Ruy Figueiredo de Almeida Barros
Capa (diagramação)	Ruy Figueiredo de Almeida Barros
Diagramação	Marcos Wachowicz Ruy Figueiredo de Almeida Barros
Revisão	Laura Rotunno Luciana Bitencourt Ruy Figueiredo de Almeida Barros Heloisa Medeiros  Ana Luiza dos Santos Rocha
Endereço	Universidade Federal do Paraná - UFPR Faculdade de Direito Praça Santos Andrade, n, 50 CEP. 80020 300 Curitiba - Paraná Fone:(55) 41 33102750 / 41 3310 2688 E-mail: gedai.ufpr@gmail.com

Site: [www.gedai.com.br](http://www.gedai.com.br)

Esta obra é distribuída por meio da Licença

**CreativeCommons 3.0**

**Atribuição/Usó Não-Comercial/Vedada a Criação de Obras Derivadas / 3.0 /**

**Brasil**



Anais do VIII Congresso de Direito de Autor e Interesse Público  
(2014: Curitiba, PR)

Coordenadores: Marcos Wachowicz, Marcia Carla Pereira Ribeiro,  
Sérgio Staut Jr e José Augusto Fontoura Costa

**EDIÇÃO EM FORMATO IMPRESSO E DIGITAL**

Disponível em: [www.gedai.com.br](http://www.gedai.com.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

## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO..... 11

### PARTE I – EIXO TEMÁTICO

#### OS DIREITOS CULTURAIS E A REGULAMENTAÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS

**A EFETIVAÇÃO DO DIREITO DE ACESSO E AS LIMITAÇÕES DOS DIREITOS DO AUTOR:** o caso da restrição à reprodução de conteúdo digitais imposta pelas tecnologias de veículos de comunicação  
*Marcos Wachowicz e Rodrigo Otávio Cruz e Silva* ..... 17

#### **DIREITOS AUTORAIS, CRIATIVIDADE E LIBERDADES NA CIBERCULTURA**

*Alexandre Henrique Tavares Saldanha* ..... 35

#### **INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA FUNÇÃO SOCIAL NOS CONTRATOS DE DIREITOS AUTORAIS**

*Alexandre de Serpa Pinto Fairbanks* ..... 42

**EMPREENDEDORISMO CRIATIVO EM SÃO LUÍS:** as práticas do reggae e suas relações entre mercado, inclusão e políticas culturais  
*Amanda Madureira e Cassius Guimarães Chai* ..... 49

#### **PATRIMÔNIO CULTURAL AMBIENTAL E DIREITOS AUTORAIS: INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO DA CULTURA.**

*Carolina Medeiros Bahia e Fabio Fernandes Maia* ..... 61

**O AMBIENTE INSTITUCIONAL E AS ESTRUTURAS DE GOVERNANCE NA GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS AUTORAIS NO BRASIL.***Daniel Campello Queiroz* ..... 69

#### **PARADOXO DO DIREITO DE AUTOR NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

*Eduardo José dos S. de Ferreira Gomes*..... 78

**AS LIMITAÇÕES NO DIREITO NORTE-AMERICANO E A INAPLICABILIDADE DO FAIR USE AO CONTEXTO BRASILEIRO**

*Eduardo Magrani*..... 95

<b>A TÊNUE FRONTEIRA ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO À INTIMIDADE NAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS</b> <i>Eduardo Peres Pereira</i> .....	106
<b>OBRA DE TRADUÇÃO E DIREITO À NOMINAÇÃO DO TRADUTOR</b> <i>Ernesta Perri Ganzo Fernandez</i> .....	113
<b>OS DIREITOS CULTURAIS E A REGULAMENTAÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS.</b> <i>Fernanda Magalhães Marcial</i> .....	119
<b>O DIREITO AUTORAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA INCOMUNICABILIDADE DOS PROVENTOS DO TRABALHO PESSOAL DE CADA CÔNJUGE.</b> <i>Francisco Narcelio Ribeiro</i> .....	126
<b>ECAD E INTERESSE PÚBLICO: as modificações recentes na regulamentação sobre gestão coletiva</b> <i>Guilherme Coutinho Silva</i> .....	134
<b>USOS TRANSFORMATIVOS NA OBRA AUDIOVISUAL DOCUMENTAL: entre a liberdade de expressão cultural e a proteção dos direitos autorais</b> <i>Joana Campinho Rabello Corte Real Delgado</i> .....	141
<b>OS DIREITOS AUTORAIS COMO LIMITADOR DO DIREITO À CULTURA</b> <i>Lívia Marica Santana de Souza</i> .....	149
<b>A RECRIAÇÃO DE ORGANISMO FISCALIZADOR DO ECAD EM SUBSTITUIÇÃO AO CNDA. CONFLITO NA CÂMARA SETORIAL DE MÚSICA DO MINC, 2005</b> <i>Manoel J. de Souza Neto</i> .....	154
<b>DIREITOS CULTURAIS E INTERESSE PÚBLICO: uma análise dos marcos legais da economia criativa a partir do caso da rede fitovida</b> <i>Maio Pragmácio, Luã Fergus e Anderson Moreira</i> .....	162
<b>CONSIDERAÇÕES SOBRE O SOFTWARE SUA IMPORTÂNCIA E ABRANGÊNCIA A LUZ DA JURISPRUDÊNCIA, DOCTRINA E DO TEXTO LEGAL NACIONAL</b> <i>Mateus Bernardes da Silva</i> .....	170

**CONSERVAÇÃO DE CONTEÚDOS DA INTERNET POR “WEB ARCHIVING”:** por um marco regulatório à bibliotecas digitais na preservação do patrimônio cultural  
*Rangel Oliveira Trindade e Diego Schmitz Hainzenreder*..... 178

**TUTELA JURÍDICA DOS DIREITOS INTELECTUAIS COLETIVOS DE POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS:** intersecções e limites entre propriedade intelectual e patrimônio cultural imaterial  
*Rodrigo Vieira Costa* ..... 185

**DIREITO DE AUTOR E ACESSO À CULTURA:** análise de alternativas para a conciliação da colisão de direitos fundamentais  
*Ruy Figueiredo de Almeida Barros*..... 191

**FOTOGRAFIA E AUTORIA:** o caso da *selfie* do macaco indonésio.  
*Sarah Link*..... 197

**A SELFIE DO MACACO:** autoria e fotografia na contemporaneidade.  
*Walter Guandalini Junior e Rui Carlos Sloboda Bittencourt* ..... 206

## PARTE II - EIXO TEMÁTICO

### FRONTEIRAS ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO NA SOCIEDADE INFORMACIONAL

**PELO DIREITO DE SER DIFERENTE:** políticas culturais para a capoeira a partir do diálogo de saberes com mestres de capoeira.  
*Alice Pires de Lacerda*..... 216

**O DIREITO DE AUTOR NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO:** uma análise acerca de sua função social diante do *copyright* e *copyleft* e outras licenças.  
*Alice Wisniewski e Yuri Bolezina* ..... 224

**O SISTEMA DE TUTELA DO SOFTWARE COMO VETOR À MAIOR INOVAÇÃO E INCENTIVO À LIVRE CONCORRÊNCIA.**  
*Antônio Luiz Costa Gouvea* ..... 230

**A COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE A PROTEÇÃO DAS OBRAS LITERÁRIAS E AS BIBLIOTECAS DIGITAIS COMO GARANTIA DO**

**DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO**

*Bárbara Michele Morais Kunde e Luiz Gonzaga Silva Adolfo* ..... 234

**O INSTITUTO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL EM FACE DAS POSSIBILIDADES TRAZIDAS PELA IMPRESSÃO 3D**

*Bruna Castanheira de Freitas*..... 240

**O CONFLITO DE INTERESSES E OS BENEFÍCIOS PARTICULARES ENTRE OS DIREITOS DE PROPRIETÁRIO DE BEM IMÓVEL E OS DIREITOS AUTORAIS ARQUITETÔNICOS**

*Charllinne Sgoda e Martinho Martins Botelho*..... 245

**DIREITO EMPRESARIAL VS DIREITOS HUMANOS: notas sobre a função social da propriedade intelectual**

*Fernanda Busanello Ferreira*..... 251

**A UTILIZAÇÃO DO FAIR USE NO BRASIL A PARTIR DE UMA LEITURA FUNCIONALIZADA DO SISTEMA LEGISLATIVO BRASILEIRO**

*Grace Kellen de Freitas Pellegrinni e Michele Braun*..... 253

**A SOBREPOSIÇÃO DE DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL NA SOCIEDADE INFORMACIONAL: direito de autor e patente na proteção do software.**

*Heloisa Gomes Medeiros* ..... 257

**REDES SOCIAIS DIGITAIS E O DIREITO DE AUTOR: desafios e perspectivas**

*Jorge Renato dos Reis e Monique Pereira* ..... 264

**A ENGENHARIA REVERSA DE PROGRAMAS DE COMPUTADOR NO BRASIL. uma análise a respeito da sua viabilidade legal.**

*Luca Schirru*..... 269

**DISPOSITIVOS TECNOLÓGICOS DE PROTECÇÃO, INFORMAÇÕES PARA A GESTÃO ELECTRÓNICA DE DIREITOS E UTILIZAÇÕES LIVRES NO DIREITO PORTUGUÊS: UM DESIQUILÍBRIO PARADOXAL EM DESFAVOR DOS UTILIZADORES**

*Maria Victória Rocha* ..... 276

**A GOVERNANÇA DOS COMUNS – entre o público e o privado**

*Patricia Carvalho da Rocha Porto* ..... 298

**OS CONFLITOS NA GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS AUTORAIS NO BRASIL:** a construção social de um sistema a partir de categorias jurídicas

*Pedro Augusto Pereira Francisco e Mariana Giorgetti Valente.....* 305

**A MUDANÇA DO SISTEMA DE PROPRIEDADE INTELECTUAL PARA UMA PERSPECTIVA DE MERCADO E A MUDANÇA DO PERFIL DOS PATROCINADORES CULTURAIS:** o início de um debate

*Pedro Paulo de Toledo Gangemi.....* 313

**JULGADOS NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ENVOLVENDO O USO IRREGULAR/ILÍCITO DE PROGRAMAS DE COMPUTADOR.**

*Rafael Delgado Malheiros Barbosa das Chagas .....* 318

**AUTORIAS NA PRODUÇÃO DE CONTEÚDO:** o estudo de caso do programa senai de educação a distância ps-ead

*Regina Machado Araujo Cardozo.....* 321

**DEMOCRACIA EM REDE:** o cidadão net-ativista e o marco civil brasileiro

*Thami Covatti Piaia e Bárbara DeCezaro.....* 328

**DIREITO AUTORAL E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS MANIFESTAÇÕES POPULARES TRADICIONAIS:** limites, proteção, difusão da cultura tradicional

*Thiago Anastácio Carcara e Vitor Melo Studart.....* 335

**RETALIAÇÃO CRUZADA EM PROPRIEDADE INTELECTUAL:** alternativa aos países em desenvolvimento para a solução de disputas na organização mundial do comércio

*Vitor Augusto Wagner Kist.....* 343

**POLÍTICAS INSTITUCIONAIS DE ACESSO ABERTO AO CONHECIMENTO, INFORMAÇÃO E MATERIAL CIENTÍFICO**

*Wemerton Monteiro Souza.....* 347

**INFORMAÇÕES SOBRE O GEDAI.....** 352

## APRESENTAÇÃO

O **VIII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO (VIII CODAIP)** tem como objetivo principal discutir, ampliar e difundir os estudos da Propriedade Intelectual nas dimensões público e privadas do instituto, no ano de 2014 **sua temática central foi a INCLUSÃO TECNOLÓGICA e CULTURAL: Movimentos rumos à sociedade democrática do conhecimento.**

O VIII CODAIP tem como a finalidade principal discutir, ampliar e difundir o estudo da propriedade intelectual fomentando o debate entre os diversos setores da academia, profissional e artístico na seara dos Direitos Autorais e Culturais sobre a necessidade da reforma da lei autoral dentro do contexto cultural e tecnológico da sociedade brasileira.

Os Anais do VIII CODAIP representam o esforço de uma construção coletiva dos diversos grupos de pesquisa do país e do exterior, que apresentaram suas teses e questionamento para debate nos **WORKSHOPS DOS GRUPOS DE PESQUISA**, envolvendo toda a comunidade acadêmica que se dedica ao estudo desta área do direito, comparando experiências e reflexões sobre temas de interesses comuns, ampliando o intercâmbio de pesquisadores e juristas, bem como, militantes brasileiros e de outras nacionalidades que atuam nesta área da ciência jurídica.

**Nos Anais do VIII CODAIP aglutina os trabalhos dos grupos de pesquisa nacionais e estrangeiros, aos quais ao nominarmos desde já agradecemos a participação:**

- Centro de Tecnologia e Sociedade – CTS/FGV DIREITO RIO
- Comissão Estadual de Direito Eletrônico e Crimes de Alta Tecnologia da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB/SP
- Grupo de Estudo da Faculdade Tecnologia SENAI CIMATEC – Salvador/Bahia
- Grupo de Estudo da Universidade Federal de Goiás – UFG

- Grupo de Estudo de Direito de Autor no constitucionalismo contemporâneo Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC
- Grupo de estudo do Centro Universitário – UNINTER
- Grupo de Estudos da Escola de Direito da Católica Porto/PORTUGAL
- Grupo de Estudos da Pontifícia Universidade Católica de Goiás – PUCG
- Grupo de Estudos da Universidade Católica de Salvador – UCSAL
- Grupo de Estudos da Universidade Federal da Bahia – UFBA
- Grupo de Estudos da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – campus de Santo Ângelo/RS.
- Grupo de Estudos das Faculdades Integradas Santa Cruz
- Grupo de Estudos de Direito Ambiental na sociedade de Risco da Universidade Federal de Santa Catarina – GPDA /UFSC
- Grupo de Estudos de Direito Culturais da Universidade de Fortaleza – UNIFOR
- Grupo de Estudos de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC
- Grupo de Estudos de Direito de Autor e Industrial da Universidade Federal do Paraná – GEDAI/UFPR
- Grupo de estudos de Direitos autorais, criatividade e liberdades na Cibercultura da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE
- Grupo de Estudos do NEDAC - PPED/UFRJ
- Grupo de Estudos em Cultura e Sociedade da Universidade Federal da Bahia – UFBA
- Grupo de Estudos Intersecções Jurídicas entre o público e o privado Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC

- Grupo de Pesquisa GPCult da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro UFRRJ/ITR
- Instituto de Economia – Universidade Federal do Rio de Janeiro (IE-UFRJ)
- Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito, Artes e Políticas Culturais da Universidade Federal do Rio de Janeiro – NEDAC/UFRJ
- Núcleo de Pesquisa Direito, História e Subjetividade da Universidade Federal do Paraná – UFPR
- Núcleo de Pesquisa em Direito Civil e Constituição das Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil
- Observatório de Economia Criativa - Rio de Janeiro (MinC/UFF/IACS)
- Programa de Políticas Públicas e Desenvolvimento da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ

O **Workshop dos Grupos de Pesquisa** com a apresentação oral dos trabalhos alcança seu objetivo principal ao propiciar o intercâmbio de informações e a reflexão sobre os temas relacionados à propriedade intelectual dentro da sociedade contemporânea. Por essa razão, o evento **foi estruturado a partir dos seguintes eixos temáticos:**

(i) **FRONTEIRAS ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO NA SOCIEDADE INFORMACIONAL:** novos instrumentos de desenvolvimento e inclusão social;

(ii) **OS DIREITOS CULTURAIS E A REGULAMENTAÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS:** reflexões sócio-culturais sobre os instrumentos de regulamentação da propriedade intelectual.

Por esta razão, a presente publicação se encontra dividida em duas partes que espelham estes dois eixos temáticos supra mencionados.

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, acreditamos que o Direito Autoral deve estimular a difusão do conhecimento e, nessa perspectiva, repensar os mecanismos jurídicos adequados para sua efetiva tutela é um desafio na Sociedade da Informação.

O **VIII CODAIP** promovido pelo o **Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDAI/UFPR)** em parceria com a **Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR** com apoio do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGD/UFPR e da Coordenação de Aperfeiçoamento do Pessoal de Ensino Superior – CAPES.

Com o lançamento desta obra o **GEDAI/UFPR** 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.

A todos o nosso muito obrigado!

#### **Coordenação Científica:**

Prof. Dr. **Marcos Wachowicz** – GEDAI/UFPR

Prof. Dr. **Marcia Carla Pereira Ribeiro** –  
UFPR/PUCPR

Prof. Dr. **José Augusto Fontoura Costa** -USP/UniSantos

Prof. Dr. **Sérgio Staut Júnior** – UFPR

**VII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE  
PÚBLICO**  
**WORKSHOP DOS GRUPOS DE ESTUDOS**  
**ANAIS DO VII CODAIP**

Realização:



Universidade Federal do Paraná (UFPR)



Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDAI/UFPR)

Apoio:



Ministério da  
**Cultura**



**PARTE I**  
**EIXO TEMÁTICO:**

**Os direitos culturais e  
a regulamentação dos direitos autorais**

## **A EFETIVAÇÃO DO DIREITO DE ACESSO E AS LIMITAÇÕES DOS DIREITOS DO AUTOR: o caso da restrição à reprodução de conteúdos digitais imposta pelas tecnologias de veículos de comunicação.**

*Marcos Wachowicz<sup>1</sup>*

*Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial GEDAI – UFPR*

*Rodrigo Otávio Cruz e Silva<sup>2</sup>*

*Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial GEDAI – UFPR*

**RESUMO:** Na perspectiva da sociedade informacional com a difusão das Tecnologias da Informação e Comunicação, em consonância com o espírito colaborativo da sociedade em rede, observa-se cada vez mais a necessidade de garantir o amplo acesso à cultura, à informação e ao conhecimento. Nessa nova realidade social da vida informacional um grande volume de conteúdos encontra-se disponível numa dimensão jamais vista na história da humanidade. E nesse ponto o trabalho pretende analisar o direito fundamental de acesso, reafirmado pelas limitações dos direitos de autor, e a sua relação com a proteção dos direitos do autor representados pelas novas tecnologias implementadas pelas indústrias de conteúdo. Para tanto, analisar-se-á a conformação jurídica das novas tecnologias desenvolvidas pelos veículos de comunicação destinadas a restringir a reprodução de conteúdos digitais, o que tende a

---

1 Professor de Direito no Curso de Graduação da Universidade Federal do Paraná - UFPR e docente no Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD da Universidade Federal do Paraná - UFPR. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná-UFPR. Mestre em Direito pela Universidade Clássica de Lisboa - Portugal. É o atual Coordenador-líder do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial – GEDAI, vinculado ao CNPq.

2 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Professor de Direito Empresarial e Constitucional. Pesquisador do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial (GEDAI-UFPR). Advogado. Email: rodrigoocs@hotmail.com.

representar o retorno a um passado recente pensado para o mundo do analógico e da restrição de bens materiais.

**PALAVRAS-CHAVE:** ACESSO À CULTURA. DIREITOS AUTORAIS. LIMITAÇÕES. TICS.

## INTRODUÇÃO

A evolução que concebeu a sociedade atual pode ser percebida a partir da sociedade industrial, pautada no modelo da ordem liberal burguesa, sob a égide do individualismo e do patrimonialismo em que a produção de bens centrava-se na escassez material de insumos naturais não-renováveis, evoluindo para o paradigma da sociedade informacional, fortemente influenciada pela revolução das tecnologias da informação, em que o fluxo e o acesso a conteúdo e bens intelectuais atingiram uma realidade nunca vista. Com o novo paradigma social, o conhecimento – e, depois dele, a criatividade – passou a elemento central da sociedade e da economia.

A partir dessa relação entre a evolução social e econômica observa-se o surgimento de elementos próprios de conceberam uma nova economia, a Economia Criativa, em que o elemento central passa a ser a criação intelectual, fruto criatividade humana, por isso pautada no simbólico, na abertura, na diversidade e no livre acesso à cultura e ao conhecimento para a produção de bens e serviços imateriais criativos com valor econômico.

Na concepção da sociedade informacional, apesar do direito de acesso – à cultura, à informação e ao conhecimento – apresentar-se como um direito fundamental, pois relacionado com o desenvolvimento social, econômico e humano, os movimentos das indústrias de conteúdos têm reafirmado cada vez mais a restrição ao acesso, ao insistir na defesa de padrões pensados para o modelo industrial, para a realidade do analógico, de uma economia de restrição de bens materiais não renováveis. Defesa essa incompatível com a concepção da vida informacional e da nova economia, que impõe a construção de

novos modelos de negócio hábeis a harmonizar interesses público e privados.

É nesse sentido, a partir do direito de acesso e das limitações do direito de autor na Lei dos Direitos Autorais (Lei 9.610/1998, LDA), que o presente trabalho pretende analisar a recentes tecnologias digitais desenvolvidas por alguns veículos nacionais de comunicação para restringir a reprodução de conteúdos acessíveis em seus endereços eletrônicos para o público em geral.

### O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À CULTURA

A evolução da humanidade está relacionada com o desenvolvimento da cultura que de geração em geração foi transmitida e enriquecida por novos conhecimentos e valores humanos. Nesse sentido, é possível ver a cultura como “parte constitutiva da natureza humana, já que sua característica psicológica se dá através da internalização dos modos historicamente determinados e culturalmente organizados de operar com informações”<sup>3</sup>.

Portanto, a evolução do ser humano sempre esteve e estará ligada à cultura, ou melhor, ao seu acesso e apropriação, por responder pela formação do caráter e dos valores existentes em cada pessoa, não sendo exagero afirmar que um indivíduo desprovido de cultura tem ofendida a sua própria dignidade<sup>4</sup>.

Assim, o desenvolvimento intelectual digno do indivíduo, dentro da ideia do mínimo existencial, assim depende do acesso aos diversos elementos culturais produzidos pela sociedade somada à interação com as demais pessoas. Esse desenvolvimento, influenciado pelo grau de abertura da

---

<sup>3</sup> REGO, Teresa Cristina. *Vygotsky: uma perspectiva histórico-cultural da educação*. 19 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. p. 42.

<sup>4</sup> “(...) as características tipicamente humanas não estão presentes desde o nascimento do indivíduo, nem são mero resultado das pressões do meio externo. Elas resultam da interação dialética do homem e seu meio sócio-cultural. Ao mesmo tempo em que o ser humano transforma o seu meio para atender suas necessidades básicas, transforma-se a si mesmo. Em outras palavras, quando o homem modifica o ambiente através de seu próprio comportamento, essa mesma modificação vai influenciar seu comportamento futuro”. (REGO, Teresa Cristina. *Vygotsky: uma perspectiva histórico-cultural da educação*. 19 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. p. 421).

criatividade e pela diversidade cultural do meio, responde pelo progresso e pela inclusão do indivíduo, relacionando, desta forma, liberdade e riqueza cultural como elementos para o progresso humano<sup>5</sup>.

A identidade de um povo está na sua cultura, uma nação sem cultura é anônima, daí a importância da preservação do patrimônio cultural e de seu acesso em benefício da formação da identidade pessoal e coletiva.

A Constituição Federal de 1988 dedicou atenção especial ao direito de acesso à cultura e à proteção do patrimônio cultural brasileiro. Apesar do acesso à cultura não constar expressamente como um direito fundamental, é manifesta tal consideração quando relacionado ao desenvolvimento humano, à inclusão social e produtiva e ao exercício da cidadania. A partir da leitura da Constituição verifica-se que no Título VIII, “Da Ordem Social”, foi reservada uma seção “Da Cultura” que coloca ao Estado um dever positivo de garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, conferindo ainda ao Poder Público o dever de proteger todo tipo de manifestação cultural legitimamente tupiniquim (art. 215).

No que toca a ordem constitucional da cultura, José Afonso da Silva elucida a importância conferida pela Constituição à cultura, pois:

“(…), deu relevante importância à *cultura*, tomado esse termo em sentido abrangente da formação educacional do povo, expressões criadoras da pessoa e das projeções do espírito humano materializadas em suportes expressivos, portadores de referências à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, que se exprimem por vários dos seus artigos (5º, IX, 23, III a V, 24, VII a IX, 30, IX E 205 a 217), formando aquilo que se denomina *ordem constitucional da cultura*, ou *constituição cultural*, constituída pelo conjunto de normas

---

<sup>5</sup> “O indivíduo nunca é bruto ou ignorante por sua vontade, e sim como vítima de uma fatalidade: liberto da obsessão pela própria subsistência, poderá atingir alturas insuspeitadas, é a crisálida que contém dentro de si todos os elementos que irão dar-lhes as asas que a transformarão em borboleta”. (CHAVES, Antônio. *Direito de autor*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 18).

que contêm referências culturais e disposições consubstanciadoras dos direitos sociais relativos à educação e à cultura”<sup>6</sup>.

Segundo o entendimento do autor, a concepção de cultura pode abranger direitos sociais relativos à educação, ao lazer, ao desporto, à ciência e tecnologia, à comunicação social e ao meio ambiente. Razão pela qual o ordenamento jurídico nacional confere importância a cada um desses direitos compreendidos dentro de uma ordem constitucional da cultura, no compromisso de preservar e propagar toda a identidade e historicidade do povo brasileiro.

É nesse sentido que se faz perceptível o reconhecimento do constituinte do peso social de garantir aos indivíduos o acesso à cultura. Trata-se de um direito de fundamental importância para o desenvolvimento humano, social e econômico do país, pois é visto a partir de valores que tutelam a cultura, a educação, a ciência e o progresso humano<sup>7</sup>.

Por isso a efetivação do direito de acesso à cultura contribui para o desenvolvimento humano e social e para formar um ambiente de abertura e diversidade favorável ao surgimento de novas criatividades, que, por sua vez, tendem a permitir que novas riquezas sejam geradas em prol do desenvolvimento.

## LIMITES À PROTEÇÃO JURÍDICA DO AUTOR

O objeto dos direitos autorais presente na vida social da informação desperta interesses muitas vezes tidos como antagônicos e que, por isso mesmo, não podem deixar de existir. É imprescindível que exista concorrência para o surgimento de novas tecnologias. É salutar que forças opostas convivam em harmonia ao mesmo tempo em que se desafiam, e que até por

---

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 812.

<sup>7</sup> “O exercício pleno dos direitos culturais é condição para o desenvolvimento, necessariamente social, destas potencialidades”. (SOUZA, Allan Rocha. *Direitos culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2012. p. 54).

vezes possam se prejudicar, mas que em todos os casos permitam mutuamente a cicatrização das feridas da evolução.

Existindo interesses adversos e estando cada um deles bem representados por seus defensores num campo norteador pelo equilíbrio e pela justiça social, a concorrência tende a promover o espírito da evolução, do conhecimento, do empreendedorismo e fará surgir a ambição de destino certo como foi a invenção do computador, ou mesmo a ambição do acaso que possibilitou a Cristóvão Colombo encontrar um novo mundo.

No interesse individual do autor verificam-se questões econômicas e pessoais provenientes das criações por ele concebidas. No interesse da coletividade verifica-se o benefício social que essas mesmas criações podem proporcionar. E nesse ponto ambos os interesses precisam conviver em harmonia.

Os limites dos direitos autorais servem para isso, para evitar que as prerrogativas do autor reinem soberanas sobre o interesse público. É então que as limitações<sup>8</sup> surgem como regras para uma batalha justa e culturalmente construtiva.

Os direitos autorais não são dos autores, não existem apenas para garantir a relação autor-obra e os correspondentes interesses econômicos – apesar de o arcabouço normativo da LDA assim deixar transparecer –, a verdade é que os direitos autorais existem para além do que isso, pois a sua conotação pública pede uma conciliação dos interesses públicos e privados em jogo, e assim deve ser entendido.

---

<sup>8</sup> “Generalizou-se em textos internacionais o uso da expressão “limites e exceções” para referir as restrições aos direitos autorais. A razão é facilmente perceptível. Há quem considere todas as restrições excepcionais e conseqüentemente sujeitas ao regime gravoso da regra excepcional; e quem entenda que se trata de simples limites da atribuição, contidos em regras comuns. Os textos internacionais pretendem fugir à polêmica. A LDA prefere referir “Limitações”. Faz a opção certa, a nosso ver, porque as restrições não são excepcionais. Pode haver entre elas regras excepcionais, mas isso pela natureza intrínseca da regra e não pelo simples fato de limitar um direito autoral: como se este fosse um absoluto e tudo o que o limitasse tivesse de ser considerado uma exceção!” (ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito autoral numa perspectiva de reforma. In: WACHOWICZ, Marcos e SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos (orgs). *Estudos de direito de autor e a revisão da lei dos direitos autorais*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 39).

A essência das limitações está vinculada ao equilíbrio necessário que se volta à efetivação da ordem jurídica como um todo, através da harmonização dos interesses fundamentais relativos ao acesso às obras intelectuais.

É a lição de José de Oliveira Ascensão sobre os limites de autor:

“(…). A disciplina do direito de autor concilia os interesses do autor com os interesses coletivos. Os limites de autor marcam os espaços de liberdade que se devem preservar, para dar satisfação aos interesses coletivos. Entre os quais se encontra o da possibilidade de acesso generalizado aos bens culturais.

A Lei dos Direitos Autorais necessita urgentemente de reforma neste domínio, é unilateral e avarenta. Só concede o que não podia deixar de fazer, com um certo casuismo e sempre pelo mínimo. Não tem sensibilidade aos interesses coletivos, incluindo portanto o do acesso aos bens culturais”<sup>9</sup>.

Os limites do exclusivo de autor consideram-se intrínsecos ou extrínsecos. Os primeiros podem ser vistos na LDA nos artigos 46 e seguintes. No art. 46 estão previstos os usos livres da obrigatoriedade de autorização e remuneração do autor ou dos titulares dos exclusivos. Guilherme Capinzaiki Carboni enumera as limitações:

“Tais limitações têm como base: (a) o direito à reprodução de notícia; (b) o direito de imagem; (c) o direito dos deficientes visuais; (d) o direito à reprodução de pequenos trechos; (e) o direito de citação de passagens para fins de estudo, crítica ou polêmica; (e) o direito ao aprendizado; (f) o direito de demonstração da obra à clientela; (g) o direito à representação teatral e à execução; musical em domicílio e para fins didáticos; (h) o direito de produzir prova judiciária ou administrativa; (i) o direito de reproduzir pequenos trechos de obras preexistentes em obra maior; (j) o direito à paráfrase e à paródia; e (k) o direito de reprodução de obras situadas em logradouros públicos”<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito fundamental de acesso à cultura e direito intelectual. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 26.

<sup>10</sup> CARBONI, Guilherme Capinzaiki. *Direito autoral e acesso ao conhecimento*: em busca de um equilíbrio. In: Revista Juris, Faculdade de Direito, Fundação Armando Alvares Penteado. Vol 1. São Paulo: FAAP, fls. 21-46, p. 26. 2009. Disponível em: <[http://www.faap.br/revista\\_faap/juris/juris\\_vol\\_1\\_2009.pdf](http://www.faap.br/revista_faap/juris/juris_vol_1_2009.pdf) >. Acesso em 09 de out. 2012

Por outro lado, os limites extrínsecos resultam da coexistência entre direitos, “surgem perante os outros como limitações: impedem uma satisfação unilateral dos outros direitos. São por isso limites extrínsecos: não é necessário a lei autoral prevê-los, porque em qualquer caso surgiriam a exigir a necessária conciliação”<sup>11</sup>.

A relevância de direitos como o acesso à cultura, ao conhecimento, à informação e à educação é inerente ao debate público dos limites dos direitos autorais, pois são prerrogativas fundamentais no interesse da coletividade. Já o exclusivo do autor também é garantido pela Constituição com a mesma natureza de direito fundamental (art. 5º XXVII). Como resolver esse conflito entre direitos fundamentais?

Primeiramente, ao comparar o direito de acesso à cultura com o exclusivo do autor, reconhece-se a superioridade hierárquica do acesso à cultura por sua dimensão pública. Mas apenas o reconhecimento hierárquico não resolve a questão da conciliação. Para tanto, é preciso estabelecer os pontos de equilíbrio para resolver o problema. Assim, de um lado “se o direito de autor se revela um obstáculo ao acesso ao patrimônio cultural, terá de ceder alguma coisa”, e de outro, verifica-se que “o (livre) acesso aos bens culturais” também terá de ceder alguma coisa, o que é visto, por exemplo, na utilização da obra no meio digital, que pressupõe investimentos para que a obra seja disponibilizada ao público, “por isso, o acesso à obra na internete, salvo limite particular, poderá tornar-se oneroso”<sup>12</sup>.

Sobre a relação entre o direito de acesso e as limitações dos direitos autorais, Allan Rocha de Souza defende que é o próprio interesse público primário, constitucionalmente garantido, que justifica as limitações:

“O direito de acesso é um direito fundamental cultural constitucionalmente e internacionalmente reconhecido.

---

<sup>11</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito autoral numa perspectiva de reforma. In: WACHOWICZ, Marcos e SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos (orgs). *Estudos de direito de autor e a revisão da lei dos direitos autorais*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 42.

<sup>12</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito fundamental de acesso à cultura e direito intelectual. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 18-21.

Enquanto a determinação constitucional é pela ampla liberdade, a exceção é a restrição ao acesso. Assim, os direitos patrimoniais de autor conformam uma exceção dentro da perspectiva libertária dos direitos culturais, dos quais é espécie. Em razão do direito de participação cultural e do direito de acesso aos bens culturais o que é, de fato, limitada é a exclusividade e não a liberdade de acesso.

A inversão desta lógica ofende a Constituição quando retira ou esvazia a funcionalidade da proteção e do exercício dos direitos autorais. Ao assegurar a proteção às criações, não afastou o constituinte a garantia de acesso nem o exercício dos direitos culturais.”<sup>13</sup>.

É nesse ponto que os interesses públicos e privados sobre as criações precisam coexistir, e o papel dos limites é determinante para tanto. O reinado que frutifica o absolutismo do autor é o mesmo que obscurece o horizonte da cultura, realidade que também pode ser nebulosa caso o autor não tenha vez, quando então, em nome de uma cultura falsamente livre e absoluta de si, faz com que a memória de um povo fique destinada ao naufrágio pelo esquecimento.

## A RESTRIÇÃO À REPRODUÇÃO DE CONTEÚDOS DIGITAIS IMPOSTA PELAS TECNOLOGIAS DE VEÍCULOS DE COMUNICAÇÃO

Após delinear o direito de acesso e a sua relação com as limitações dos direitos autorais, apresenta-se a iniciativa de alguns veículos de comunicação nacionais que implementaram em seus *sites* ferramentas digitais para limitar a reprodução dos conteúdos disponíveis ao público em geral. A limitação ora relatada passou a ser percebida em meados de abril de 2014<sup>14</sup>, quando então algumas mídias digitais adotaram tecnologias que

---

<sup>13</sup> SOUZA, Allan Rocha. *Direitos culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2012. p. 133-134

<sup>14</sup> Informação obtida em: ALMEIDA, Manoel. *É ilegal bloqueio do copy-paste na 'Folha' e no 'Estadão'*. 2014. Artigo no site [www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br) - <http://manoeljp.jusbrasil.com.br/artigos/130209747/e-ilegal-bloqueio-do-copy-paste-na-folha-e-no-estado>. Acesso em 28/09/2014.

passaram a impedir o *copy-paste*, ou copiar e colar, dos conteúdos disponíveis nos respectivos *sites*.

Dentre os veículos de comunicação que passaram a adotar referida ferramenta pode-se destacar os *sites* da **Folha de São Paulo** e do **Estadão** (O Estado de S. Paulo). Ao selecionar o conteúdo dos *sites* e executar o copiar e colar a ferramenta obsta qualquer tipo de reprodução, inclusive de pequenos trechos, aparecendo para o usuário a seguinte observação<sup>15</sup>:

**Folha de São Paulo**, *site*: <http://www.folha.uol.com.br/>

“Para compartilhar esse conteúdo, por favor utilize o link (a ferramenta transcreve o link da matéria) ou as ferramentas oferecidas na página. Textos, fotos, artes e vídeos da Folha estão protegidos pela legislação brasileira sobre direito autoral. Não reproduza o conteúdo do jornal em qualquer meio de comunicação, eletrônico ou impresso, sem autorização da Folhapress (pesquisa@folhapress.com.br). As regras têm como objetivo proteger o investimento que a Folha faz na qualidade de seu jornalismo. Se precisa copiar trecho de texto da Folha para uso privado, por favor logue-se como assinante ou cadastrado”.

**Estadão** (O Estado de S. Paulo), *site*: <http://www.estadao.com.br/>

“O material jornalístico produzido pelo Estadão é protegido por lei. Para compartilhar este conteúdo, utilize o link: (a ferramenta transcreve o link da matéria)”.

Em contato com o *site* da Folha de São Paulo, indagando sobre a aplicabilidade da Lei dos Direitos Autorais, em especial a limitação do inc. I, art. 46, o veículo de comunicação – através do jurídico da Folha da Manhã S. A., empresa que edita a “Folha” – apresentou a seguinte resposta:

“A argumentação de que o artigo 46, I, da Lei 9.610 /98, que dispõe não constituir ofensa aos direitos autorais a reprodução, ‘na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos’

---

<sup>15</sup> Acesso em 01/10/2014.

autorizaria a utilização de qualquer notícia, por qualquer pessoa, é ilegal e descabida. O dispositivo acima referido diz respeito apenas à reprodução de notícia na própria imprensa. E ainda, devem ser entendidos no que se refere à informação pura, em estado bruto (o fato). A partir do momento em que a notícia é tratada, comentada e analisada, deixa de ser meramente informativa. As matérias, colunas e artigos publicados pela Folha refletem a opinião de jornalistas consagrados que escrevem para o jornal Folha de S. Paulo e são remunerados para tanto. Nem com esforço de interpretação podem ser consideradas meramente informativas”<sup>16</sup>.

Apesar dos exemplos acima, a ampla maioria dos veículos de comunicação permitem a reprodução de seus conteúdos sem restrições para aqueles usos previstos nas limitações da LDA. Nesse sentido, informa-se alguns portais de mídias nacionais e estrangeira que não adotam em seu *site* tecnologias destinadas a impedir a reprodução de conteúdo<sup>17</sup>:

O Globo (<http://oglobo.globo.com/>);  
 Jornal do Brasil (<http://www.jb.com.br/>);  
 Valor Econômico (<http://www.valor.com.br/>)<sup>18</sup>;  
 Estado de Minas (<http://www.em.com.br/>);  
 Correio Braziliense  
 (<http://www.correio braziliense.com.br/>);  
 Jornal do Comercio (<http://jconline.ne10.uol.com.br/>);  
 Correio do Povo (<http://www.correiodopovo.com.br/>);  
 Gazeta do Povo (<http://www.gazetadopovo.com.br/>);  
 Diário do Nordeste  
 (<http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/>);  
 Zero Hora (<http://zh.clicrbs.com.br/rs/>);  
 Carta Capital (<http://www.cartacapital.com.br/>);  
 Veja (<http://veja.abril.com.br/>);  
 Clarín (<http://www.clarin.com/>).  
 El País ([www.elpais.com/](http://www.elpais.com/));

<sup>16</sup> ALMEIDA, Manoel. *Op. cit.* Acesso em 28/09/2014

<sup>17</sup> Acessos realizados em 28/09/2014.

<sup>18</sup> O *site* autoriza a reprodução, ressaltando a final o seguinte texto: “© 2000 – 2014. Todos os direitos reservados ao Valor Econômico S.A. Verifique nossos Termos de Uso em <http://www.valor.com.br/termos-de-uso>. Este material não pode ser publicado, reescrito, redistribuído ou transmitido por broadcast sem autorização do Valor Econômico. Leia mais em: (transcrição do link da matéria)”

Le Monde (<http://www.lemonde.fr/>);  
La Repubblica (<http://www.repubblica.it/>).  
Washington Post (<http://www.washingtonpost.com/>);  
The New York Times (<http://www.nytimes.com/>);  
CNN (<http://edition.cnn.com/>);  
BBC (<http://www.bbc.com/>);

Dentre os dispositivos previstos na LDA aplicáveis no caso em estudo, destinados a reafirmar o direito de acesso e a limitar os direitos do autor, cuja finalidade precípua é o direito de reprodução em prol do interesse público, destacam-se os seguintes:

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

I - a reprodução:

a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos;

II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;

III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra;

VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, 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 dos autores.

É certo que as tecnologias informadas não impedem que o usuário tenha acesso ao conteúdo dos sites e que possam eles mesmos transcrever manualmente o texto das publicações. Todavia, aceitar essa condição é renunciar à evolução tecnológica, é conviver com o passado e seus modelos restritivos pensados para o mundo do analógico de bem materiais, é um flagrante retrocesso às conquistas

proporcionadas pelas novas tecnologias informacionais, e, principalmente, representa um desrespeito ao direito de acesso numa dimensão de difusão da cultura, da informação e do conhecimento. É importante ressaltar ainda dois aspectos: que não se está defendendo qualquer tipo utilização patrimonial; e que a tecnologia adotada nos *sites* não permite aos usuários nem mesmo a reprodução digital de “pequenos trechos” pelo sistema copiar-colar.

Sobre os dispositivos tecnológicos de proteção e acesso à informação, considerados aqueles “que vedam ou condicionam o acesso e restringem de alguma maneira as possibilidades de utilização do conteúdo em linha”, José de Oliveira Ascensão esclarece que se o conteúdo protegido for considerado informação “esses dispositivos terão de ser confrontados com o princípio do acesso às fontes de informação”. Além disso, o autor defende uma harmonia entre a proteção do direito de autor feita pelos dispositivos tecnológicos e o direito de acesso<sup>19</sup>.

Transcreve-se interessante reflexão dos autores BROWN e DUGUID, na obra *A vida social da informação*, sobre as restrições das tecnologias digitais e o planejamento para o futuro que desejamos:

“O código do software cumpre a *quid* (proteção da propriedade) sem ceder ao *quo* (interesse público). O código atualmente possibilita decidir, em detalhes muito

---

<sup>19</sup> “Se, além disso, considerarmos que há material protegido por direito de autor, acresce o direito de acesso às fontes culturais, pelo menos as relativas à cultura nacional (art. 215 da Constituição). Se esse material estiver protegido por direito de autor, haverá que conciliar os dispositivos de proteção com princípios como os da democratização do acesso aos bens da cultura (art. 215 §3º IV). Além disso suscita-se a necessidade de conciliar semelhantes técnicas restritivas com o exercício das utilizações livres dos bens intelectuais. As consequências da utilização de semelhantes dispositivos são graves no que respeita ao acesso aos bens intelectuais. Hoje, podemos ler livremente em bibliotecas quaisquer obras, objeto atual ou não de direito de autor. Se a obra for porém publicada somente em rede, com acesso condicionado, o que era uma utilização livre passa a ser utilização onerosa. Como onerosa passa a ser a própria utilização em rede de obras caídas no domínio público. Na realidade, os dispositivos tecnológicos protegem a exploração comercial das obras, e para isso é indiferente que essas obras sejam ou não objeto do direito de autor. Sem que seja dito, mesmo o que era domínio público pode na prática tornar-se domínio reservado. A questão mais grave está porém na supressão de fato das restrições legais, mesmo daquelas que avaramente se elencam na LDA. A proclamação da liberdade torna-se oca, porque não há maneira de a exercer.” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito autoral numa perspectiva de reforma*. In: WACHOWICZ, Marcos e SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos (orgs). *Estudos de direito de autor e a revisão da lei dos direitos autorais*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 43).

sutis, não somente quem pode ou quem não pode utilizar um certo texto digital, mas também como ele pode ser utilizado. Ele pode impedi-lo de escutar uma música pela segunda vez, colar um texto em outro documento, ou enviar uma imagem a um amigo. Mas ele também pode impedir o público de obter um acesso definitivo a um objeto protegido pelo registro de propriedade autoral para sempre. O “domínio público” e todos os bens públicos conectados ao mesmo não têm nenhuma parcela no novo equilíbrio sob a forma de códigos. A quem estas mudanças irão beneficiar permanece obscuro. Alguns críticos sugerem que, muito embora elas estão sendo feitas em nome do criador individual, muito provavelmente eles irão favorecer grandes organizações que consigam controlar os *software* e *hardware* necessários para administrar o código e seu cumprimento. Se este for o caso, então, mais uma vez a sociedade parece estar “avançando” rumo ao passado. (...), esse controle poderá estar oscilando de volta na direção das editoras e da propriedade empresarial.”<sup>20</sup>.

Verifica-se que o caso merece uma análise atenta à concepção do direito de acesso que é reafirmado pelas limitações dos direitos autorais, e que consentir com um simples passo para o passado pode estimular outros veículos de comunicação a implementar semelhantes mecanismos de restrição à reprodução de conteúdos. Iniciativas como essas estariam contrariando a lógica da Economia Criativa que não é pautada num modelo de restrição material, mas em padrões de liberdade, de colaboração, de compartilhamento, e do acesso à diversidade, por isso que novos modelos de negócios devem ser pensados pelos agentes econômicos da nova economia.

## OBJETIVOS

O presente trabalho tem por objetivo analisar o direito de acesso a partir das limitações dos direitos do autor e a sua efetivação pelas novas tecnologias da informação e comunicação.

---

<sup>20</sup> BROWN, John Seely; DUGUID, Paul. *A vida social da informação*. Trad. Celso Roberto Paschoa. São Paulo: Makron Books, 2001. p. 221.

## CONCLUSÃO

Como conclusão, apresenta-se algumas indagações para o debate conformação jurídica das novas tecnologias das mídias digitais e seus conteúdos:

01. Qual a finalidade das ferramentas digitais utilizadas pelos veículos de comunicação, como no caso?

02. O direito de reprodução previsto no art. 46 – usos que não constituem ofensa aos direitos autorais – de alguma forma foi atingido pela mencionada tecnologia?

03. Impor aos usuários a realidade passada de uma época em que a sociedade viveu o analógico e as restrições impostas para o acesso dos bens materiais, afasta as conquistas e as benesses das ferramentas digitais, representando um retrocesso à evolução tecnológica?

04. A restrição ao direito de reprodução atinge a garantia constitucional do direito de acesso (à cultura, à informação e ao conhecimento), numa dimensão coletiva e do interesse público?

05. Educadores ao redor mundo que para se atualizar e preparar suas aulas se utilizam da Internet e dos conteúdos nela acessíveis, na realidade informacional podem ter seu ofício de professor prejudicado? A exemplo de levar para seus alunos as mais variadas informações disponíveis no meio digital. Nesse ponto, seria prudente dificultar a difusão de informações, inclusive, para fins educacionais? Qual o efeito da mencionada tecnologia nesse caso?

Esse debate tende a mais uma vez demonstrar que a LDA está ultrapassada, que foi concebida para uma sociedade pautada em modelos industriais, e que muitas vezes não oferece respostas aos cidadãos da sociedade contemporânea.

Esse conflito é paradoxal diante das tecnologias informacionais da realidade social contemporânea, na qual a disseminação do acesso ao ambiente digital é crescente, o que igualmente o deveria ser em relação à difusão e ao acesso da

cultura, visto o potencial das ferramentas digitais. Ao contrário do que deveria ocorrer, diariamente observa-se tentativas pela indústria cultural de reafirmação do pensamento liberal baseado em leis socialmente ultrapassadas que reproduzem o individualismo, e que agravam o monopólio autoral concentrado nas mãos dessas mesmas indústrias de conteúdos<sup>21</sup>. Diz-se isso, porque liberdades até então existentes no tempo das tecnologias analógicas foram sensivelmente reduzidas com o surgimento das tecnologias digitais, uma verdadeira inversão da lógica do acesso.

A garantia do acesso à cultura promove o desenvolvimento em todas as suas dimensões e possibilita às pessoas participar da vida cultural. O acesso à cultura será livre quando as leis e as políticas públicas criarem um ambiente democrático para as experiências culturais. O legislador infraconstitucional não pode continuar a ignorar o peso social das obras autorais e a importância de viabilizar o seu acesso. Ao poder público não é dado o direito de julgar uma determinada manifestação cultural como boa ou ruim, apenas garantir a sua autonomia, constatar se há identidade com patrimônio cultural para promover a sua defesa. Por isso, para viabilizar o direito de acesso, a cultura não pode passar por julgamentos de conteúdo. Na liberdade não há espaços para preconceitos e unilateralismos e nem para discursos legítimos, a regra é garantir a diversidade em prol da criatividade, de modo que a tolerância e o respeito devem pautar esse caminho. E nesse ponto o papel das novas tecnologias é determinante, uma vez que podem ser concebidas para reconstruir o passado ou para construir o futuro que queremos.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Manoel. *É ilegal bloqueio do copy-paste na 'Folha' e no 'Estadão'*. 2014. Artigo no site [www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br) -

---

<sup>21</sup> “O direito de propriedade intelectual é um bom exemplo dessa relação entre a manutenção da dogmática jurídica e a transformação social. Apesar do desenvolvimento tecnológico que fez surgir, por exemplo, a tecnologia digital e a internet, as principais instituições de propriedade intelectual, forjadas no século XIX com base em uma realidade social completamente distinta da que hoje presenciamos, permanecem praticamente inalteradas”. (LEMOS, Ronaldo. *Direito, Tecnologia e Cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005. p. 8).

<http://manoeljp.jusbrasil.com.br/artigos/130209747/e-ilegal-bloqueio-do-copy-paste-na-folha-e-no-estado>. Acesso em 28/09/2014.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito autoral numa perspectiva de reforma. In: WACHOWICZ, Marcos e SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos (orgs). *Estudos de direito de autor e a revisão da lei dos direitos autorais*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

ASCENSÃO. José de Oliveira. Direito fundamental de acesso à cultura e direito intelectual. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BROWN, John Seely; DUGUID, Paul. *A vida social da informação*. Trad. Celso Roberto Paschoa. São Paulo: Makron Books, 2001.

CARBONI, Guilherme Capinzaiki. *Direito autoral e acesso ao conhecimento: em busca de um equilíbrio*. In: Revista Juris, Faculdade de Direito, Fundação Armando Alvares Penteado. Vol 1. São Paulo: FAAP, fls. 21-46, p. 26. 2009. Disponível em: <[http://www.faap.br/revista\\_faap/juris/juris\\_vol\\_1\\_2009.pdf](http://www.faap.br/revista_faap/juris/juris_vol_1_2009.pdf)>. Acesso em 09 de out. 2012.

CHAVES, Antônio. *Direito de autor*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

LEMOS, Ronaldo. *Direito, Tecnologia e Cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

REGO, Teresa Cristina. *Vygotsky: uma perspectiva histórico-cultural da educação*. 19 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUZA, Allan Rocha. *Direitos culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2012.

SOUZA, Allan Rocha. *Direitos culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2012.



## DIREITOS AUTORAIS, CRIATIVIDADE E LIBERDADES NA CIBERCULTURA

*Alexandre Henrique Tavares Saldanha*<sup>22</sup>

*Grupo de estudos de Direitos autorais, criatividade e liberdades na Ciberultura da UFPE*

**RESUMO:** O exercício das liberdades civis é considerado direito fundamental, garantido em cartas constitucionais e documentos internacionais de direitos humanos. Porém, apesar de seu caráter absoluto, os direitos às liberdades são sistematicamente limitados. Em outros termos, o mesmo sistema jurídico que garante as liberdades, cria limites legais para seu exercício. Tais limites são reflexos de um contexto cultural e também de uma situação de tempo específica. No que diz respeito às liberdades de manifestação, seja de expressar algo, de criar, de manifestar um dom artístico etc., um de seus limites estão nas regras de tutela dos direitos de autor, na forma como estes direitos são legalmente previstos e postos em prática. Com o desenvolvimento da ciberultura, em um contexto denominado sociedade da informação, as regras tradicionais de direitos autorais requerem novas leituras, tendo como fundamento novas exigências sociais decorrentes de novos comportamentos. Assim, na ciberultura as liberdades fundamentais de manifestação são redimensionadas, provocando reação no sistema de proteção aos direitos de autor, e até mesmo na concepção do que seja autor e autoria.

**Palavras-chave:** DIREITOS AUTORAIS, CIBERCULTURA, LIBERDADES

---

<sup>22</sup> Especialista, Mestre e Doutorando em Direito pela UFPE. Professor, Coordenador de Grupo de Estudo e Coordenador do Curso de Direito das Faculdades Integradas Barros Melo em Olinda/PE.

## INTRODUÇÃO

As tecnologias da informação sempre provocam diversos impactos nos comportamentos sociais, na produção econômica, no sistema legal e em praticamente quaisquer setores do convívio humano.

Seja o surgimento da imprensa, do telefone ou do mais recente modelo de smartphones, qualquer tecnologia que se torne patê do comportamento humano irá provocar reações em diversos setores deste comportamento.

No que diz respeito ao Direito, são diversas também as conseqüências do desenvolvimento tecnológico na forma como algumas regras e princípios são interpretados e aplicados, provocando reações também na criação de “novos” direitos para novos tempos, ou novas exigências humanas.

A cibercultura, como característica da cultura do século XXI em termos genéricos, passou a representar uma expressão que resume o contexto contemporâneo de relacionamento hiperdimensionado entre homem e tecnologias digitais, gerando novos hábitos, novas demandas sociais, novas formas de consumir bens e culturas etc.

Daí a necessidade de analisar quais são os impactos desta característica cultural de uma era no desenvolvimento do sistema jurídico. Em tempos de inclusão digital, rede hiperconectada de computadores pessoais, compartilhamentos digitais e microprocessadores realmente “micros” completamente portáteis, a produção e o acesso à informação adquire uma nova proporção, pois os mecanismos e oportunidades propícios a acessar e produzir informações, bem como para comunicar e ser comunicado, estão amplamente disponíveis.

Com a devida inclusão digital, todos poderão acessar informações antes restritas a alguns meios, ou poderão produzir informações, o que estaria anteriormente reservado a determinadas categorias profissionais e classes sociais. Com

essa ampla e, quase, irrestrita gama de possibilidades de comunicações, a internet e a cultura digital permitem que cada indivíduo exerça sua liberdade de manifestação, lançando suas opiniões em ambiente virtual, expresse suas opções artísticas, informe e obtenha informações, crie e divulgue algo, tais como histórias, ilustrações e músicas.

Em qualquer dessas dimensões das liberdades em ambiente virtual reside uma série de problemas legais.

Este grupo de estudo foca na análise de problemas relacionados com a última dessas possibilidades de livre manifestação, a de criar algo que esteja afim e que se sinta vocacionado.

A liberdade de expressão proporcionada pelas práticas cibernéticas recebe diversos tipos de supressão, seja pelos direitos civis (danos morais e à imagem, por exemplo), pelos direitos penais (a exemplo dos crimes contra a honra), pelos fundamentais previstos na constituição (como a privacidade) e outros.

O problema adotado como marco de pesquisa envolve o exercício da criatividade em ambiente virtual e seus limites legais, pois questões de propriedade intelectual podem inibir o ato de criar e assim tolher uma liberdade fundamental da pessoa.

Analisa-se também a adequação dos modelos legais de direitos autorais para tempos de cultura de compartilhamento, de convergência, de participação etc., uma vez que a questão não é simplesmente levantar a bandeira da quebra de direitos autorais, ou de patentes, ou abertura total da informação e criação, já que isso envolve interesses econômicos imediatos e necessários.

A hipótese é a de se analisar novos modelos de negócio e gestão de direitos autorais que melhor se adéque à cibercultura, equilibrando a satisfação de liberdades fundamentais para a personalidade humana com a satisfação de pretensões econômicas.

Então, o grupo de pesquisa propõe uma discussão sobre a supressão provocada pelos direitos autorais sobre a liberdade de expressão proporcionada pelos mecanismos da internet.

A hipótese trabalhada é a de que o modelo tradicional de direitos autorais, previsto nas regras de direitos autorais, não é adequado para ser aplicado em situações que envolvam novos comportamentos típicos da cibercultura, principalmente aqueles que estão associados a liberdades fundamentais garantidas tanto em plano constitucional, quanto em instrumentos de proteção a direitos humanos.

### **OBJETIVOS:**

O *objetivo geral* da pesquisa desenvolvida pelo grupo de estudos é analisar como as liberdades fundamentais são exercidas no contexto da cibercultura e como as regras tradicionais de direitos autorais podem servir como uma barreira para o exercício de diversos atos de livre manifestação. A hipótese não é defender uma extinção total ou parcial de direitos autorais, mas sim uma adaptação destes a novos modelos, a novos contextos culturais. Por ser considerado direito fundamental, é necessário que o direito de criar, ou participar de uma criação, não seja tolhido. Isso em tempos de cultura de participação e convergência redimensiona o conceito de autor e autoria, exigindo novas formas legais.

Os *objetivos específicos* da pesquisa passam por analisar os diversos aspectos das liberdades de expressão, focando na liberdade de criar. Na verdade, um dos objetivos é identificar a criatividade como um direito fundamental da personalidade. Outro objetivo é analisar se as regras tradicionais de direitos autorais chegam a realmente inibir de alguma forma atos de exercício de criatividade, representando assim um limite sistemático a um dos direitos humanos. Ainda, analisa-se a relação da criatividade no contexto da cibercultura para, enfim, analisar se novos modelos de tutela de direitos autorais servem melhor à criatividade, bem como às demais liberdades fundamentais.

**TEMA:**

A pesquisa versa sobre os impactos da cibercultura na regulamentação dos direitos autorais, sobre a compatibilidade dos modelos legais de direitos de autor frente a novas exigências e comportamentos sociais típicos da sociedade da informação, focando na questão do exercício de liberdades fundamentais, previstas em textos constitucionais e cartas de direitos humanos, tais como a liberdade de expressão e de criação artístico-cultural.

**MÉTODO:**

A pesquisa parte inicialmente de pesquisa bibliográfica sobre direitos autorais e cibercultura. Depois, os temas das liberdades são estudados em sua perspectiva teórica. Após isso, a pesquisa se volta para exemplos reais em que liberdades foram suprimidas por regras de direitos de autor, mediante pesquisa jurisprudencial e também leitura de livros que narram situações reais. Documentários e demais materiais sobre criatividade, economia criativa e contextos culturais diferentes são também analisados. Ao fim, pesquisa-se casos reais em que regras de direitos de autor foram interpretadas sob a ótica dos direitos fundamentais, encerrando com uma análise sobre novas formas de licenças de obras e como estas impulsionam a liberdade fundamental de criação.

**RESULTADOS:**

Pensar em novas regras de direitos autorais, ou reinterpretações delas, é possível pois já há, em primeiro lugar, diversos precedentes judiciais cujos fundamentos se baseiam numa leitura dos direitos de autor sob o parâmetro dos direitos fundamentais, ou humanos.

Quanto a novos modelos, ou instrumentos, que permitam uma melhor adequação de tais direitos à cibercultura e às liberdades fundamentais, a pesquisa também identifica a viabilidade, pois existem diversos instrumentos juridicamente permitidos que trabalham com novas tutelas da propriedade

intelectual, tais como os *softwares livres* e as licenças do *creative commons*. A pesquisa volta-se agora à possibilidade destes dois exemplos, ou a lógica por trás deles, tornarem-se a regra geral, a postura oficial e não a exceção.

## **CONCLUSÃO:**

O grupo de estudo vem atingindo resultados teóricos no sentido de concluir algumas das análises propostas como objetivos específicos.

Há, com certa maturidade, o entendimento de que a criatividade é algo inerente ao desenvolvimento digno da personalidade humana, e assim existe um direito fundamental de exercer liberdade de criação, podendo criar, podendo participar de empreendimentos criativos em colaboração.

Além disso, atualmente existe todo um segmento econômico que prioriza a criatividade como elemento de sucesso, qual seja, a economia criativa, o que leva ao fato de tal ofício humano não se adéqua a restrições indevidas ou supressões infundadas. O grupo de estudos já consegue identificar que a economia criativa não é uma tendência, mas sim uma realidade produtiva que gera desenvolvimento.

Assim como a liberdade associada à criatividade, as demais liberdades associadas às manifestações humanas são tratadas como fundamentais, em qualquer análise científica ou análise de tratamento jurisprudencial.

Os estudos do grupo, na situação em que se encontram, analisam os efeitos que todas elas sofrem dos comportamentos típicos da chamada cibercultura, com foco na relação entre restrições de direitos autorais e exercício da criatividade.

Casos analisados envolvendo artistas que adotaram novas estratégias de negócio com novas licenças de direitos autorais (*free software* e *creative commons*) já permitem um entendimento mais maduro de que é possível reinterpretar regras tradicionais da propriedade intelectual, satisfazendo não somente direitos humanos garantidos como também satisfazendo interesses econômicos justos.

Ainda há muito a ser analisado, principalmente envolvendo outras liberdades de manifestação e regras de incentivo à cultura, mas já há indícios de resultados almejados. É possível novas regras de direitos de autor não extremistas, que impulsionem a atividade econômico-empresarial, sem prejudicar direitos fundamentais da personalidade.

## INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA FUNÇÃO SOCIAL NOS CONTRATOS DE DIREITOS AUTORAIS.

*Alexandre de Serpa Pinto Fairbanks<sup>23</sup>*  
*Grupo de Pesquisa PCult – UFRRJ*

**RESUMO:** O presente estudo tem por fito inicial discorrer sobre a incidência dos princípios contratuais da boa-fé objetiva e da função social nos contratos de direitos autorais, demonstrando como a jurisprudência dá justa medida às relações contratuais.

**PALAVRAS-CHAVE** CONTRATOS; PRINCÍPIOS CONTEMPORÂNEOS; BOA-FÉ OBJETIVA; FUNÇÃO SOCIAL; DIREITOS AUTORAIS.

### INTRODUÇÃO

Os contratos de direitos autorais possuem grande variedade de opções, tais como, compra e venda, doação, locação, permuta etc. Desta feita, podem ser tanto contratos típicos como atípicos dependendo de sua causa e função.

A questão mais relevante para interpretar os contratos não está na sua semelhança, mas nas diferenças. Deste modo, concomitantemente à interpretação, qualifica-se o contrato analisando a função contratual dentro de cada particularidade. Nesse sentido, afirma Nelson Konder:

“Cada contrato receberá tutela conforme sua causa concreta, buscando-se por analogia das normas típicas e por dedução dos princípios gerais – e pela relação entre todos eles – a resposta do ordenamento – e não a resposta pessoal do juiz – à iniciativa das partes. Busca-se, com isso, não aumentar a

---

<sup>23</sup> Acadêmico de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ – ITR). Pesquisador da Propriedade Intelectual no GPCult – UFRRJ, sob a orientação do Prof. Dr. Allan Rocha de Souza.

insegurança, mas exatamente reduzi-la, já que o processo de qualificação foge do arbítrio para a fundamentação argumentativa, ainda que se mantendo na esfera da livre apreciação das circunstâncias e das normas envolvidas”.<sup>24</sup>

Ressalta-se o papel fundamental das cláusulas gerais na nova interpretação do direito civil.

No entender de Judith Martins Costa, elas têm a vantagem da mobilidade proporcionada pela sua intencional imprecisão, assim, com sua peculiar abertura semântica, conferem ao juiz a possibilidade de uma melhor adequação e concretização dos princípios ao caso concreto, sem, contudo, dar insegurança jurídica, pois são poucas as cláusulas positivadas, a título de exemplo, os artigos 421 e 422 do Código Civil.<sup>25</sup>

Desta feita, o que se denota na teoria contratual é que os princípios devem ser aplicados ou interpretados levando-se em conta o novo enfoque que é dado ao contrato, hoje visto não mais como um mundo fechado em si mesmo, mas como um instrumento de modificação social, cujos efeitos se irradiam por todos em sociedade.<sup>26</sup>

É *mister* afirmar que os direitos ora expostos devem sempre ser pensados como patrimoniais, assim, alienáveis por essência seja no todo em parte a qualquer tempo. Ressalta-se que em nenhuma hipótese serão contratos de direitos morais, pois é cediço que estes são inalienáveis e imprescritíveis.

### **Boa-Fé Objetiva**

Se no mundo dos negócios as pessoas fossem, em geral, confiáveis, honestas e leais, não seria necessária a atuação do princípio da boa-fé contratual, conquanto, “infelizmente”, o agir de boa-fé teve de ser positivado no ordenamento jurídico. Isso não perpassa um maravilho sistema jurídico, ao revés,

---

<sup>24</sup> Konder, Carlos N. de Paula. A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico. Rio de Janeiro: UERJ, 2009, p. 199.

<sup>25</sup> COSTA, Judith Martins. O direito privado como um “sistema em construção”- as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. São Paulo: RT, 1998.

<sup>26</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, p.258.

demonstra que a boa-fé constitui um valor em extinção, e, desta forma, precisa de um aparato coercitivo, capaz de induzir por meio de sanções, os desonestos, desleais e mentirosos a agirem como se não o fossem.

Busca-se no Código Civil a positivação necessária da boa-fé aos contratos de Direitos Autorais, onde estão delineadas suas três funcionalidades, quais sejam:

1º) A função de cânone interpretativo-integrativo do contrato, privilegiando sempre o sentido mais consentâneo com o objetivo comum pretendido pelas partes, assim, o artigo 113 dispõe: *“Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”*;

2º) O artigo 422 consagra a função de fonte normativa de deveres jurídicos, estes podem até mesmo pré-existir à conclusão ou sobreviver à extinção do contrato, assim, *“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como na execução, os princípios de probidade e boa-fé”*; e

3º) O artigo 187, traz a função de fonte normativa de restrições ao exercício de posições jurídicas, desta forma, possui uma conotação negativa, estabelecendo limites para o exercício dos próprios direitos, portanto, *“Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”*.

Nas precisas lições de Gustavo Tepedino, a boa-fé exerce a função de fonte criadora de deveres anexos. Trata-se dos deveres de informação, lealdade e transparência, que agregam implicitamente ao regulamento de interesses.<sup>27</sup> Nesse sentido, (STJ, 4T., REsp 925313, Min. Luis Felipe Salomão julg. 06/03/2012; STJ, 4T., REsp 160483 -RS, Min. Luis Felipe Salomão julg. 10/06/2014; STJ, 3T., REsp 1274629, Min. Nancy

---

<sup>27</sup> TEPEDINO, Gustavo. Novos Princípios Contratuais e Teoria da Confiança: a exegese da cláusula do the best knowledge of the sellers, in Temas de Direito Civil, Rio de Janeiro: Renovar, 2006 p.14.

Andrighi julg. 20/06/2013 e, STJ, 3T., REsp 1.278.940 -MG, Min. Nancy Andrighi julg. 04/09/2012).

Insta salientar que a boa-fé traz aos contratantes deveres instrumentais independentemente de sua concordância e, nesse plano, deve prevalecer à intenção sobre a literalidade interpretando o contrato segundo os ditames da lealdade e confiança entre as partes. Portanto, nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

A propósito, Orlando Gomes:

“Nos contratos há sempre interesses opostos das partes contratantes, mas sua harmonização constitui o objetivo mesmo da relação jurídica contratual. Assim há uma imposição ética que domina toda matéria contratual, vedando o emprego da astúcia e da deslealdade, tanto na manifestação de vontade como, principalmente na interpretação e execução do contrato.”<sup>28</sup>

### **Função Social**

O contrato é considerado a veste das operações econômicas, instrumentalizando a circulação e transferência de riqueza de um patrimônio para outro.

Desta forma, sua instituição jurídica é, na verdade, um reflexo da instituição da propriedade. A constituição econômica de uma sociedade não é matéria de interesse individual, ou particular, mas de interesse coletivo, evidenciando a função social dos contratos, a exemplo, o art. 5º, XXIII, da CRFB afirmando a função social da propriedade.

A função social dos institutos jurídicos diz respeito à adequação de suas naturezas ao sentido solidarista que vigora no ordenamento jurídico, tendo por objetivo possibilitar a conformação do conteúdo contratual à realidade social; econômica e jurídica dos contratantes, fazendo com que se desenvolvam os princípios constitucionais, garantindo a efetivação do equilíbrio e justiça contratuais.

---

<sup>28</sup> Gomes, Orlando. *Contratos*. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.43.

No sistema atual a função social irradia para o domínio dos contratos a noção de ordem pública, assim, os interesses individuais merecem tutela, na medida em que interesses socialmente relevantes, alheios à esfera individual, sejam tutelados concomitantemente.

Percebe-se, sob esta ótica, que a função social do contrato reformula o princípio da relatividade, uma vez que os interesses sociais abrangem não só as partes contratantes, mas a coletividade. Além disso, à luz do texto constitucional, a função social torna-se razão determinante e elemento limitador da liberdade de contratar, na medida em que só se justifica na persecução dos fundamentos e objetivos da República artigos 1º e 3º da CRFB.

Salienta-se que a função social importa na imposição aos contratantes de deveres extracontratuais, socialmente relevantes e tutelados constitucionalmente. Não deve significar, todavia, uma ampliação da proteção dos próprios contratantes, o que amesquinhasse a função social do contrato, tornando-a servil a interesses individuais e patrimoniais que, posto legítimos, já são suficientemente tutelados pelo contrato.<sup>29</sup>

Corroborando com o exposto a inteligência do artigo 421 do Código Civil, pelo qual, “*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*”. Desta forma, caberá ao judiciário exercer o controle sobre o conteúdo contratual sempre que as partes objetivando unicamente vantagens próprias, não se atenham aos interesses extracontratuais socialmente relevantes vinculados à promoção de valores constitucionais. Neste sentido, (STJ, 4T., REsp 1062589, Min. João Otávio de Noronha julg. 24/03/2009; e, STJ, 3T., REsp 1255315, Min. Nancy Andrighi julg. 13/09/2011 e, 4T., REsp 740358, Min. Aldir Passarinho Junior julg. 07/12/2006 ).

---

<sup>29</sup> TEPEDINO, Gustavo. Novos Princípios Contratuais e Teoria da Confiança: a exegese da cláusula do the best knowledge of the sellers, in Temas de Direito Civil, Rio de Janeiro: Renovar, 2006 p.251.

## **OBJETIVOS:**

Discutir o papel e os efeitos dos contratos contemporâneos de direitos autorais, que, em nenhuma hipótese, podem olvidar seus princípios norteadores.

Assim, o objetivo primordial é fazer com que o contrato seja um meio de regulação interpessoal que possa chegar próximo ao fim máximo do Direito que é o bem estar social.

Discutir o papel e os efeitos dos contratos contemporâneos de direitos autorais, que, em nenhuma hipótese, podem olvidar seus princípios norteadores. Assim, o objetivo primordial é fazer com que o contrato seja um meio de regulação interpessoal que possa chegar próximo ao fim máximo do Direito que é o bem estar social.

## **MÉTODO:**

Trata-se de estudo a ser realizado mediante pesquisa documental e teórica, que levantará e analisará os dados e informações sobre os contratos de direitos autorais no poder judiciário brasileiro.

Na presente pesquisa serão empregados os métodos de procedimento histórico e funcionalista que será utilizado para analisar os papéis que representam o direito fundamental ao conhecimento, os direitos autorais e as relações entre a propriedade intelectual e o bem comum na sociedade contemporânea e seus efeitos sobre a divulgação científica.

O método de abordagem será, inicialmente, dedutivo, na medida em que fará uma pesquisa nos documentos institucionais e na produção teórica sobre contratos de direitos autorais.

Será indutivo, pois partirá da análise de jurisprudências para responder à indagação sobre os problemas que vêm sendo enfrentados.

Um exame final, utilizando o método dialético e sistemático, será realizado sobre os fundamentos e efeitos nas jurisprudências e, o papel dos órgãos da justiça neste contexto.

**RESULTADOS:**

Ainda não há um resultado definido, busca-se com o presente estudo uma ferrenha análise às jurisprudências e doutrinas, para que, assim, o resultado comece a ser moldado, tendo como fito primordial demonstrar como se aplicam os princípios do direito civil nos contratos de direito autorais.

**CONCLUSÃO:**

Insta salientar que os contratos de direitos autorais são essencialmente reguladores de questões sociais. Portanto, conclui-se afirmando que é indispensável a devida interpretação nos casos concretos, para tanto, é necessária a análise da materialidade dos princípios contratuais, bem como sua incidência e entendimentos nas jurisprudências e doutrinas.

## **EMPREENDEDORISMO CRIATIVO EM SÃO LUÍS: AS PRÁTICAS DO REGGAE E SUAS RELAÇÕES ENTRE MERCADO, INCLUSÃO E POLÍTICAS CULTURAIS**

*Amanda Madureira*<sup>30</sup>

*Grupo de Estudos de Direito de Autor e Industrial – GEDAI/UFPR*

*Cassius Guimarães Chai*<sup>31</sup>

*Universidade Federal do Maranhão – UFMA*

**RESUMO:** A presente proposta de pesquisa busca relacionar o estudo das políticas públicas e direitos culturais a partir da atuação do Estado e suas determinações econômicas, políticas e sociais no espaço geográfico do Maranhão, tendo como ponto de partida o Projeto Reggae São Luís, uma iniciativa da Prefeitura de São Luís através da Secretaria Municipal de Cultura.

**PALAVRAS-CHAVE:** POLÍTICAS PÚBLICAS; DIREITOS CULTURAIS; REGGAE

### **INTRODUÇÃO:**

Na dinâmica do convívio em sociedade, os seus membros pactuam acordos, elegem representantes, criam instituições e chancelam direitos plasmados em documentos normativos que trazem ao público direitos e deveres para todos. Entretanto, o

---

<sup>30</sup> Doutoranda em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora da Universidade CEUMA.

<sup>31</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Promotor de Justiça do Estado do Maranhão; Professor Associado I do Departamento de Direito da Universidade Federal do Maranhão (UFMA).

convívio nem sempre se traduz em linearidade no campo discursivo e prático.

A perspectiva dialógica confronta interesses, tensões e problemas existentes em qualquer sociedade.

Para Dye, (DYE, 2011) os governos podem agir das mais diversas maneiras. E os governos podem, igualmente, escolher fazer algo ou deixar de fazê-lo.

Apesar de muitas divergências conceituais (LIMA, 2012), os estudos sobre políticas públicas podem elucidar e identificar o conjunto de decisões em torno de um problema público, apresentando as suas causas e consequências de determinadas ações (DYE, 2011).

O modo de resolver os problemas irá depender da capacidade político-administrativa do Estado de conciliar interesses e divergências entre os seus membros. Assim, vislumbra-se a política pública como uma “*diretriz para enfrentar um problema público*” (SECCHI, 2013, p. 2).

Embora não exista uma definição perfeita da política pública, é possível chegar a um conjunto de elementos norteadores, tais como a centralidade do governo, o papel das instituições, a presença de grupos sociais, interesses e as interações necessárias que envolvem a natureza da política pública e seus processos (SOUZA, 2006).

Fruto do pós-Guerra Fria, a política pública progressivamente vai proporcionar a viabilidade de análise técnica das decisões de governo por parte de pesquisadores e formulações científicas (SOUZA, 2006).

Constata-se que a construção científica e metodológica no campo da política pública pode auxiliar na compreensão das contradições que envolvem os problemas e suas soluções na sociedade.

No processo de elaboração de políticas públicas, aqui podendo ser compreendido como ciclo de políticas públicas, é possível identificar as seguintes fases de acordo com Silva (SILVA, 2013, p.31) a saber:

- a) identificação do problema;
- b) estabelecimento da agenda;
- c) formulação da política;
- d) legitimação da política;
- e) implementação da política e
- f) avaliação da política.

É certo que o ciclo alusivo à construção de políticas públicas não se mostra como linha reta tanto para os seus formuladores quanto para os membros da sociedade. As fases misturam-se às vicissitudes políticas e demandas da sociedade expostas às crises financeiras, contingenciamento de orçamentos, desastres naturais, rupturas de ordem constitucional, entre outros.

Porém, nesse ambiente dinâmico e contraditório, os problemas que atingem os membros de uma sociedade precisam integrar a agenda pública e, por consequência, ter o reconhecimento da sociedade vislumbrando as possibilidades de ação por parte do governo sujeito aos grupos de pressão, aos partidos políticos, mídia, opinião pública para que revista-se de um objeto de ação política.

Nesse sentido, as sociedades humanas compartilham alguns elementos que lhes são comuns e, por essa razão, tornam possível a cooperação entre os seus membros. Anthony Giddens (GIDDENS, 2010) afirmou que a cultura congrega tanto aspectos intangíveis, representados nas crenças, nos valores e ideais quanto aspectos tangíveis, como objetos, os símbolos ou a tecnologia.

Relacionar as dinâmicas culturais que por sua vez serão tuteladas pelo Estado só faz sentido diante do conceito de diversidade cultural e sua aplicação metodológica no campo das políticas culturais.

Isto se deve ao reconhecimento pela sociedade da Convenção sobre a proteção e promoção da Diversidade das expressões culturais da Organização das Nações Unidas para a

ciência, educação e cultura (UNESCO) que, dentre os seus principais objetivos, destacam-se a proteção das mais variadas formas de expressões culturais, não somente as que possuem um valor de mercado já sedimentado, mas também as que fazem parte da herança do povo.

Ao chamar para si a responsabilidade na defesa, valorização, produção, promoção e difusão de bens culturais, o Estado orienta suas ações através de políticas públicas. Entretanto, as políticas culturais, conforme se tem cotidianamente noticiado, infelizmente ensejam dissabores políticos devido às conveniências em sua implantação e fragmentação diante de mudança governamental.

Muda-se o governo, reorienta-se a gestão e, a alocação e distribuição de recursos dão margem a desconfianças no dever diligente do poder público (BARBOSA, 2008).

Por essa razão, as diretrizes culturais ensejaram a criação do Plano Nacional de Cultura, que contou com a participação da sociedade civil e governo a partir de uma perspectiva ampliada de cultura, articulando-se as dimensões simbólica, cidadã e econômica<sup>32</sup> na formulação de políticas culturais.

A dimensão econômica traz a cultura ao lugar de criatividade e inovação no sentido da promoção de desenvolvimento sustentável das práticas culturais desde a eficiência do compartilhamento de valores que resultam em uma forma de produção com viés econômico, a igualdade, pois significa uma obrigação moral repartir, dentre as futuras gerações, valores culturais e, por último, como fator de decisão política ao vislumbrar a importância de criação de empregos e progresso material (BRASIL, 2012).

A cidade de São Luís, no Maranhão, é conhecida por muitos brasileiros como Jamaica brasileira ou capital nacional do reggae. É perceptível que o reggae mobiliza, em São Luís, milhares de pessoas e até envolve, de acordo com a Secretaria Municipal de Turismo (SETUR) uma “cadeia produtiva” que agrega bandas, cantores, colecionadores, pesquisadores,

---

grupos de dança, DJs, radioleiros (donos da radiola), associações, ONGs e empresários<sup>33</sup>.

O reggae é um ritmo que nasceu de um processo de hibridização na Jamaica e se internacionalizou, principalmente na voz de seu maior ícone, Bob Marley. Surgido nos anos 1960, o ritmo é uma mesclagem do mento – música folclórica jamaicana – com vários gêneros musicais como os ritmos africanos, o ska e o calipso (FREIRE, 2012). A própria origem da palavra reggae é diversa. É provável que o nome seja originado da mistura entre as línguas afrocaribenhas e inglesa, presentes na Jamaica. Assim, ela significaria “revolta” ou, ainda, “desigualdade”.

Em São Luís, o setor turístico só passa a perceber o reggae como atrativo e começa a tentar explorá-lo como produto depois que o ritmo é reconhecido, pela mídia e pela classe média em geral, como parte da identidade do ludovicense, já nas décadas 1990/2000.

Desde o final dos anos de 1980, no entanto, o reggae maranhense vem sendo divulgado fora do estado, mesmo que seja individualmente por grupos musicais, pelas radiolas e por pessoas interessadas em reggae (FREIRE, 2012). A partir do momento em que o reggae passa a atrair pessoas para viajarem ao Maranhão, ele se torna um “produto em potencial” para o turismo e empregabilidade no estado.

É possível inferir, com base em estudos acadêmicos sobre o reggae que a midiáticação e a prática redimensionaram o potencial criativo em São Luís na medida em que torna-se tanto instrumento de plataforma política quanto incentivo ao consumo agregando, nessa perspectiva, a construção de uma rede de fomento à cadeia produtiva do reggae na cidade.

---

<sup>33</sup> A Secretaria Municipal de Turismo começou a desenvolver, em 2006, o projeto “São Luís – Ilha do Reggae”, cujo objetivo, segundo o folder de divulgação, é “promover o Reggae como produto turístico, por meio do fortalecimento de sua identidade, valorização dos costumes locais, da articulação e integração dos segmentos, visando a satisfação dos visitantes, comunidade e agentes dos segmentos do Reggae em São Luís. No projeto, a prefeitura considera como cadeia produtiva do reggae todos os segmentos acima citados.

Nesse contexto, o presente projeto orienta-se na caracterização do seguinte problema: em que medida o reggae de São Luís apresenta-se como prática cultural de mercado capaz de atrair e fomentar a empregabilidade, a inclusão e viabilizar, no plano normativo, a orientação das políticas públicas culturais?

## **OBJETIVOS**

O objetivo geral do presente trabalho é analisar as práticas do reggae em São Luís, em suas dimensões simbólica, econômica, cultural enquanto modelo de fomento à prática cultural e incentivo do Estado na interface entre criatividade, empreendedorismo e inclusão.

Objetivos específicos

- a)** Caracterizar os atores que compõem as práticas de reggae em São Luís;
- b)** Caracterizar a dinâmica de mercado do reggae na cidade, seu público frequentador;
- c)** Analisar as dimensões que a prática do reggae refletem na tríade criatividade, sustentabilidade e desenvolvimento enquanto setor criativo;
- d)** Analisar a interface entre as políticas públicas de cultura e mercado do reggae em São Luís;
- e)** Analisar a atuação do Estado enquanto ator de fomento e regulação;
- f)** Analisar o fenômeno das radiolas, os seus produtos;
- g)** Demonstrar as nuances entre os produtos da cadeia do reggae e os marcos regulatórios que efetivem a uma práxis criativa e cidadã.

## **METODOLOGIA**

Os pressupostos metodológicos norteadores da presente proposta fundamentam-se no entendimento que:

- a) A realidade social não pode ser controlada, é complexa e resultado de diversas determinações e contradições;
- b) A análise social requer a interlocução dos sujeitos responsáveis pelo processo de implementação e dos beneficiários dos serviços;
- c) O desenvolvimento de qualquer processo avaliativo constitui um compromisso com mudanças na realidade analisada.

Utiliza-se, portanto, o método crítico-dialético, desenvolvendo-se a avaliação, partindo-se do abstrato ao concreto, com a sustentação de diversos procedimentos de pesquisa, de fontes e de sujeitos, interessados nesse processo, na constante tentativa de superação da aparência para o encontro da essência, em maior grau de aproximação com a realidade.

Na presente proposta, entende-se avaliação como uma modalidade de pesquisa social aplicada, que envolve necessariamente um julgamento de valor. Nesse desiderato o ato de avaliar não é neutro, nem está desvinculado das relações de poder entre os sujeitos e instituições envolvidas. Assim, compreende-se a avaliação como ato técnico, mas também político. Dotado de objetividade e independência, mas por que fundado na realidade não é desinteressado.

Quanto aos procedimentos ou técnicas de pesquisa, que consistem em instrumentos para colher informações e para analisá-las, consoante pode ser verificado no quadro a seguir, foram selecionadas: a observação simples; o relatório de visita; a análise de documentos; e a realização de entrevistas semi-estruturadas.

A observação simples é utilizada para conhecer os comportamentos e situações de caráter público, não integrando o pesquisador o grupo pesquisado. Deste modo, serão objeto de observação: a infraestrutura física no que se refere às condições materiais, os frequentadores, a disponibilidade.

A visita centra-se em observação no local cujas condições, materiais e humanas, são objeto da pesquisa e que serão resumidas em relatório que descreverá os elementos considerados relevantes, objetivos e subjetivos. A visita se integrará com a observação e terá por objetivo aferir os elementos da estrutura física no que se refere ao público, a midiaticização das radiolas, as festas e a construção dos clubes.

A análise de documentos refere-se à apreciação e à interpretação de dados verificados em registros documentais. Serão analisados e avaliados desde roteiros turísticos, reuniões e articulação entre as Secretarias de Turismo e Cultura, relatórios acadêmicos que tenham como proposta a análise do perfil de trabalho e outras variáveis significativas.

A entrevista semi-estruturada reside em um roteiro preliminar, não-fechado, para questionar sujeitos integrantes dos clubes de reggae, os DJs, o mercado, onde são reproduzidas as práticas de reggae e o consumo, permitindo-lhes contribuir além das questões previamente fixadas. Com essas noções, passa-se a demonstrar, no quadro a seguir, as variáveis, indicadores e procedimentos de pesquisa para realizar a pesquisa avaliativa proposta.

## **CONCLUSÃO**

Acredita-se que a partir do estudo, será possível vislumbrar as articulações entre as práticas culturais no Maranhão e as ações desenvolvidas pelo Estado.

## **REFERENCIAS**

BRASIL. Ministério da Cultura. Plano da Secretaria da Economia Criativa: políticas, diretrizes e ações (2011 a 2014). ISBN 978-85-60618-08-8.

BRASIL. Plano Brasil sem miséria. Disponível em: <http://www.brasilsemisericia.gov.br>.

BURRI, Mira. Cultural Diversity as a concept of Global Law: origins, evolution and prospects. Vol.2, 2010, pp. 1059-1084. Disponível em: <http://www.ssrn.com/abstract=1585139>. Acesso em: jul.2012.

FURTADO, Celso. Economia do Desenvolvimento: curso ministrado na PUC-SP em 1975. In: Arquivos Celso Furtado. N. 2, p.31.

FLEW, Terry. The creative industries: culture and policy. London: Sage Publications, 2012.

LUSTOSA, Frederico. Instituições, cultura e desenvolvimento sustentável na bacia cultural do Araripe. Cadernos Ebape BR. V.8. nº1, artigo 9. Rio de Janeiro, Mar.2010. Disponível em:<http://WWW.ebape.fgv.br/cadernosebape>. Acesso em: jul.2012.

TOLILA, Paul. Cultura e economia. São Paulo: iluminuras, 2007, p. 25.

BRASIL. Plano Brasil sem miséria. Disponível em: <http://www.brasilsemiseria.gov.br>.

UNCTAD. Creative economy: a feasible development option. Genebra: 2010.

ALVAREZ, V. C. **Diversidade cultural e livre-comércio: antagonismo ou oportunidade**. Brasília: Unesco IRBr, 2008.

BRESSER-PEREIRA, L. C. **O conceito histórico do desenvolvimento econômico**. Disponível In: <http://files.desenvolvimentoeconomicoufv.webnode.com.br/200000010->

BARBOSA DA SILVA, F. A; ARAÚJO, H (coordenadores) **Indicador de Desenvolvimento da Economia da Cultura, IPEA, Brasília, 2010**.

BARBOSA DA SILVA, F. A; ARAÚJO, H; SILVEIRA, F.G.; SOUZA, A.L. **CULTURA, Consumo e direitos**, apresentação FUNDAJ, Recife, sem referências

BARBOSA DA SILVA, F. A; ARAÚJO, H; Midlej, S. **A Constituição e democracia cultural**. Políticas Sociais: acompanhamento e análise – vinte anos da Constituição Federal. Brasília, 2009. v. 2, n. 17.

BARBOSA DA SILVA, F. **Concentração de cultura - Os gastos em consumo cultural no país possuem um grau de concentração semelhante ao da renda**, in Mural Pesquisa, FGV-Executivo, vol.7 nº2 mar/abr 2008.

\_\_\_\_\_. **Evolução do mercado de trabalho cultural: 2002-2008**, in Castro, J. A. & Vaz, F. M. Situação Social Brasileira, 229-244, IPEA, Brasília, 2011.

\_\_\_\_\_. **Emprego formal no setor cultural: 1994 a 2002**. Brasília: Ipea, 2007 (Texto para Discussão, n. 1276).

\_\_\_\_\_. **Cultura Viva e o Digital**, in Barbosa, F. Calabre, L. Pontos de Cultura – Olhares sobre o Programa Cultura Viva, IPEA, Brasília, 2011

\_\_\_\_\_. **Imagens na Pedra: políticas culturais no Brasil**, Tese de Doutorado, SOL/UnB, Brasília, 2000

BARROS, J. M. (Org.). **Diversidade cultural: da proteção à promoção**. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

BOLAÑO, C. *et alii* **Economia política da internet**, Ed. UFS/Fundação Oviêdo Teixeira, Sergipe, 2006

BOTELHO, I. **Os equipamentos culturais na cidade de São Paulo: um desafio para a gestão pública, espaço e debates**. Revista de estudos regionais e urbanos. São Paulo, n. 43/44, [s.d.].

BOURDIEU, P. **La Distinction-Critique sociale du jugement**. Paris: Edition de Minuit, 1979.

\_\_\_\_\_. **As regras da arte**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

BRASIL. Presidência da República (PR). Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

CALABRE, L. **A problemática do desenvolvimento dentro do campo de construção de políticas culturais**. In: **Plano da Secretaria da Economia Criativa: políticas, diretrizes e ações**. 2011-2014. Brasília. Ministério da Cultura, 2011.

\_\_\_\_\_. **Desenvolvimento e políticas culturais: visões e revisões**, sem referências.

CARDOSO JR., J. C. **De volta para o futuro? as fontes de recuperação do emprego formal no Brasil e as condições para sua sustentabilidade temporal**. Brasília: Ipea, 2007 (Texto para Discussão, nº 1310).

CODES, A,L.M de . **Métodos de estudo sobre pobreza: abordagens tradicionais e a modelagem de equações estruturais**, Brasília: IPEA, 2008 (Texto para Discussão, nº 1345)

DE LA DIVERSITÉ culturell au dialogue interculturel. Culture & Recherche. Hiver, 2007-2008. Disponível em: <<http://www.culture.gouv.fr>>.

EAGLETON, T. **A idéia de cultura**. São Paulo: UNESP, 2005.

FUKUDA-PARR, S. **En busca de indicadores de cultura y desarrollo: avances y propuestas**. In: Informe mundial sobre la cultura 2000. São Paulo: Moderna; Paris: Unesco, 2004.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **Economia da cultura: reflexões sobre as indústrias culturais no Brasil**. Brasília, IPC/Secretaria de apoio à Produção Cultural. MINC, 1988.

FURTADO, C. **Discurso de 04/06/1986**. In: **MINC. Lei Sarney: regulamento, benefícios fiscais na área da cultura**. Brasília. 1988-A.

\_\_\_\_\_. **Prefácio**. In: Fundação João Pinheiro. **Economia da cultura: reflexões sobre as indústrias culturais no Brasil**. Brasília, IPC/Secretaria de apoio à Produção Cultural. Minc, 1988.-B

\_\_\_\_\_. **Os desafios da nova geração**. In: Revista de Economia Política, vol. 24, nº 4 (96), outubro-dezembro/2004. pp. 483-486 Disponível em: <http://www.rep.org.br/pdf/96-1.pdf>

- \_\_\_\_\_. **Ensaio sobre Cultura e o Ministério da Cultura**, Ed. CONTRAPONTO/ Centro Internacional Celso Furtado de Pesquisas para o Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 2012.
- HAQ, M. **The Birth of the Human Development Index**. In: FUKUDA-PARR, S; KUMAR, A. K. S. (Org.). *Readings in Human Development: Concepts, Measures and Policies for a Development Paradigm*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 103-113.
- HERMET, G. **Culture et développement**, Presses de Sciences PO, 2000.
- JANNUZZI, P. M. **Indicadores sociais no Brasil**. Campinas: Alínea, 2001.
- MATTELART, A. **Diversidade cultural e globalização**. São Paulo: Editorial Parábola, 2005.130
- MORAES, G.; PETERS, D. **Diversidade cultural e a convenção da Unesco**. São Paulo: Fundação Ford, CBDC, 2006.
- ORTIZ, R. **Cultura e Desenvolvimento**. In: *Políticas Culturais em Revista*, 1(1), p. 122-128, 2008 – [www.politicasculturaisemrevista.ufba.br](http://www.politicasculturaisemrevista.ufba.br)
- PERROUX, F. **A filosofia do novo desenvolvimento**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1981.
- RAWLS, J., **Uma Teoria da Justiça**, São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2002.
- RAMOS, L. **O desempenho recente do mercado de trabalho brasileiro: tendências, fatos estilizados e padrões espaciais**. Brasília: Ipea, 2007 (Texto para Discussão, nº 1255).
- REIS, E. J. et al. **O PIB dos municípios brasileiros: metodologia e estimativas – 1970-1996**. Rio de Janeiro: Ipea, jan. 2005 (Texto para Discussão, n. 1064).
- RODRIGUEZ, O. **O estruturalismo Latino-americano**, Ed. Civilização Brasileira-CEPAL, RJ, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Desenvolvimento e cultura – a perspectiva de Celso Furtado**, in *O estruturalismo Latino-americano*, Ed. Civilização Brasileira - CEPAL, RJ, 2009.
- SHUSTERMAN, R. **Vivendo a arte – o pensamento pragmatista e a estética popular**, Editora 34, SP, 1998, pg. 249,
- SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SILVEIRA, F.G. et AL **Dimensão, magnitude e localização das populações pobres no Brasil**, Brasília: Ipea, 2007 (Texto para Discussão, nº 1278)
- SOUSA SANTOS, B. **Uma concepção multicultural de direitos humanos**. In: *Lua Nova*, nº 39. São Paulo, 1997.
- UNESCO - **Unesco Framework For Cultural Statistics**. 1st ed. Draft, Dec. 2007.
- BRASIL. **Comissão de Seguridade Social e família: Subcomissão especial destinada a analisar e diagnosticar a situação em que se**

**encontram as políticas de governo relacionadas às doenças determinadas pela pobreza.** Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br>. Acesso em: 20 ago.2014.

CAPELLA, Ana Cláudia N. Perspectivas Teóricas sobre o Processo de formulação de políticas Públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo. **Políticas Públicas no Brasil**. Rio de Janeiro, Fiocruz, 2007, p. 87 – 143.

DYE, Thomas. **Understanding public policy**. 13ª ed. Boston: Pearson, 2011, cap. 1 Policy analysis: what governments do, why they do it, and what difference it makes. p. 1 – 10.

HOWLLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. **Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integradora**. Tradução de: Studying public policy, 3 rd ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, cap. 4. Montagem da agenda. p. 103 – 122.

## **PATRIMÔNIO CULTURAL AMBIENTAL E DIREITOS AUTORAIS: INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO DA CULTURA.**

*Carolina Medeiros Bahia*<sup>34</sup>

*Fábio Fernandes Maia*.<sup>35</sup>

*Grupo de Estudos de Direito Ambiental na sociedade de Risco GPDA - UFSC.*

**RESUMO:** O patrimônio cultural ambiental brasileiro é marcado pelo seu pluralismo e deve-se buscar meios para garantir sua existência e preservação. Para tanto, dentre os instrumentos existentes no ordenamento jurídico brasileiro destacam-se os planos de cultura, o tombamento e o registro. Adiciona-se a tais instrumentos as recentes discussões sobre o papel da propriedade intelectual, especialmente o direito autoral, nas políticas públicas nacionais sobre cultura.

**PALAVRAS-CHAVE:** PATRIMÔNIO CULTURAL AMBIENTAL; DIREITOS AUTORAIS; PLANOS DE CULTURA; TOMBAMENTO; REGISTRO.

### **INTRODUÇÃO**

O conceito de meio ambiente é compreendido, no Brasil, de maneira ampla, holística, abrangendo não apenas os recursos naturais como aspectos da interação entre o homem e

---

<sup>34</sup> Mestre e Doutora pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora Adjunta-A na Universidade Federal de Santa Catarina. Membro do Grupo de Estudos de Direito Ambiental na sociedade de Risco (GPDA) na mesma Universidade.

<sup>35</sup> Advogado, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor no Centro Universitário Estácio de Sá e substituto na UFSC. Atuando com assistência e assessoria jurídica popular.

a natureza. Daí falar-se, hoje, na existência tanto do meio ambiente natural, quanto artificial, do trabalho e cultural.

Desse modo, a cultura pode ser compreendida como um dos elementos que integram o meio ambiente e, enquanto tal, indispensável para a manutenção da sadia qualidade de vida. Em virtude da sua essencialidade para a construção de nossa identidade multicultural, também desponta como garantia da preservação social dos povos e exercício do direito à memória (WOLFF, 2014), funcionando como anteparo contra a perda de identidade, um dos efeitos marcantes do atual processo de globalização.

A relevância da sua proteção também se dá em virtude da cultura funcionar como importante vetor de desenvolvimento econômico sustentável, na medida em que auxilia na diminuição, ainda que suave, dos desequilíbrios no intercâmbio de valores culturais em escala mundial (DRUMMOND; NEUMAYR, 2011, p. 35).

Nesse cenário, o direito autoral apresenta-se como elemento que precisa ser alinhado com as políticas nacionais de promoção, preservação e acesso à cultura, tendo em vista que o enrijecimento destes direitos pode causar prejuízos irreparáveis ao interesse público e ao desenvolvimento do pluralismo cultural.

## **OBJETIVOS**

O objetivo do presente trabalho é o estudo do patrimônio cultural ambiental brasileiro, enfocando não apenas o conceito jurídico de cultura e seu tratamento pelo texto constitucional de 1988, mas também em sua interface com os direitos autorais.

## **MÉTODO**

Método de abordagem dedutivo. Método de procedimento monográfico. Técnica de pesquisa bibliográfica.

## RESULTADOS

Como conceito genérico e abstrato, a cultura pode ser definida sob diversas perspectivas teóricas (pode ser analisada sob o ponto de vista ético, religioso, filosófico etc), sendo que, dentre elas, a mais difundida leva em consideração a sua visão antropológica.

Apesar da sua relevância, o seu conceito antropológico está longe de ser uniforme e, atualmente, há muitas discussões em torno da sua definição.

No entanto, o que há em comum entre todas as abordagens atuais de cultura é a compreensão de que ela é estruturada a partir de símbolos desenvolvidos pelos integrantes de cada realidade cultural, que todo ser humano atua na sua produção e que é precisamente este dado que possibilita existência de uma diversidade cultural.

Se do ponto de vista antropológico não é possível encontrar um conceito unívoco, sob o prisma jurídico, as dificuldades de conceituação da cultura são ainda mais aquilatadas, pois, muito embora a Constituição Federal de 1988 tenha dedicado uma seção própria para a cultura, impondo ao Estado o dever de garantir os direitos culturais aos cidadãos, não chegou a formular uma definição.

As primeiras ideias de patrimônio cultural desenvolvidas no Brasil guardaram grande conexão com a visão europeia, predominante nos séculos XIX e XX, que o encarava como um conjunto de bens corpóreos, autênticos, com caráter monumental ou excepcional.

Com o passar do tempo, evidenciou-se, porém, que essa compreensão, extremamente tacanha, não tinha aptidão para dar conta de toda a variedade e das tensões que sempre marcaram a produção cultural brasileira, construída diuturnamente por diversos segmentos sociais e desenvolvida tanto por escritores, artistas, músicos e sábios quanto por criações anônimas, que simbolizam a “alma popular”.

Nesta linha, um grande passo dado pelo texto constitucional de 1988 foi a adoção de uma noção ampla e atual de patrimônio cultural, que, abandonando a visão elitista antes predominante, engloba tanto aspectos materiais quanto imateriais da cultura, tutelando tanto as manifestações eruditas quanto as cotidianas e populares, independentemente do seu excepcional valor universal ou do seu caráter monumental.

Contudo, apesar de a Constituição acolher uma concepção bastante abrangente, pode-se afirmar que não protege a cultura em toda a extensão da sua concepção antropológica, pois só há preservação jurídica dos bens e valores culturais que portem uma referência à identidade, à ação ou à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Enquanto direitos fundamentais, pode-se dizer que esses direitos apresentam, pelo menos, uma dupla proteção. Na dimensão de liberdade de ação cultural, assumem o caráter de direito de defesa, assegurando determinadas posições subjetivas do indivíduo em face do Estado, que, neste caso, não pode impedir que o indivíduo viva de acordo com os signos e com os valores de sua cultura. Sob este prisma, qualquer pessoa pode expressar qualquer atividade cultural, intelectual, científica, artística ou de comunicação, desde que não esteja vedada em lei. Essa liberdade pode se manifestar tanto com a participação quanto com o acesso e com a colaboração na formação da própria vida cultural da sociedade.

Contudo, como a dimensão de liberdade não é suficiente para assegurar o pleno exercício dos direitos culturais, o art. 215 da Constituição exige determinadas prestações positivas do Estado para tornar o acesso à cultura eficaz, impondo, assim, que o Estado “apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais” e, de modo particular, que o Estado “protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”. Neste último caso, nota-se que o constituinte foi ainda mais cauteloso, não se contentando com o simples apoio ou incentivo, mas exigindo a proteção das

manifestações culturais dos grupos que participaram do processo civilizatório nacional.

Ao utilizar expressões como “segmentos étnicos nacionais” e “culturas populares indígenas, afro-brasileiras e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”, a Constituição reconhece a existência de diversas etnias e, dentre estas, diversas culturas, que compõem a identidade cultural brasileira. Desta forma, o ordenamento jurídico brasileiro afirma o pluralismo cultural como valor a ser reconhecido e garantido constitucionalmente (SANTOS, 2003).

Entretanto, assegurar o pluralismo cultural não é o mesmo que negar a existência de uma etnia nacional. Como bem ressalta Darcy Ribeiro (1998, p. 19), existe uma etnia brasileira, formada pela confluência de matrizes raciais distintas, tradições culturais diferentes e diversas formações sociais, que, juntas, compõem um povo novo.

No entanto, não se pode, com isso, afirmar que a cultura brasileira é homogênea ou uniforme. Isso teria como consequência a própria negação do pluralismo cultural no Brasil. A heterogeneidade da cultura brasileira é consequência histórica da fusão dos diversos povos que constituíram a etnia brasileira, onde as diversas nações indígenas que viviam originariamente em nosso território mesclaram-se aos portugueses que ocuparam as nossas terras a partir do século XVI e somaram-se, por fim, aos africanos que foram trazidos, como mão-de-obra escrava, de diversas regiões da África. Além disso, a ausência de uniformidade foi assegurada por três forças diversificadoras, destacadas por Ribeiro (1998, p. 21). Seriam elas:

A ecológica, fazendo surgir paisagens humanas distintas onde as condições de meio ambiente obrigaram adaptações regionais. A econômica, criando formas diferenciadas de produção, que conduziram a especializações funcionais e aos seus correspondentes gêneros de vida. E, por último, a imigração, que introduziu, nesse magma, novos contingentes humanos, principalmente europeus, árabes e japoneses (RIBEIRO, 1998, p. 21).

Sob o império destas três forças, foram construídos tipos bem distintos de brasileiros: os sertanejos do nordeste, os caboclos da Amazônia, os caipiras do Sudeste, os gaúchos do Sul, além de outras formações como os nipo-brasileiros e os ítalo-brasileiros (RIBEIRO, 1998, p. 19), que acentuam o caráter antagônico e plural da nossa cultura e enfatizam a importância do reconhecimento do pluralismo cultural como valor.

Nas palavras de José Afonso da Silva (2001, p. 76), “optar por uma sociedade pluralista significa acolher uma sociedade conflitiva, de interesses contraditórios e antinômicos”, que se contrapõe à sociedade monista que “mutila e engendra as ortodoxias opressivas”. Esta é a importância do pluralismo cultural: garantir a liberdade individual de escolha dos valores culturais a serem seguidos e assegurar a permanência da diversidade cultural, que compõe a cultura brasileira e tornam-na tão rica.

Outro valor destacado pelo texto constitucional é o da democracia participativa no contexto cultural. Neste sentido, o § 1º do art. 216 da Constituição ressalta a importância da colaboração da comunidade que, juntamente com o Poder Público, deverá promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro. Aqui, mais uma vez a Constituição afasta-se do mito liberal de separação entre Estado e sociedade civil, retirando a comunidade de uma posição exclusivamente passiva e convocando-a para a defesa do patrimônio cultural.

Como decorrência do pluralismo cultural, da liberdade e da democracia, Santos (2003, p. 71) compreende que todas as manifestações populares devem receber do Poder Público igual tratamento, quanto ao incentivo e apoio para a sua valorização e divulgação. Contudo, este apoio deve ocorrer por mecanismos que favoreçam a livre procura das manifestações culturais, que facilitem o acesso do povo à cultura e que tornem a difusão cultural igualitária e nunca por instrumentos que imponham uma cultura determinada. Neste contexto, também é fundamental que o Estado promova, através de ações voltadas para a ampliação dos meios de difusão artística e promoção de lazer, a

democratização da cultura, tentando igualizar os socialmente desiguais (SILVA, 2001, p. 49).

Ao garantir aos cidadãos o acesso aos direitos culturais, o constituinte de 1988 não se olvidou em estabelecer os principais instrumentos voltados a tutela do patrimônio cultural brasileiro, prevendo no § 1º do art. 216 que “o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação”.

Além dos instrumentos mencionados expressamente pelo texto constitucional, vale destacar a importância da tutela penal e da imposição de sanções administrativas, aprofundadas em capítulos específicos desta obra, na proteção do patrimônio cultural. De fato, a Lei nº 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais) inovou ao dedicar uma seção específica para os crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural e ao oferecer um amplo repertório de sanções para as infrações administrativas contra o meio ambiente.

Do mesmo modo, todo comportamento ou atividade que danifique bens que integrem o nosso patrimônio cultural, sujeitarão os infratores, além das sanções administrativas e penais cabíveis, à obrigação de reparar os danos causados de forma objetiva, nos termos do parágrafo único do art. 14 da Lei 6.938/1981.

Assim, devem ser analisados no futuro desenvolvimento deste trabalho, além do sistema nacional de cultura, os três principais mecanismos de tutela à disposição do Poder Público para a proteção e difusão dos bens culturais na sociedade brasileira: os planos de cultura, o tombamento e o registro.

Nesse ambiente, destaca-se também o direito autoral como instrumento de proteção aos aspectos imateriais da cultura. O direito de autor é marcado pela atividade intelectual nos campos literário e artístico, e garante ao criador da sua obra o direito de explorá-la de forma exclusiva. Este direito é constituído por uma vertente moral e outra patrimonial.

No entanto, o direito autoral apresenta-se como um grande desafio para políticas nacionais de promoção, preservação e acesso à cultura, tendo em vista que se observa um tratamento maximalista para a proteção destes direitos, o que vem causando prejuízos irreparáveis ao interesse público e ao desenvolvimento do pluralismo cultural.

## **CONCLUSÃO**

Os direitos autorais frente a sua função social devem ser considerados nas políticas públicas nacionais que versam sobre direitos culturais como mais um elemento, juntamente com planos de cultura, o tombamento e o registro, para o seu desenvolvimento. Assim, deve-se afastar o ponto de vista estritamente exclusivistas dos direitos de titulares de direitos de propriedade intelectual.

Com a proteção inquestionável por meio da propriedade intelectual busca-se somente um lado da moeda: o retorno pelos investimentos necessários para o desenvolvimento de uma determinada obra ou tecnologia. Fica de fora a outra face, a necessidade que há de difundir o conhecimento, de preservar a cultura, e o valor não apenas econômico dos bens culturais. É a socialização do conhecimento e a preservação do patrimônio já existente que fará com que o patrimônio cultural ambiental brasileiro.

## O AMBIENTE INSTITUCIONAL E AS ESTRUTURAS DE GOVERNANCE NA GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS AUTORAIS NO BRASIL

*Daniel Campello Queiroz*<sup>36</sup>

*Programa de Políticas Públicas e Desenvolvimento - UFRJ*

**RESUMO:** a gestão coletiva de direitos autorais no Brasil é permeada conflitos e por altos custos de transação. Historicamente, a ausência de “regras claras” na área potencializa a existência de conflitos, e a consequência são custos de transação relacionados a estes, tendo em vista que a complexa divisão do trabalho que envolve toda a cadeia produtiva da música eleva a necessidade da existência de instituições. Assim, a descrição do ambiente institucional, dos arranjos institucionais e dos contratos dá margem à análise da interação entre esses vetores, de modo a verificar-se o porquê de haver tantos conflitos entre as entidades de gestão coletiva, os usuários e os titulares de direito. Os conceitos de organizações, instituições, custos de transação, direitos de propriedade e estruturas de governança tornam-se, desta forma, essenciais para a utilização de uma teoria das instituições como ferramenta de análise da atuação das entidades de gestão coletiva que exercem a gestão coletiva dos direitos autorais de música no Brasil. A Lei 12.853/13 cria uma estrutura de governança pública e especializada com funções de mediação e arbitragem dos conflitos para mitigar a profusão desses, de modo que estruturas de governança privadas como o ECAD passam a ter regras formais sobre sua atuação, o que já tem

---

<sup>36</sup> Graduado pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO, em 2004, inscrito na OAB/RJ desde dezembro de 2004. Mestre em Propriedade Intelectual com ênfase em Direito Autoral pela UFRJ, em 2013. Atua na área de Direito Autoral desde 2005. Foi Assessor Jurídico da Associação Brasileira dos Editores de Música – ABEM, em 2006. É autor de uma série de artigos científicos e jornalísticos publicados em diversos veículos, acadêmicos e da grande imprensa.

causado redução de conflitos e, em consequência, de custos de transação, aumentando os rendimentos dos titulares de direitos beneficiários da gestão coletiva.

**PALAVRAS-CHAVE:** DIREITOS AUTORAIS; GESTÃO COLETIVA; INSTITUIÇÕES; CUSTOS DE TRANSAÇÃO; ESTRUTURAS DE GOVERNANCE; ARRANJOS INSTITUCIONAIS

## INTRODUÇÃO

O tema dos direitos autorais tem passado por importantes transformações. Para a propriedade intelectual, em geral, usar a palavra crise pode soar exagerado a alguns, mas extremamente cabível para outros.

Para o direito autoral, em específico, além da crise, a expressão em xeque não soa exagerada para muitos jovens que trocam arquivos literários, audiovisuais e musicais através da internet. Este contexto é, então, a linha mestra que não apenas delimitou como, principalmente, impulsionou a elaboração desta pesquisa.

O advento da grande rede mundial de computadores, e a possibilidade de difusão de conteúdo através da mesma, causou uma série de questionamentos a respeito do sistema de propriedade intelectual vigente.

Com a possibilidade de compactação e armazenamento de arquivos em formato digital, iniciou-se uma série de profundas transformações em relação à forma como os indivíduos consomem as obras artísticas, e sem dúvida a música foi a área que sentiu de forma mais evidente essa série de mudanças.

No início dos anos 2000, jornais e veículos especializados passaram a noticiar números alarmantes que apontavam a queda das vendas físicas de músicas – principalmente de CDs – no período que alguns denominam de a derrocada da indústria do disco no Brasil e no mundo.

O fato é que esse cenário possibilitou uma realocação de papéis dos envolvidos na indústria cultural, o que, por essas razões, ocorreu de forma sensivelmente notória no mercado da música.

Com um mercado em virtual crise de vendas, reduziram-se as possibilidades de investimento das gravadoras e editoras musicais, fazendo com que houvesse uma série de questionamentos, por parte dos artistas – compositores, intérpretes e outros envolvidos na cadeia produtiva –, a respeito da atuação das entidades de gestão coletiva, bem como dos altíssimos custos de transação associados à complexa divisão do trabalho que dá margem à produção de conteúdo musical.

A partir daí, uma série de conflitos foram levados ao crivo do Poder Judiciário para serem solucionados, envolvendo principalmente o ECAD, usuários de direitos autorais – tais como emissoras de televisão e rádio – compositores e editoras musicais.

Houve, também, e como restará demonstrado neste estudo, uma migração das editoras musicais para o controle das receitas obtidas pelas entidades de gestão coletiva de direitos de execução pública e pelo ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição de Direitos Autorais –, já que esse sistema passou a ser o mais bem remunerado, tendo em vista a queda das vendas físicas.

Dentro deste cenário, busca-se por meio deste estudo avaliar de que forma a Lei 12.853/13 influenciou em toda esta problemática, e, criando um ambiente e um arranjo institucional que antes não existia, favoreceu à cooperação no mercado e reduziu o número de conflitos de interesse antes corrente.

## **OBJETIVOS**

Importante esclarecer que esta pesquisa é interdisciplinar, de modo que seus objetivos envolvem a área econômica e a área jurídica. Nesse sentido, a questão central a ser analisada, ao se estudarem as consequências da Lei 12.853/13, tem alguns objetivos.

O primeiro deles, com viés exploratório, consiste em elaborar um panorama do mercado de música no Brasil, buscando-se levantar uma perspectiva histórica da gestão coletiva brasileira, concentrando a análise no período que vai dos anos 1990 até a primeira década dos anos 2000, período em que foi notória uma série de transformações nesse mercado.

O intuito é conhecer e mapear as relações econômicas entre os agentes nesse setor da economia, com a função de fomentar o objetivo geral da pesquisa. Além disso, a pesquisa tem o objetivo descritivo de estudar as fontes de conflitos e, assim, de custos de transação.

## MÉTODO

Esta pesquisa utiliza-se do método dedutivo – do mais geral para o mais específico – para estruturar as análises propostas.

Dessa forma, aborda-se a teoria econômica das instituições na qual esta pesquisa é baseada, com base na Teoria dos Custos de Transação de Williamson, explicando-se os conceitos de *instituições*, *ambiente institucional*, *arranjos institucionais*, *custos de transação* e *estruturas de governança*.

A primeira parte, dessa forma, é a base conceitual que é utilizada como ferramenta nos demais capítulos da dissertação. Importante também atentar para o *ambiente institucional* da área, isto é, a Constituição da República, o Código Civil, a Lei de Direito Autoral e a Lei 12.853/14.

Deste ambiente, emergem as *estruturas de governança* que formam os *arranjos institucionais* em que as atividades de gestão coletiva ocorrem – quais sejam as editoras musicais, o ECAD e as entidades de gestão coletiva de direitos de execução pública de música, e o ente governamental a ser criado para atuar no tema – figura hoje exercida pela Diretoria de Direitos Intelectuais do Ministério da Cultura.

Assim, tendo sido explicitado o cenário em que as transações ocorrem, analisam-se os casos de solução de conflitos ocorridos após a promulgação da Lei 12.853/13, como

demonstração de que “regras do jogo” mais claras dão margem a um ambiente de cooperação, reduzindo custo de transação e conflitos.

## RESULTADOS

Como afirmado a respeito da importância desta pesquisa, espera-se, inicialmente, a partir da análise proposta, demonstrar que a Lei 12.853/13 reduziu sensivelmente o vazio institucional corrente na área de gestão coletiva de direitos autorais no Brasil e, conseqüentemente, gerou uma interação entre as *instituições* e os *contratos* firmados entre usuários de direitos e essas entidade, de modo que verificou-se a solução de alguns conflitos de interesse existentes na área. Esse estudo tem por objetivo verificar e quantificar os resultados desses conflitos.

## CONCLUSÃO

As alterações apresentadas pela nova Lei 12.853/13, que altera a Lei de Direitos Autorais 9.610/1998, trazem uma maior rigidez na fiscalização do desempenho das atividades pelo ECAD e suas associações.

Neste sentido, conforme disposto no artigo 98-A, as associações passam a ser fiscalizadas pelo Ministério da Cultura, sendo obrigadas a apresentar, anualmente, a comprovação de que preenchem os requisitos e estão aptas a atuar como associação e, ainda, de que têm as condições necessárias para assegurar aos titulares uma administração eficaz e transparente dos seus direitos.

Assim, uma vez apta a atuar como associação de gestão coletiva no Brasil, a associação passará a ter algumas obrigações, decorrentes das alterações implementadas pela nova Lei, dentre as quais algumas merecem destaque.

A primeira delas, sem qualquer ordem de importância, é a obrigação disposta no §6º do artigo 98 da Lei, que determina que as associações deverão criar um cadastro unificado de obras e fonogramas de modo a unir o maior número de comprovações de autoria, interpretação e participações, visando a prevenir

cadastros fraudulentos de terceiros, como ocorreu recentemente no caso de Milton Coitinho dos Santos, que enviou *cuesheets* de um filme com a informação de que seria ele o titular dos direitos autorais e conexos a serem distribuídos.

Em seguida, os parágrafos 7º e 8º desse mesmo artigo determinam que todas as informações que deverão constar nesse cadastro unificado são de interesse público e que o acesso deverá ser disponibilizado a qualquer interessado, de forma gratuita, podendo o Ministério da Cultura controlar e solicitar retificação nas informações em caso de inconsistência.

Os usuários, por sua vez, além da obrigação de entregar à sua associação, imediatamente após o ato de comunicação ao público, a relação completa das obras e fonogramas utilizados, passam a ser obrigados, de acordo com o §6º do artigo 68, assim como o ECAD, a tornar pública e de livre acesso essa relação do repertório utilizado.

As emissoras de rádio e de televisão terão um prazo um pouco maior para o cumprimento dessas obrigações, devendo apresentá-las e disponibilizá-las até o dia 10 do mês seguinte à utilização.

Importante observar que as alterações e regras estabelecidas pela nova Lei não norteiam apenas o modo de atuação do ECAD perante os titulares e os usuários dos direitos.

As novas regras influenciam diretamente na organização interna do ECAD e na sua estrutura como associação. Como exemplo disso temos a nova regra estabelecida no §6º do artigo 97, que determina que apenas os titulares filiados a alguma associação do ECAD, com domicílio no Brasil, poderão assumir os cargos de direção nas associações.

Na antiga Lei não havia qualquer restrição nesse sentido. Além disso, os dirigentes eleitos passam a responder solidariamente, com seus bens particulares, seja por desvio de finalidade ou por qualquer inadimplemento de suas obrigações. É o que determina o artigo 100-A.

Outra alteração que diz respeito diretamente às regras internas de funcionamento do ECAD é a do §1º do artigo 99 e a

do parágrafo único do artigo 99-A, que determinam que o ECAD será dirigido e administrado por meio de voto unitário de cada uma de suas associações e, ainda, que as associações também terão o poder de voto unitário para as deliberações relativas aos critérios de distribuição. Antes não havia qualquer restrição nesse sentido, e cada associação tinha um poder de voto proporcional à sua arrecadação de acordo com os titulares e a ela filiados.

Além dessas alterações, outra que influencia diretamente na arrecadação interna do ECAD e de suas associações é a estabelecida no §4º do artigo 99, que determina que a taxa de administração cobrada pelo ECAD não poderá ser superior a 15% dos valores arrecadados, garantindo que o mínimo de 85% dessa receita será distribuído aos titulares. Com essa nova regra, o ECAD terá uma redução na sua receita advinda da taxa de administração, que passa de 25,5% para o máximo de 15%.

Como se pode notar, passam a ser impostas novas regras que tiram o ECAD da condição de Órgão soberano na fiscalização da utilização dos direitos autorais, passando ele e os usuários a serem fiscalizados pelo Ministério da Cultura.

Tanto é que a nova Lei é objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs 5.062 e 5.065) propostas pelo ECAD e pela União Brasileira de Compositores (UBC).

As ações criticam os mecanismos de fiscalização estatal da arrecadação de direitos autorais presentes na Lei. Ato contínuo, no dia 05 de maio de 2014, oito associações enviaram ao Supremo Tribunal Federal um pedido de concessão de medida cautelar para suspender a nova Lei, até que a corte aprecie de forma definitiva a sua constitucionalidade.

Os escritórios de arrecadação e o ECAD reclamam da caracterização das suas atividades como sendo de interesse público, e também das novas regras impostas para garantir a publicidade e a transparência das informações e valores arrecadados e distribuídos.

Alegam que a tutela do Estado sobre suas atividades fere os princípios constitucionais da liberdade de iniciativa, de

associação, do direito de propriedade do próprio direito de privacidade dos titulares.

Além das ADIs propostas, outra consequência da aprovação da Lei 12.853/13 foi o significativo aumento no número de acordos judiciais e extrajudiciais firmados entre o ECAD e os usuários inadimplentes.

O primeiro acordo celebrado foi com a TV Globo. Em outubro de 2013, após oito anos de disputas judiciais as duas partes chegaram a um acordo no valor de R\$ 400 milhões, a serem pagos em duas parcelas, a primeira parcela depositada no mês de dezembro do mesmo ano, referente a 75% do valor do acordo e a segunda em julho de 2014 com os 25% restantes.

O acordo também estabeleceu mensalidades no valor de R\$ 14 milhões de reais, equivalentes a 2,5% do faturamento bruto da emissora. Ainda no final do ano de 2013, o ECAD fechou mais dois acordos com operadoras de TV por assinatura, inadimplentes desde o ano de 2004. Os acordos firmados com SKY/DIRECTV e NET para pagamento dos direitos autorais em atraso, foram de R\$ 210 milhões e R\$ 125 milhões, respectivamente. Assim como no acordo com a TV Globo, foram fixados valores a serem depositados mensalmente, porém, estes valores não foram divulgados.

Seguindo a tendência de firmar acordos, em maio de 2014 o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) e a operadora de TV por assinatura CLARO TV fixam em R\$ 86,5 milhões para o pagamento dos royalties, em atraso desde o ano de 2008, quando a operadora ainda se chamava VIA EMBRATEL.

Nada obstante, permanecem em aberto disputas judiciais do ECAD com outras três operadoras de TV fechada: OI TV, GVT e VIVO TV. Os períodos de inadimplência são distintos, sendo a VIVO TV a operadora com maior tempo de inadimplência (desde 1994, dívida adquirida pela compra da TVA).

Em conclusão, o novo ambiente institucional, representado pela lei 12.853/13 permitiu que fossem diminuídos os custos de transação, após a resolução dos conflitos.

## PARADOXO DO DIREITO DE AUTOR NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

*Eduardo José dos S. de Ferreira Gomes*<sup>37</sup>  
*Grupo de Estudos em Cultura e Sociedade na UFBA*

**RESUMO:** O presente artigo tem como proposta refletir sobre o sistema de propriedade intelectual e de direitos autorais, o direito de autor nas músicas e algumas teorias da ciência cultural, sugerindo um paradoxo: o direito de autor é uma exclusividade estatal que garante a remuneração autoral em contrapartida da publicação da obra, efetivando o acesso à cultura; entretanto, algumas práticas da indústria fonográfica brasileira promovem a desvirtuação do direito de autor, que o distancia de sua *ratio legis*.

**PALAVRAS-CHAVE:** DIREITOS AUTORAIS, PROPRIEDADE INTELECTUAL, ACESSO À CULTURA.

### INTRODUÇÃO

A Propriedade Intelectual é um ramo do Direito que engloba a Propriedade Industrial, os Direitos Autorais e Conexos, e outros direitos sobre bens imateriais. É o conjunto de normas de valores patrimoniais, ou seja, não naturais, que, por consequência, protege as criações do intelecto, mas que, antes disto, nasce para premiar o espírito humano produtivo<sup>38</sup>. É

---

<sup>37</sup> Especialista em Direito da Propriedade Intelectual pela PUC/RJ, Mestre em Cultura e Sociedade pela UFBA e Doutorando em Cultura e Sociedade na UFBA .

<sup>38</sup> “A proteção da propriedade intelectual nasce como uma forma de premiar o espírito humano produtivo, e, em contrapartida, exige-se a divulgação de tais tecnologias – antes secretas – para, ao fim do privilégio, todos poderem dele gozar.” *in* BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. A usucapição nos privilégios de invenção: a apropriabilidade originária pelo uso reiterado. Dissertação (mestrado). Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2011, p.31.

um monopólio estatal que garante a remuneração autoral (inclusive estimulando novas criações) em contrapartida da publicação da obra.

Há, na doutrina, diversas definições de Propriedade Intelectual, mas aqui será adotada a da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI)<sup>39</sup>. De acordo com a OMPI, Propriedade Intelectual abrange 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 radiodifusão, 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 domínios industrial, científico e artístico. Pelo caráter muito internacionalizado no capítulo do Direito, a Propriedade Intelectual é um importante instrumento de promoção das comunicações entre culturas, de difusão do conhecimento e de desenvolvimento tecnológico; fatores determinantes para o crescimento econômico do país.

Com o Decreto Presidencial de 21 de agosto de 2001, foi criado, no âmbito da Câmara de Comércio Exterior – CAMEX (órgão de Conselho do Governo que assessora diretamente a Presidência da República), o Grupo Interministerial de Propriedade Intelectual – GIPI. Apesar de ter sua criação datada do ano de 2001, as origens do grupo são de meados da década de 1980, com uma turma formada para assessorar o governo na Rodada do Uruguai, conforme veremos adiante, resultando no Acordo TRIPs (*Trade Related Aspects of Intellectual Property*

---

<sup>39</sup> A Organização Mundial da Propriedade Intelectual (em inglês, World Intellectual Property Organization - WIPO), foi criada em 14 de julho de 1967, pela Convenção de Estocolmo, como uma das dezesseis instituições no âmbito do Sistema das Nações Unidas, para administrar acordos e tratados multilaterais como a Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, de 1883, e a Convenção de Berna, de 1886, esta, abrangendo a proteção das obras literárias e artísticas. O Brasil aderiu à Convenção de Estocolmo em 1975 (Decreto n.º 75.541/75), sendo um dos 135 atuais Estados-membros.

*Rights*) ou ADPIC (Acordo Sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio).

A atribuição do GIPI, conforme art. 1º do decreto que o instituiu, é propor a ação governamental no sentido de conciliar as políticas interna e externa visando o comércio exterior de bens e serviços relativos à Propriedade Intelectual.

Art. 1º - Fica criado, no âmbito da CAMEX – Câmara de Comércio Exterior, o Grupo Interministerial de Propriedade Intelectual – GIPI, com a atribuição de propor a ação governamental no sentido de conciliar as políticas interna e externa visando o comércio exterior de bens e serviços relativos a propriedade intelectual e, especialmente:

I - aportar subsídios para a definição de diretrizes da política de propriedade intelectual;

II - propor o planejamento da ação coordenada dos órgãos responsáveis pela implementação dessa política;

III - manifestar-se previamente sobre as normas e a legislação de propriedade intelectual e temas correlatos;

IV - indicar os parâmetros técnicos para as negociações bilaterais e multilaterais em matéria de propriedade intelectual;

V - aportar subsídios em matéria de propriedade intelectual para a formulação e implementação de outras políticas governamentais;

VI - promover a coordenação interministerial nos assuntos que serão tratados pelo GIPI;

VII - realizar consultas junto ao setor privado em matéria de propriedade intelectual;

VIII - instruir e reportar matérias relativas à propriedade intelectual.

A relação dos resultados do grupo é bem extensa, como por exemplo, a adequação da legislação nacional aos acordos internacionais, como a Lei de Direitos Autorais (Lei n.º 9.610/98), a Lei da Propriedade Industrial (Lei n.º 9.279/96), a Lei de Cultivares (Lei n.º 9.456/97), a Lei de Programas de Computador (Lei n.º 9.609/98), dentre outros.

São diversas as formas de Propriedade Intelectual e cada espécie tem a sua determinada proteção. A Lei da Propriedade

Industrial (Lei n.º 9.279/96), em seu art. 2º, traz o rol de alguns objetos da Propriedade Industrial, por sua vez, espécie de Propriedade Intelectual, tais como: Patentes de Invenção, Patentes de Modelo de Utilidade, Desenhos Industriais, Marcas, bem como a repressão à concorrência desleal e às Indicações Geográficas. Há outras espécies de Propriedade Intelectual protegidas pela legislação. São exemplos: direitos autorais (Lei 9.610/98), programa de computador (Lei 9.609/98), o nome de empresa ou nome comercial (de responsabilidade das Juntas Comerciais e dos Registros Cíveis de Pessoas Jurídicas), topografia de semicondutores (Lei 11.484/07), cultivares (Lei 9.456/97) e os dados confidenciais apresentados às autoridades para autorização de comercialização de agrotóxicos e outros produtos (Lei 10.603/02). Entretanto, o esperado é que tenhamos, além desses exemplos, cada vez mais objetos de Propriedade Intelectual.

A Propriedade Intelectual é um sistema internacional<sup>40</sup> com acordos que impõem direitos<sup>41</sup>, pois há países que são mais

---

<sup>40</sup> “O Sistema de Proteção da Propriedade Intelectual foi criado a partir das Convenções Internacionais de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, para a Proteção das Patentes de Invenção, Marcas, Modelos de Utilidade, de março de 1883 e a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886. Ambas foram sendo aperfeiçoadas periodicamente a cada avanço tecnológico sofrendo cada qual atualizações, com especial atenção na revisão de Estocolmo (1967), quando foi criada a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI). Mais recentemente, na Rodada Uruguai do GATT, em 1994, as discussões sobre a tutela da propriedade intelectual tiveram grande relevo e impacto, cujo resultado foi o estabelecimento de regras sobre aspectos do direito de propriedade intelectual relacionados ao comércio e, posteriormente, anexados ao Tratado Constitutivo da Organização Mundial do Comércio (OMC), também criada naquele ano. A tutela à propriedade intelectual se opera no âmbito do Direito Interno e do Direito Internacional, visando à proteção do criador. Num primeiro momento, o inventor estaria protegido de acordo com as leis de seu Estado. Num segundo, pelas normativas internacionais ou comunitárias que regulavam a propriedade intelectual.” In WACHOWICZ, Marcos. Direito Autoral. Disponível em <http://www.direitoautor.al.ufsc.br/gedai/download/1/>, Acesso em 13/11/12

<sup>41</sup> “É verdade que o direito autoral nos é hoje imposto por convenções internacionais. Mas o fundamento em convenções internacionais é ainda um fundamento positivo, ao sabor dos interesses internacionais hegemônicos. Neste domínio, são hoje inevitáveis as questões que possam resultar do ADPIC / TRIPS de 1994, Acordo anexo ao Tratado que criou a Organização Mundial do Comércio. Incorporou as disposições substantivas da Convenção de Berna e desenvolveu-as, pelo prisma do comércio internacional. Passou com isto a ser a entidade determinante a nível global sobre o Direito Intelectual Internacional, dados os poderes de imediata vinculação de que desfruta. Os Estados não têm opção real, porque a alternativa é ficarem privados de participar do comércio internacional, o que hoje não é hoje sequer concebível.” In ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 17.

propensos à produção de tecnologia (e isso ocorre por diversos fatores, como acúmulo de capital e concentração financeira, entre outros), e outros países à produção de alimentos, matérias-primas e outras atividades. De modo que, pelas diferenças de produção entre os países há a necessidade de exploração de mercados diferentes de forma a incluir a área internacional gerando benefícios para todos.

Quando um país concede um monopólio de exploração, por exemplo, a um titular de um invento, fica em desvantagem em relação a outro que não tenha concedido, pois no país da concessão os preços não sofrerão concorrência, sendo, portanto, preços monopolistas. Todavia, quando se internacionaliza a exploração os preços e a qualidade serão os melhores possíveis, pois haverá racionalização na produção de bens que serão vendidos, com exclusividade, em todo o mundo.

Direitos Autorais é apenas uma das espécies do gênero Propriedade Intelectual. Entretanto, a única, conforme a Convenção da União de Berna (CUB), em que a proteção nasce com a obra e não necessita de registro prévio. “O registro da obra tutelada pelo Direito Autoral é facultativo e meramente declaratório” (WACHOWICZ, 2012, 4).

De acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil (Brasil, 2013), art. 5º, XXVII, “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”. Como explica Ascensão (2010), esse direito exclusivo, do ponto de vista patrimonial, significa monopólio e é um monopólio de utilização, se definindo como uma proteção muito mais direcionada ao investimento do que à criação intelectual.

Com o surgimento e crescimento da internet, que possibilitou o compartilhamento e difusão de obras protegidas pela Lei de Direitos Autorais, o mercado fonográfico obteve um decréscimo nas altíssimas margens de lucro. Tal acontecimento gerou um conflito de direitos. Por um lado, havia os titulares de direitos autorais alegando violações em seus direitos, por outro, usuários de programas de compartilhamento e público em geral

que ainda utilizam de mecanismos para obtenção de obras protegidas e que alegam o direito ao acesso às obras.

A internet revolucionou a produção musical fazendo com que o artista iniciante tivesse, ao menos, um canal de visibilidade antes impossibilitado pelo domínio do mercado fonográfico. No século XIV, conforme Piccino (2000), as editoras contratavam compositores e autores. Com a invenção do gramofone, no século XIX, surgiram as gravadoras e estas passaram a contratar artistas para gravações. Entretanto, os artistas já estavam vinculados às editoras, o que fez com que elas funcionassem como agentes intermediários.

As gravadoras ficaram responsáveis pelo processo de produção, distribuição e promoção dos fonogramas, enquanto as editoras se responsabilizaram pelos direitos de reprodução do repertório a ser gravado. Em outras palavras, os compositores cederam às editoras e gravadoras os seus direitos autorais patrimoniais em troca da promoção das composições.

O negócio do mercado fonográfico estava baseado no controle do suporte físico, como por exemplo, os cilindros, o 78 r.p.m. (rotações por minuto), o 45 r.p.m., o LP (*Long play*), a fita magnética e o CD (*CompactDisc*) ficando, assim, financeiramente prejudicado. O 78 r.p.m., não tinha capa personalizada e, em geral, os discos traziam publicidade da gravadora. Em 1964, o 78 r.p.m. saiu do mercado e surgiu o 45 r.p.m. e o compacto 6´ para a gravação de músicas de divulgação. O LP 12´ obteve um grande impacto no mercado e o artista se tornou mais importante do que o disco em si, passando a ter capa conceitual. No Brasil, em 1958, Elizeth Cardoso foi uma das primeiras artistas que utilizou LP.

A partir dos anos 1980, a “onipresença” das gravadoras multinacionais abrangia até as produções independentes regionais. Pequenos selos associavam-se a empresas maiores para viabilizar a logística de distribuição de produtos ao varejo e a arrecadação do valor das vendas – relação muitas vezes marcada por conflitos e insatisfações. Mas, na década seguinte, a indústria fonográfica não se ocupou mais detidamente com uma reestruturação que incluísse em seus negócios a

crescente circulação mundial da música via internet, com a popularização do formato MP3 e do acesso à navegação em banda larga, o que fomentou a prática do compartilhamento de arquivos musicais entre ouvintes, mediante uploads e downloads ou escuta em streaming de arquivos musicais (LIMA, 2013, 10).

Com a mercantilização da cultura, o direito autoral foi utilizado pela indústria cultural para proteger os investimentos, não apenas para a proteção, propriamente dita, da criatividade estética e científica. Bandeira (2005) entende que;

(...) a indústria fonográfica possui uma relação direta com a propriedade intelectual e direitos autorais, dependendo destes elementos para a manutenção de suas atividades econômicas. Veremos que, durante a década de 1990, a indústria fonográfica vai deslocar seu objeto de receita das vendas de discos para a cobrança de royalties e direitos autorais. Isto irá legar às gravadoras o espírito de combate à evolução dos sistemas de compartilhamento de arquivos musicais pela Internet uma vez que, segundo as mesmas, este fenômeno fere os direitos de autoria e propriedade intelectual, atingindo diretamente as receitas de artistas e de companhias do disco (BANDEIRA, 2005,7).

Especificamente, o mercado fonográfico, dentro da indústria cultural, se tornou um grande negócio que dominava desde a concepção da música. Na prática, este mercado sacraliza os direitos autorais como absolutos, plenos, naturais e ilimitados criando, desta forma, um mecanismo que faz com que os autores dependam dos agentes de mercado e, por fim, impõem a cessão permanente dos direitos autorais.

Nesta lógica, os direitos autorais são absolutos, mas os titulares, na maioria dos casos, não são mais os autores e artistas e, sim, os empresários investidores. Ou seja, o direito absoluto, pleno, natural e ilimitado era defendido para benefício próprio. Conforme Bandeira (2005), a indústria fonográfica tem vocações mercadológicas:

Se, por um lado, a história da música popular possui um lastro social, cultural e antropológico, onde há uma

infinidade de aspectos estruturantes de sua configuração (grupos sociais, questões de identidade, gênero etc.), por outro, há uma história concomitante (e convergente) da tecnologia musical (instrumentos musicais, discos, fitas, técnicas de gravação etc.) que também se apresenta enquanto elemento estruturante desta evolução. Veremos, então, que o êxito da música popular está diretamente associado à junção entre o avanço dos sistemas de gravação sonora e a exploração de um determinado estilo musical. Será importante delimitar, aqui, o viés econômico que orienta a indústria fonográfica, pois, desde o seu nascedouro, podemos notar suas vocações mercadológica e multinacional (BANDEIRA, 2005, 5).

Em verdade, a corrente de pensamento que defende os Direitos Intelectuais como plenos, absolutos, exclusivos e naturais usam deste discurso com o intuito de legitimar o excesso da proteção para que a exploração econômica seja máxima.

Neste cenário de conflito entre direitos privados (direitos autorais) e direitos coletivos (acesso às culturas) o desafio é encontrar os limites de cada um destes direitos. Para tanto, é necessária uma breve reflexão sobre alguns estudos acerca da teoria da cultura.

De acordo com Couche (2002), nas ciências sociais<sup>42</sup>, uma das noções modernas de cultura muito aceita é aquela que remete aos modos de vida e de pensamento, embora tenha suscitado contestações na busca da justa definição da palavra, uma vez que as lutas de definição do termo são “lutas sociais, e o sentido a ser dado às palavras revelam questões sociais fundamentais” (COUCHE, 2002, 20). Segundo o autor, pode-se considerar o século XVIII como o período de formação do sentido moderno da palavra passando da cultura como estado (por exemplo, cultura de feijão) à cultura como ação (cultivar a

---

<sup>42</sup>Trata-se de uma noção de conceito como é utilizado nas ciências sociais, pois a palavra cultura é aplicada a inúmeras realidades, como cultura da terra, cultura física, cultura microbiana, cultura do solo, cultura de animais etc.

terra), ou ainda, da cultura da terra à cultura do espírito (em sentido figurado).

O termo 'cultura' no sentido figurado começa a se impor no século XVIII. Ele faz sua entrada com este sentido no Dicionário da Academia Francesa (edição de 1718) e é então quase sempre seguido de um complemento: fala-se da 'cultura das artes', da 'cultura das letras', da 'cultura das ciências', como se fosse preciso que a coisa cultivada estivesse explicitada. (Couche, 2002, 20).

A invenção do conceito científico de Cultura (em sentido figurado), conforme explica Couche (2002), percorre, *a priori*, diversas correntes e não sugere um entendimento sobre o uso do conceito no singular - a Cultura -, numa acepção universalista, ou no plural - as Culturas -, em uma acepção particularista. O autor analisa a primeira definição etnológica de cultura proposta por Edward Tylor, atribuindo a ela a intenção de ser apenas descritiva e objetiva, não normativa, rompendo com as definições individualistas, já que, para Tylor, a cultura é a expressão da totalidade da vida social do homem.

Cultura e civilização, tomadas em seu sentido etnológico mais vasto, são um conjunto complexo que inclui o conhecimento, as crenças, a arte, a moral, o direito, os costumes e as outras capacidades ou hábitos adquiridos pelo homem enquanto membro da sociedade. (COUCHE, 2002, 35).

Ele analisou, ainda, os estudos de Franz Boas, que considerava cada cultura representativa de uma totalidade singular, a partir do qual "um costume particular só pode ser explicado se relacionado ao seu contexto cultural".

Cada cultura é dotada de um 'estilo' particular que se exprime através da língua, das crenças, dos costumes, também da arte, mas não **apenas** desta maneira. Este estilo, este 'espírito' próprio a cada cultura influi sobre o comportamento dos indivíduos (COUCHE, 2002, 45) (Grifo nosso).

Couche (2002) explora também a perspectiva estrutural da cultura proposta por Claude Lévi-Strauss influenciado pelos antropólogos culturais americanos, principalmente, em quatro ideias fundamentais para sua obra:

- a) a ideia que as diferenças culturais são definidas por certo modelo;
- b) que os tipos de culturas possíveis existem em número limitado;
- c) que o estudo das sociedades “primitivas” é o melhor método para determinar as combinações possíveis entre os elementos culturais;
- d) que estas combinações podem ser estudadas em si mesmas independente dos indivíduos que pertencem ao grupo para quem estas combinações permanecem inconscientes.

Porém, se diferencia, conforme Couche (2002), ao procurar ultrapassar a abordagem particularista das culturas entendendo que “as culturas particulares não podem ser compreendidas sem referência à Cultura, ‘este capital comum’ da humanidade do qual elas se alimentam para elaborar seus modelos específicos”.

Toda cultura pode ser considerada como um conjunto de sistemas simbólicos. No primeiro plano destes sistemas colocam-se a linguagem, as regras matrimoniais, as relações econômicas, a arte, a ciência, a religião.

Todos estes sistemas buscam exprimir certos aspectos da realidade física e da realidade social, e mais ainda, as relações que estes dois tipos de realidade estabelecem entre si e que os próprios sistemas simbólicos estabelecem uns com os outros. (COUCHE, 2002, 95).

Conforme proposto por Lévi-Strauss existe um “capital comum” humano, ou seja, elementos culturais idênticos e invariantes de uma cultura a outra que se relacionam com as estruturas inconscientes do espírito humano. A diversidade cultural aparente é o fruto das interpretações dos povos em seus diferentes sistemas organizacionais da vida.

A arte, por exemplo, a música de um determinado povo, é um sistema simbólico que compõe uma específica cultura, que, de acordo com Lévi-Strauss, exprime certos aspectos da realidade física e social, além das relações com os outros sistemas simbólicos desse grupo.

Logo, este bem cultural foi gerado graças a um “capital comum” somado com expressões de realidades coletivas.

Então, como é possível que este bem seja tratado como uma propriedade privada oponível *erga omnes* irrestrita, como propõe a corrente absolutista do sistema de direitos autorais?

Por outro lado, Couche (2002) também analisa o trabalho de Roger Bastide sobre aculturação<sup>43</sup>, no qual se opõe à Lévi-Strauss em sua noção de estrutura, que considera estática demais.

De acordo com Couche (2002), toda cultura é um processo permanente de **construção, desconstrução e reconstrução**, sugerindo, assim, a substituição do termo “cultura” por “culturação” (já contido em aculturação) com o intuito de destacar esta dimensão dinâmica da cultura.

Por esta razão, como mostrou Bastide, o estudo da fase de desconstrução é tão importante do ponto de vista científico quanto a fase de reconstrução, pois é igualmente rica em ensinamentos. Ela revela que a deculturação não é necessariamente um fenômeno negativo que resulta na decomposição da cultura.

Se por um lado, a deculturação pode ser o efeito do encontro das culturas, ela pode também agir, por outro lado, como causa de reconstrução cultural.

Bastide se apoia no caso exemplar (porque extremo) das culturas afro-americanas: apesar ou talvez por causa dos séculos de escravidão, ou seja, de desconstrução social e

---

<sup>43</sup> “Termo introduzido no final do século XIX por antropólogos anglo-saxões para designar os fenômenos de contato direto e prolongado entre duas culturas diferentes que levam a transformações em qualquer delas ou em ambas. Na atualidade, o termo é usado, por vezes, para indicar a resultante de uma pluralidade de formas de intercâmbio entre os diversos modos culturais – cultura erudita, popular, cultura empresarial etc. – que geram processos de adaptação, assimilação, empréstimo, sincretismo, interpretação, resistência (reação contra-aculturativa), ou rejeição de componentes de um sistema identitário por um outro sistema identitário. Modos culturais compósitos, como óperas montadas e, estádios de futebol, espetáculos de dança moderna apoiados em manifestações de origem popular como o jazz, exemplificam processos de aculturação ou de culturas híbridas.” *In* COELHO, Teixeira. Dicionário crítico de política cultural: cultura e imaginário. 2. Ed. São Paulo: Iluminuras, 2012, p. 46.

cultural quase absoluta, os Negros das Américas criaram culturas originais e dinâmicas. (COUCHE, 2002, 137).

Em sua teoria estruturalista, conforme demonstra Couche (2002), Lévi-Strauss entende que os fenômenos de culturação podem levar à decadência cultural como se fosse uma doença. Ao invés de estrutura Bastide propõe “estruturação”, “desestruturação” e “reestruturação” entendendo que, nem em todos os casos, a deculturação domina de forma a impedir qualquer reestruturação cultural.

Os estudos sobre os fatos da aculturação, segundo o autor, levaram a um reexame do conceito de cultura passando a ser compreendida como um conjunto dinâmico e mais ou menos homogêneo.

Assim, os elementos que compõem uma cultura (arte, religião, língua), por terem fontes diversas no espaço e no tempo, não são integrados uns aos outros, logo, nenhuma cultura existe em “estado puro”. Não existe uma “cultura pura” nem uma “cultura mestiça”, mas, devido aos contatos culturais, todas, em diferentes graus, são “culturas mistas”.

Nos estudos das diferenças culturais que opõem os grupos sociais, Pierre Bourdieu, conforme explica Couche (2002), geralmente utiliza o termo cultura em um sentido mais restrito, como aquele que remete às **obras culturais**, aos produtos simbólicos ligados ao domínio das artes e das letras, em uma perspectiva de estudos dos mecanismos sociais de criação artística.

Quando ele trata de cultura no sentido mais amplo recorre a outro conceito; “*habitus*”, sistemas de disposições ou estruturas estruturantes, que caracterizam uma classe ou um grupo social em relação aos outros. Para Bourdieu, *habitus* funciona como a materialização da memória coletiva reproduzindo ações para os sucessores.

A música é um bem cultural que reflete os saberes, valores, crenças, expectativas, normas, cria identidades e passa a fazer parte da vida das pessoas.

Existe, nas músicas, por sua própria natureza, um viés público que deve estar em equilíbrio com a exploração econômica. Entretanto, a distribuição de obras está nas mãos de poucas empresas.

A indústria cultural decide o que circula e o que se produz; são os donos da vitrine e, por fim, comunicam a existência e o valor da obra. Neste diapasão, o sistema jurídico autoral brasileiro protege muito mais o investimento da indústria cultural do que, de fato, a obra.

Consumir música *online* é indício de valorização da música, independentemente da ocorrência de remuneração ou não no ato do consumo.

Ao que parece, com base nos exemplos acima, os adeptos do compartilhamento de arquivos podem estar dispostos e até acham justo remunerar os produtores da música, embora não encontrem meios para tal e/ou não adiram aos esquemas vigentes de venda de música *online*.

Afinal, é preciso considerar que as leis as quais regulam o direito autoral ou o direito de cópia (copyright) têm a anuência da sociedade em seus pressupostos básicos que são o intuito de fomentar a criatividade, remunerando o criador para que ele continue produzindo, bem como estimulando que outras pessoas passem a criar.

Também têm respaldo social as ideias de que o produtor – seja ele, no caso da música, compositor, instrumentista, ou técnico –, ao criar, mobiliza um repertório de referências acumuladas e advindas de várias fontes de formação e informação cultural, sendo o livre acesso aos bens culturais um estímulo que retroalimenta a criatividade na medida em que igualmente estimula novas criações. (LIMA, 2013, 140)

Conforme Coelho (2012), os princípios das indústrias culturais são os mesmos da produção econômica geral em que se utilizam máquinas, ritmo humano de trabalho submetido ao ritmo da máquina e divisão do trabalho.

Entretanto, a matéria prima é a cultura. Nesta lógica, a cultura deixa de ser vista como instrumento da livre expressão e

do conhecimento para ser mercadoria com cotação individualizável e quantificável.

Os conglomerados da Indústria Cultural que, muitas vezes se concentram nos EUA, exercem também influências nas legislações específicas de outros países, sobretudo, naquelas que regulamentam a proteção e circulação das obras culturais, como a música, literatura, audiovisual, entre outros.

No Brasil, a Lei de Direitos Autorais (LDA) – Lei 9.610/1998 é excessivamente restritiva e tem caráter claramente protetivo à exploração econômica da obra. Os bens culturais são tratados como propriedade privada.

Na maioria dos casos, os autores das criações do espírito querem que suas obras sejam publicadas. A circulação da obra, em regra, só é possível ser feita pelo autor, mas a LDA, a partir do art. 49, prevê mecanismos de autorização para que a obra chegue ao público. São exemplos: o licenciamento, a concessão, a cessão, dentre outros meios legais.

Caracteriza-se a cessão pela transferência da titularidade da obra intelectual, com exclusividade para o(s) cessionário(s). Já a licença é uma autorização dada pelo autor para que um terceiro se valha da obra, com exclusividade ou não, nos termos da autorização concedida. Os seja, a cessão assemelha-se a uma compra e venda (se onerosa) ou a uma doação (se gratuita), e a licença, a uma locação (se onerosa) ou a um comodato (se gratuita). (PARANAGUÁ; BRANCO, 2009, 94).

Os autores precisam de alguns intermediários para a publicação de suas obras, muito embora, com o avanço da tecnologia, seja possível que muitos optem por fazer todo o processo sozinhos. Assim, um músico-autor, quase sempre, precisa de alguém que fixe o fonograma<sup>44</sup> e faça cópias de seus

---

<sup>44</sup> De acordo com o art. 5º, IX, da LDA, fonograma é “toda fixação de sons de uma execução ou interpretação ou de outros sons, ou de uma representação de sons que não seja uma fixação incluída em uma obra audiovisual.”. “Fonograma é a fixação de uma obra em suporte material. Para que nos entendam de maneira mais simples é obra gravada”, esclareceu o gerente de documentação da ABRAMUS Gustavo Vianna. Logo que a obra é gravada, os titulares que participaram dessa gravação: intérpretes, músicos, acompanhantes e produtores fonográficos (que podem ser os próprios intérpretes), podem receber direitos autorais. Ou seja, passam a ganhar cada vez que a música é reproduzida de maneira pública. Para isso, o fonograma tem de

CDs, além de celebrar contratos de direitos autorais de suas obras.

Como a prática do mercado de bens culturais, sobretudo, o produto fonográfico, é a realização de cessões permanentes (ou temporárias intituladas de contrato de edição) do autor para o empresário, leis excessivamente protetivas garantem, em verdade, o direito do capital em desfavor ao verdadeiro autor, resultando na blindagem da obra e na perda de domínio do criador.

Surge assim o paradoxo: o direito de autor, que pretende proteger as criações do intelecto e premiar o espírito humano produtivo com o intuito de estimular novas criações e fazer a obra circular, traz, no texto da lei brasileira de direitos autorais, a possibilidade de bloqueio da criação e a desproteção do autor.

Desta forma, faz-se necessário uma reforma na legislação brasileira objetivando o aumento da produção criativa, aumento da remuneração do autor, aumento da disponibilidade da obra e conseqüentemente o aumento da circulação e do acesso, equilíbrio da indústria cultural e a busca de novas formas de negócio, que não a exploração substitutiva autoral via contratos de cessão e licença disfarçados de edição.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 11ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BANDEIRA, M. G.. **A ECONOMIA DA MÚSICA ONLINE: PROPRIEDADE E COMPARTILHAMENTO DA INFORMAÇÃO NA SOCIEDADE**

---

estar cadastrado junto ao ECAD, o que se faz por meio do International Standard RecordinCode (ISRC). Ele é o código que identifica as gravações sonoras e audiovisuais e determina o quanto cada artista receberá percentualmente. No Brasil, a obrigatoriedade da menção desse código no suporte material que contenha o fonograma está regulamentado pelo do Decreto nº. 4.533, de 19 de dezembro de 2002. 'Quando o intérprete está vinculado a uma gravadora, esta é a responsável pela geração dos códigos ou até o próprio intérprete, no caso das produções independentes', explica Viana. O ECAD é o único órgão responsável por arrecadar os direitos de execução pública e fazer a distribuição aos titulares por meio de suas sociedades." In <http://www.abramus.org.br/musica/343/cadastro-de-fonogramas/> Acesso em 20/11/13.

- CONTEMPORÂNEA.** Disponível em [http://www.rp-bahia.com.br/biblioteca/pdf/Messias\\_Bandeira.pdf](http://www.rp-bahia.com.br/biblioteca/pdf/Messias_Bandeira.pdf). Acesso em 19/12/2013.
- BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.
- BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. **A usucapião nos privilégios de invenção: a apropriabilidade originária pelo uso reiterado**. Dissertação (mestrado). Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2011.
- BITTAR, Carlos Alberto. **O Direito de Autor nos Meios Modernos de Comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- BRASIL. **GRUPO INTERMINISTERIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL (GIPI)**. Disponível em [http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwn\\_1253887906.pdf](http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwn_1253887906.pdf), Acesso em 21/10/2012.
- BRASIL. Ministério da Cultura. **Consulta pública para modernização da lei de direito autoral**. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/consultadireitoautoral/>> Acesso em 30/03/11.
- BRASIL. Ministério da Cultura. **Direitos Autorais, Acesso à Cultura" e Novas Tecnologias: Desafios em Evolução à Diversidade Cultural**. Rio de Janeiro, 2006.
- BRASIL. Ministério da Cultura. Direito autoral. **Coleção cadernos de políticas culturais**; v. 1. Brasília: Ministério da Cultura, 2006.
- CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial**. Vol. II, 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.
- CHAUÍ, Marilena. **Cidadania cultural: o direito à cultura**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2006.
- COELHO, Teixeira. **Dicionário crítico de política cultural: cultura e imaginário**. 2. Ed. São Paulo: Iluminuras, 2012.
- COUCHE, Denys. **A noção de cultura nas ciências sociais**. Tradução: Viviane Ribeiro. 2. Ed. Bauru: EDUSC, 2002.
- CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos Culturais como Direitos Fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- FURLANETTO, Beatriz. **Múltiplas Identidades na Pós-Modernidade - Uma Polifonia em Construção**. In: II SIMPÓSIO ACADÊMICO DE VIOLÃO DA ESCOLA DE MÚSICA E BELAS ARTES DO PARANÁ. 2008. Curitiba. Anais. Curitiba: Embap, 2008. p. 236-247.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Propriedade Intelectual: questões polêmicas**. In Revista da Escola da magistratura regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª região. Edição especial de propriedade Intelectual. Rio de Janeiro, 2011.

GIL, Gilberto. Uma nova política cultural para o Brasil. **Revista Rio de Janeiro**, n.15, jan.-abr. 2005. Rio de Janeiro.

LESSIG, Lawrence. **Cultura Livre. Como a mídia usa a tecnologia e a lei para barrar a criação cultural e controlar a criatividade**. Disponível em [http://baixa\\_cultura.org/biblioteca/3-livros/3-2-cultura-livre-lawrence-lessig/](http://baixa_cultura.org/biblioteca/3-livros/3-2-cultura-livre-lawrence-lessig/) Acesso em 15/03/2014.

LIMA, Luiz Costa. In: MOLES et al. **Teoria da Cultura de massa**. Introdução, comentários e seleção de Luiz Costa Lima. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

LIMA, Tatiana Rodrigues. **O balanço do bit: mediações da música na era digital**. Tese de doutorado. 2013.

PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sergio. **Direitos autorais**. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

PEREIRA, Wesley Robert. **Histórico da OMC: construção e evolução do sistema multilateral de comércio**. Disponível em: <[http://www.pucminas.br/imagedb/conjuntura/CES\\_ARQ\\_DESCR20050927090630.pdf?PHPSESSID=1a6f75b339c894845fd56f84eb74ede8](http://www.pucminas.br/imagedb/conjuntura/CES_ARQ_DESCR20050927090630.pdf?PHPSESSID=1a6f75b339c894845fd56f84eb74ede8)> Acesso em 08/03/14.

PICCINO, Evaldo. **UM BREVE HISTÓRICO DOS SUPORTES SONOROS ANALÓGICOS**. Surgimento, evolução e os principais elementos de impacto tecnológico. Disponível em [http://www.sonora.iar.unicamp.br/sonora1/artigos\\_pdf/02SuportesAnalogicos.pdf](http://www.sonora.iar.unicamp.br/sonora1/artigos_pdf/02SuportesAnalogicos.pdf). Acesso em 19/05/2014.

RUBIM, Antonio Albino Canelas. **Políticas Culturais no Brasil: Tristes tradições, enormes desafios**. Salvador, 2007.

SILVA, Tomaz Tadeu. **A Produção Social da Identidade e da Diferença**. In: SILVA, Tomaz Tadeu (Org.). *Identidade e diferença – a perspectiva dos estudos culturais*. Petrópolis: Vozes, 2000.

SOUZA, Allan Rocha de. **A função social dos direitos autorais**. Campos: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2006.

TORRI, Veronica. **Gestão Coletiva de Direitos Autorais e a Defesa da Concorrência**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

WACHOWICZ, Marcos. **Direito Autoral**. Disponível em <http://www.direitoautoralfsc.br/gedai/download/1/> Acesso em 13/11/12.

## AS LIMITAÇÕES NO DIREITO NORTE-AMERICANO E A INAPLICABILIDADE DO *FAIR USE* AO CONTEXTO BRASILEIRO

*Eduardo Magrani*<sup>45</sup>  
CTS/FGV DIREITO RIO

**RESUMO:** A solução aqui proposta à inadequação da tutela atual dos direitos autorais é, além de uma adequada revisão da lei em sede legislativa, a reinterpretação constitucional por motivos de compatibilidade e segurança. Como se pretende demonstrar, o direito do autor ao produto da sua criatividade deve ser sopesado à luz da função social do direito autoral, com o direito da população à disseminação do conhecimento e, mais especificamente, com o acesso à informação, educação e cultura. Trata-se de uma solução a curto prazo, plenamente harmoniosa com o ordenamento vigente, sendo ainda uma necessidade premente.

**PALAVRAS-CHAVE:** DIREITO AUTORAL – FAIR USE – EXCEÇÕES E LIMITAÇÕES

### INTRODUÇÃO:

Com intuito de flexibilizar o rígido sistema brasileiro de exceções e limitações adequando-o à nova “sociedade da informação”, investigaremos a hipótese da adoção do sistema de fair use ao sistema brasileiro.

---

<sup>45</sup> Doutorando em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), com intercâmbio acadêmico na Universidade de Coimbra (Portugal) e Université Stendhal-Grenoble 3 (França). Pesquisador do Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas (CTS/FGV). Professor convidado da Graduação e Pós-Graduação da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro (FGV DIREITO RIO). Líder de projeto na área de democracia digital. Coordenador da Newsletter internacional “Digital Rights: Latin America & The Caribbean”. Co-coordenador do Creative Commons no Brasil.

**MÉTODO:**

Teórico

**OBJETIVOS:**

Analisar a validade de uma possível incorporação do sistema norte-americano de limitações a direitos de autor no contexto brasileiro.

**RESULTADOS:**

A doutrina norte-americana do *fair use* guarda grandes semelhanças com a “regra dos três passos” da aludida Convenção de Berna, prevista em seu artigo 9(2).

Apesar de a Convenção ter exercido forte influência no desenvolvimento tanto das limitações do direito autoral brasileiro quanto do americano, é importante ressaltar que a despeito de haver influenciado ambos os sistemas, ela foi absorvida de formas distintas por estes ordenamentos, em função das diferentes tradições seguidas por estes dois países.

A “regra dos três passos”, ao condicionar a limitação do direito exclusivo de autor a “certos casos especiais”, impede a edição de limitações amplas e genéricas, sugerindo que sejam definidas e limitadas.

Não obstante, esse entendimento não tem sido interpretado pelos países como um obstáculo à adoção de um tratamento mais amplo e genérico das limitações aos direitos autorais.

O entendimento adotado hoje pauta-se na ideia de que é possível estabelecer limitações com base em “princípios gerais” desde que as hipóteses de incidência desses princípios possam ser razoavelmente previstas.

É o caso do sistema de *fair use* norte-americano.

O conceito de *fair use*, surgido como direito costumeiro, até ser incorporado ao “*Copyright act*” em 1976, permite o uso limitado de material protegido por direitos autorais sem que seja

necessária prévia autorização dos titulares dos direitos autorais, desde que o uso seja considerado justo.

Para tanto, quatro fatores são levados em consideração:

- (i) O propósito e a natureza do uso;
- (ii) A natureza da obra utilizada;
- (iii) A quantidade e qualidade da porção utilizada em comparação com o todo da obra;
- (iv) As consequências do uso no mercado e seu impacto no valor da obra original.

O primeiro fator refere-se, portanto, ao propósito e natureza do uso, ensejando a verificação da existência ou ausência de indicadores como: fins comerciais e fins educacionais. Vale dizer que, embora a existência de fins comerciais seja um indicador negativo de grande peso, não descaracteriza por si só um uso justo. Da mesma forma, a verificação de fins educacionais e não-lucrativos, não garante por si só a caracterização de um uso justo, como veremos a seguir.

O segundo fator leva o aplicador do direito a se debruçar sobre a natureza da obra protegida, fomentando diferentes tipos de discussões e análises.

O primeiro ponto a ser discutido, diz respeito à natureza fática ou imaginativa da obra utilizada. Tendo em vista que ideias e fatos não são protegidos por direito autoral, é natural que nas obras mais fáticas o âmbito da utilização legítima seja maior que nas obras mais imaginativas.

Com relação aos demais pontos que devem ser examinados sob as lentes do segundo fator, podemos citar a existência de interesse público em relação ao material utilizado e a constatação do ineditismo da obra. Enquanto o interesse público é visto pela doutrina como um indicador positivo, o ineditismo da obra é alvo de controvérsias.

Muitos doutrinadores consideram equivocado analisar o ineditismo da obra sob a égide do segundo fator, uma vez que a própria Seção 107 do Título 17 do *Copyright Act* norte-

americano, reserva esta característica fora dos quatro fatores, devendo, segundo eles, ser analisado em separado e não constituindo, à semelhança dos demais fatores, um critério capaz de descaracterizar por si só o uso justo.

O segundo fator é considerado, de forma geral, um fator de pouco peso na avaliação final do *fair use*.

O terceiro fator enseja a análise em escala quantitativa e qualitativa da porção utilizada da obra protegida, devendo-se levar em conta o tamanho da obra nova e a relevância do trecho utilizado para ambas as obras.

O quarto e último fator leva em conta o impacto da utilização sobre o valor ou o mercado potencial da obra utilizada e é considerado pela doutrina e jurisprudência norte-americanas como o fator mais influente no resultado final do teste do *fair use*.

Com relação a este fator especificamente, vale citar a interpretação da OMPI ao artigo 9.2 da Convenção de Berna, disposta no Guia Interpretativo da Convenção de Berna, publicado em 1978. De acordo com a interpretação da OMPI, para se avaliar se determinada exceção é ou não válida no âmbito da Convenção de Berna, não se deve simplesmente levar em consideração se o autor sofreu ou não um prejuízo qualquer, mas se o prejuízo é ou não injustificado, tendo em vista que toda limitação, de uma forma ou de outra, sempre terá algum impacto no mercado reservado aos titulares de direitos autorais.

É possível afirmar, a título ilustrativo, que em caso de utilização fundada no interesse público, ainda que haja prejuízo, em alguma medida, ao detentor dos direitos patrimoniais, trata-se de um prejuízo justificado.

A aplicação do *fair use* a exemplo da aplicação da “regra dos três passos”, na qual se inspirou, deve atender também à função social do direito de autor, que consiste na promoção do desenvolvimento cultural e garantia do interesse público. Estes elementos devem ser levados em consideração ao se ponderar os fatores e mais especificamente ao se examinar o quarto fator.

A ocorrência de um indicador negativo referente a um dos quatro fatores ou ao ineditismo da obra utilizada, não deve ser determinante para desconsideração de um uso justo.

Do contrário, os fatores devem ser examinados conjuntamente e o resultado deve advir de um exercício de ponderação entre estes fatores, não se excluindo a consideração de outros fatores adicionais em função das circunstâncias do caso concreto.

Vale mencionar que a figura do fair use não esgota a matéria dos limites aos direitos do autor no direito norte-americano, sendo um teste aplicável, mormente, a situações lacunosas em que não se têm normas específicas e constitui, na verdade, uma cláusula geral a ser interpretada pelos tribunais complementada por especificações positivas, constantes das seções 108 e seguintes do título 17 do US Code e por diplomas como o *Digital Millenium Copyright Act* de 1998 e demais diretrizes (guidelines).

No sistema brasileiro, baseado na tradição europeia de *droit d'auteur*, as limitações ao direito autoral são previstas em rol de condutas que a doutrina clássica entende ser taxativo. Ou seja, caso a conduta do agente não se coadune com as permissões expressamente previstas em lei, o uso da obra não será admitido.

Observa-se desta forma grande diferença em relação ao sistema norte-americano de previsão do *fair use* por meio do qual são estabelecidos critérios gerais a partir dos quais se afere se tal uso viola ou não direitos autorais de acordo com análise do caso concreto.

Demonstrando ser mais maleável que o sistema continental europeu, adaptando-se com maior facilidade aos desafios emergentes, o *fair use* não deixa de ser alvo de críticas.

Na tentativa de explicitar e defender a necessidade de um balanço justo entre os interesses do titular dos direitos autorais e os interesses dos usuários da obra, busca-se equilibrar o bem obtido por meio do lucro privado e o obtido pelo acesso ao conhecimento por parte da coletividade.

Uma das linhas de argumentação a favor da aplicação da limitação norte-americana do *fair use* ao contexto nacional sustenta que o artigo 46 da Lei de Direitos Autorais deveria estabelecer, em seu caput, princípios gerais determinantes de situações de *fair use*, e não o fazer dentro da descrição de cada situação específica como hoje ocorre, o que acaba resultando em pouca OMPI ao artigo 9.2 da Convenção de Berna, disposta no Guia Interpretativo da Convenção de Berna, publicado em 1978.

De acordo com a interpretação da OMPI, para se avaliar se determinada exceção é ou não válida no âmbito da Convenção de Berna, não se deve simplesmente levar em consideração se o autor sofreu ou não um prejuízo qualquer, mas se o prejuízo é ou não injustificado, tendo em vista que toda limitação, de uma forma ou de outra, sempre terá algum impacto no mercado reservado aos titulares de direitos autorais.

É possível afirmar, a título ilustrativo, que em caso de utilização fundada no interesse público, ainda que haja prejuízo, em alguma medida, ao detentor dos direitos patrimoniais, trata-se de um prejuízo justificado. A aplicação do *fair use* a exemplo da aplicação da “regra dos três passos”, na qual se inspirou, deve atender também à função social do direito de autor, que consiste na promoção do desenvolvimento cultural e garantia do interesse público.

Estes elementos devem ser levados em consideração ao se ponderar os fatores e mais especificamente ao se examinar o quarto fator. A ocorrência de um indicador negativo referente a um dos quatro fatores ou ao ineditismo da obra utilizada, não deve ser determinante para desconsideração de um uso justo.

Do contrário, os fatores devem ser examinados conjuntamente e o resultado deve advir de um exercício de ponderação entre estes fatores, não se excluindo a consideração de outros fatores adicionais em função das circunstâncias do caso concreto.

Vale mencionar que a figura do *fair use* não esgota a matéria dos limites aos direitos do autor no direito norte-

americano, sendo um teste aplicável, mormente, a situações lacunosas em que não se têm normas específicas e constitui, na verdade, uma cláusula geral a ser interpretada pelos tribunais complementada por especificações positivas, constantes das seções 108 e seguintes do título 17 do US Code e por diplomas como o *Digital Millenium Copyright Act* de 1998 e demais diretrizes (guidelines).

No sistema brasileiro, baseado na tradição europeia de *droit d'auteur*, as limitações ao direito autoral são previstas em rol de condutas que a doutrina clássica entende ser taxativo. Ou seja, caso a conduta do agente não se coadune com as permissões expressamente previstas em lei, o uso da obra não será admitido.

Observa-se desta forma grande diferença em relação ao sistema norte-americano de previsão do *fair use* por meio do qual são estabelecidos critérios gerais a partir dos quais se afere se tal uso viola ou não direitos autorais de acordo com análise do caso concreto.

Demonstrando ser mais maleável que o sistema continental europeu, adaptando-se com maior facilidade aos desafios emergentes, o *fair use* não deixa de ser alvo de críticas.

Na tentativa de explicitar e defender a necessidade de um balanço justo entre os interesses do titular dos direitos autorais e os interesses dos usuários da obra, busca-se equilibrar o bem obtido por meio do lucro privado e o obtido pelo acesso ao conhecimento por parte da coletividade.

Uma das linhas de argumentação a favor da aplicação da limitação norte-americana do *fair use* ao contexto nacional sustenta que o artigo 46 da Lei de Direitos Autorais deveria estabelecer, em seu caput, princípios gerais determinantes de situações de *fair use*, e não o fazer dentro da descrição de cada situação específica como hoje ocorre, o que acaba resultando em pouca.

Este entendimento demonstra a incapacidade do *fair use* em gerar hipóteses de incidência razoavelmente previsíveis, distanciando-se e rompendo com a concepção original da “regra

dos três passos” que através do fator “em certos casos especiais” veda as hipóteses de limitações amplas e genéricas que não sejam capazes de gerar hipóteses dotadas de um mínimo de previsibilidade.

O fundamento desta vedação é evitar a insegurança jurídica gerada por este tipo de limitação. Michael W. Carroll em seu artigo “*Fixing Fair Use*” comenta a existência de um uníssono nas considerações de especialistas do direito e usuários de obras ao concordarem que o fair use é tão difícil de ser compreendido que falha no papel de guia efetivo para nortear usos justos.

Não é por outra razão que se observa tantos esforços teóricos voltados para a produção de uma doutrina do fair use que conduza a uma maior clareza do instituto. Exemplo disto são os honrosos esforços dos doutrinadores aqui mencionados. O escopo do fair use é incerto o suficiente para dissuadir grande parte dos usuários de fazerem uso de obras alheias, primeiro porque as potenciais sanções são minimamente intimidadoras e segundo porque cabe ao próprio acusado provar que o uso fora “justo”.

O preâmbulo da Seção 107 identifica tipos de usos que poderão ser considerados justos tais como: críticas, pesquisas e comentários. As condutas descritas poderiam servir para clarificar o escopo do fair use estabelecendo usos que caracterizassem limitações estritas e fossem presumivelmente justas, de modo a gerar hipóteses de incidência minimamente previsíveis. Contudo, Carroll ressalta que as cortes rejeitaram esta possibilidade, entendendo que o rol é meramente ilustrativo e as condutas não gozam de presunção alguma.

Os quatro fatores centrais tampouco garantem uma maior segurança, sendo avaliados das mais diversas formas nos tribunais norte-americanos.

Além da problemática envolvendo a falta de clareza e os fatores que compõem o instituto do *fair use*, há que se mencionar outro ponto considerado negativo, principalmente no que tange à possibilidade incorporação deste conceito ao sistema

brasileiro de limitações. Trata-se do fato do conceito de fair use estar alicerçado em uma análise patrimonialista, girando em torno da ideia de adequação aos interesses econômicos do titular do direito autoral.

O fair use é geralmente caracterizado quando a permissão de uso fornece mais benefícios ao autor do que se este o restringisse. A ideia de benefício inclui desde lucrar por meio de negociações de permissões de uso até o estímulo à criação intelectual. Tomemos como exemplo a crítica de um livro: esta prática é largamente considerada um uso justo, não somente por aumentar a vendagem da obra original, como também por constituir na prática, uma publicidade merecedora de mais crédito por parte dos leitores, por não ter sido veiculada pelo editor ou por aqueles que têm um interesse econômico direto na vendagem da obra.

O condicionamento da caracterização do *fair use* ao fornecimento de benefícios ao autor evidencia o caráter estritamente patrimonialista do instituto.

Todos os quatro fatores do fair use são direcionados para avaliar o impacto econômico gerado pelo uso. O primeiro fator determina se o uso possui natureza comercial; o quarto fator determina o potencial impacto econômico do uso no mercado da obra original e no valor da obra em si; o segundo fator foca a natureza da obra, determinando o grau de criatividade contido na obra original para contrastar com o grau de criatividade contido no uso feito a partir dela (elemento transformativo) e, para alguns, o ineditismo; o terceiro fator, por fim, foca na quantidade e qualidade da porção utilizada em comparação com o todo da obra.

Embora devam ser analisados conjuntamente, observa-se na prática que o primeiro e o quarto fatores são praticamente determinantes para a caracterização ou afastamento do *fair use*.

A natureza patrimonialista desta doutrina é consequência da derivação direta do conceito de *copyright*, cujos efeitos são sentidos até os dias de hoje.

O direito de cópia ainda é tido como a essência do *copyright* determinando o escopo tanto do monopólio do direito de cópia quanto do próprio *fair use*. O forte vínculo com a noção de “direito de cópia” dificulta uma interpretação do *fair use* que ultrapasse a análise puramente econômica e particularmente a filosofia norte-americana de *copyright law* que traduz-se na proteção dos direitos econômicos do titular do direito de cópia, perante o mercado econômico. Esta natureza evidencia o distanciamento existente entre a tradição do *copyright* e a tradição *droit d’auteur* a partir da qual foi erguido o sistema brasileiro de limitações.

Ao direcionar os seus elementos para uma apreciação dos efeitos econômicos que o uso da obra causa ao autor/titular dos direitos autorais, o *fair use* é considerado como um instituto “econocêntrico”.

A adoção de uma doutrina de natureza puramente “econocêntrica”, superficializaria o tratamento brasileiro dispensado às questões autorais. É harmonioso com o nosso sistema compreender que os interesses dos criadores não devem ofuscar o núcleo essencial de outros valores fundamentais que gravitam na órbita da constelação constitucional. Ao se analisar a origem da doutrina do *fair use* através do caso paradigmático, *Folsom v. Marsh*, percebe-se nitidamente o contorno econocêntrico do instituto.

O ministro Story, responsável por julgar o caso, apontou de maneira implacável o propósito e a natureza do *fair use*, afastando interpretações ampliativas desta doutrina logo na sua gênese: “*The entirety of the copyright is the property of the author; and it is no defense, that another person has appropriated a part, and not the whole, of any property. Neither does it necessarily depend upon the quantity taken, whether it is an infringement of the copyright or not. It is often affected by other considerations, the value of the materials taken, and the importance of it to the sale of the original work.*” “(...) *In short, we must often, in deciding questions of this sort, look to the nature and objects of the selections made, the quantity and value of the materials used, and the degree in which the use may prejudice*

*the sale, or diminish the profits, or supersede the objects, of the original work.”*

### **CONCLUSÃO:**

Desta forma, restando demonstrada a fraqueza deste conceito, evidenciada por frequentes e substanciais críticas potencializadas pelo fato de que nosso mecanismo de isenções não se escora na mesma tradição que o *fair use*, seria recomendável procurar soluções compatíveis com nosso ordenamento, sendo indesejável a incorporação de um instituto alienígena que apresenta defeitos em seu próprio sistema, com potencial ainda de desequilibrar a harmonia do nosso sistema interno de limitações.

## A TÊNUE FRONTEIRA ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO À INTIMIDADE NAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS

*Eduardo Peres Pereira*<sup>46</sup>

*Grupo de Estudos de Direito do PPGD – UNISC*

**Resumo:** O presente trabalho tem como propósito demonstrar, com base na legislação, doutrina, jurisprudência (vigentes) e seletos materiais textuais extraídos da internet, o tratamento que vem sendo dispensado, à temática da liberdade de expressão frente ao direito à intimidade, no vértice da publicação das biografias não autorizadas, no Brasil. Desta forma, a pesquisa realizada buscou uma forma de mostrar os dois lados da moeda, quais sejam: o daqueles que protegem a liberdade de expressão e dos defensores ao direito de intimidade. Ambos foram devidamente abordados no decorrer da pesquisa e terão suas características, ideias e posições norteadoras demonstradas na sequência.

**Palavras-Chave:** LIBERDADE DE EXPRESSÃO. DIREITO À INTIMIDADE. BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS.

### INTRODUÇÃO

A pesquisa tem como âmago, o debate que hodiernamente é travado não só pelos operadores do direito, mas, sobretudo, pela sociedade num todo, qual seja: o da liberdade de expressão frente ao direito à intimidade. Para tanto, tornou-se necessária, a abordagem de aspectos legais e

---

<sup>46</sup> Mestrando em Direito pelo PPGD - UNISC - Conceito Capes 5. Especialista em Direito Processual Civil pela Academia Brasileira de Direito Processual Civil - ABDPC. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo Centro Universitário Ritter dos Reis - UNIRITTER.

principiológicos, perpassando o presente ensaio, pela Constituição de 1988, Código Civil vigente, direito à imagem, danos morais, direito à honra, direito à privacidade, direito à informação, obras biográficas, interesse público e inviolabilidade pessoal.

O tema “nunca sai de moda” e quando menos se espera ganha holofotes. Fazendo uma rápida, resumida e recente retrospectiva: no ano de 2007, o cantor Roberto Carlos proibiu a circulação da sua biografia não autorizada; em 2011 é lançado Projeto de Lei (que aguarda aprovação), que altera o artigo 20 do Código Civil e conseqüentemente amplia a liberdade de expressão, informação e acesso à cultura; em 2012 é ajuizada Ação Direta de Inconstitucionalidade, pela Associação Nacional dos Editores de Livros, junto ao Supremo Tribunal Federal, cujo julgamento é ansiosamente esperado; e mais recentemente o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, indeferiu pedido de busca e apreensão de biografia não autorizada, formulado por João Gilberto.

Pôde-se vislumbrar, através apenas de alguns episódios que circundam a temática ensejadora da presente pesquisa, que o tema diuturnamente ganha novas cores e adeptos. Destaca-se nesta seara, obra capitaneada e recentemente publicada por José Joaquim Gomes Canotilho, com outros dois renomados autores, Antônio Pereira Gaio Júnior e Jónatas E. M. Machado, cujo título é “Biografia Não Autorizada versus Liberdade de Expressão”.

Nas palavras de Gaio Júnior (2014, p. 05):

a construção jurídica que envolve variadas reflexões em torno da temática ‘biografia’ como forma de expressão, liberdade e publicidade oportuniza intenso diálogo democrático no campo dos direitos fundamentais – seu ambiente natural –, edificando, por conseguinte, maturidade na seara dos direitos da personalidade, favorecendo cada vez mais a percepção de que a ponderação de interesses não pode ser sucumbida em face de uma obtusa racionalidade normativa do ‘tudo ou nada’.

O trabalho buscou abordar a partir da problemática esposada, possibilidades de soluções, conforme se demonstrará no transcurso do mesmo. O tema possui como elemento nuclear,

a (in)constitucionalidade do artigo 20 do Código Civil e sua (in)compatibilidade com o texto constitucional vigente (artigo 5º, inciso IX). Prevê o dispositivo legal civilista retrocitado, a proibição de biografias consideradas ofensivas ou que se destinem a fins comerciais. De outra banda, o aludido texto constitucional dispõe sobre a livre expressão da atividade intelectual, independente de censura ou licença.

## **OBJETIVOS**

Como objetivos que nortearam a pesquisa destacam-se os seguintes:

- Analisar a (in)compatibilidade textual e prática dos artigos 20 do Código Civil de 2002 e 5º, inciso IX, da Constituição Federal de 1988;
- Discorrer sobre o Projeto de Lei nº 393/2011;
- Demonstrar as repercussões que podem emergir do esperado pronunciamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815;
- Verificar como o Poder Judiciário tem encarado à problemática;
- Buscar possibilidades de soluções, para o debate travado entre a liberdade de imprensa e o direito à intimidade;

## **MÉTODO**

No desenvolvimento da pesquisa, foi utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo. Além deste, no que diz respeito ao método de procedimento usou-se o histórico, uma vez que foi realizada pesquisa sobre o direito civil – constitucional a partir das abordagens trazidas pela Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002. Como técnica de pesquisa utilizou-se a da documentação indireta (pesquisa documental bibliográfica), a partir da análise de publicações como artigos, livros, revistas especializadas dentre outros.

## RESULTADOS

Como consequência da pesquisa realizada, se verificou que a atual legislação (leia-se Constituição de 1988 e Código Civil de 2002) dá guarida a dois posicionamentos, que se contrapõem, frente à *quaestio vertida*. Quais sejam: o da liberdade de expressão e o do direito à intimidade. Apurou-se que, se no início do enfrentamento da questão, o entendimento do Poder Judiciário rumava para um norte, hoje, referido posicionamento tende a mudar de direção.

Em outras palavras, a ponderação de interesses, ou melhor de direitos fundamentais tem ganho novas tintas e ao que tudo indica, a liberdade de expressão tende a sair vitoriosa desse embate. No entanto, talvez o resultado (oriundo do julgamento da ADI) não seja o esperado pelos que defendem a liberdade de informação e o interesse público, tampouco, venha a agradar aos que se posicionam pelo direito à privacidade e inviolabilidade pessoal.

## CONCLUSÃO

Concluiu-se, portanto, que o caminho até então trilhado, acerca das biografias não autorizadas, dará novos rumos à questão, não só no aspecto jurídico, mas também, legislativo. Nesta seara, se infere da pesquisa realizada, que os direitos de personalidade podem sofrer limitações e que o gênero literário, do qual as biografias não autorizadas fazem parte, deve ser respeitado.

Desta forma constata-se que se por um lado a liberdade de informação (expressão) é tão almejada no Estado Democrático de Direito, não menos importante e necessário é o o respeito à privacidade e intimidade da pessoa pública. Assim sendo, quando em rota de colisão, deve-se ponderar a relevância e veracidade dos fatos constantes na biografia, ainda que em detrimento à privacidade, frente ao enriquecimento cultural da sociedade.

## REFERÊNCIAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2008.

ARAÚJO, Paulo César de. Não vai morrer assim. Carta Capital, v.19, n. 771, out. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição e código civil: colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 7, p. 347-390, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). Artigo 5º, Inciso IX. É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 dez. 1988. Seção I, p. 1. Anexo. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

BRASIL. Constituição (1988). Artigo 5º, Inciso 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; Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 dez. 1988. Seção I, p. 1. Anexo. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

BRASIL. Constituição (1988). 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. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 dez. 1988. Seção I, p. 1. Anexo. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

BRASIL. Constituição (1988). Artigo 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. § 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 dez. 1988. Seção I, p. 1. Anexo. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 fev. 1998. Seção I, p. 3. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19610.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm).

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Artigo 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade

são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Artigo 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Artigo 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 393, de 15 de fevereiro de 2011. Dispõe sobre a alteração do art. 20 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para ampliar a liberdade de expressão, informação e acesso à cultura e dá outras providências. Autoria: Newton Lima. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, p. 6895, 16 fev. 2011. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD16FEV2011.pdf#page=316>>. Tramitação disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491955>>.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 395, de 15 de fevereiro de 2011. Altera o art. 20 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, - Código Civil, para garantir a liberdade de expressão, informação e o acesso à cultura. Autoria: Manuela D'Ávila. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, p. 6897, 16 fev. 2011. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD16FEV2011.pdf#page=318>>. Tramitação disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491957>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 531, aprovado na VI Jornada de Direito Civil. A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; MACHADO, Jónatas E.M. Biografia não autorizada versus liberdade de expressão. Curitiba: Juruá, 2014.

CATALAN, Marcos. A morte da culpa na responsabilidade contratual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MIRAGEM, Bruno. Liberdade de imprensa e proteção da personalidade no direito brasileiro: perspectiva atual e visão de futuro. Revista trimestral de direito civil: RTDC, v. 10, n. 40, p. 17-69, out./dez. 2009.

SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. Direito sobre biografias no Brasil. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 262, p. 299-312, jan./abr. 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8909/7815>.

WACHOWICZ, Marcos; MORENO, Guillermo Palao. Propriedade intelectual: inovação e conhecimento. Curitiba: Juruá, 2010.

## OBRA DE TRADUÇÃO E DIREITO À NOMINAÇÃO DO TRADUTOR

*Ernesta Perri Ganzo Fernandez<sup>47</sup>*

*Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial – GEDAI – UFPR*

**RESUMO:** Partindo da premissa conceitual de autonomia e especificidade da Lei do Direito de Autor e conexos, o presente estudo pondera sobre aspectos pontuais relacionados à autoria conferida ao criador da obra de tradução. Sem a pretensão de esgotar o assunto, tece, ainda, algumas reflexões acerca das consequências diretas trazidas no campo da preservação da memória cultural nacional e, em alguns casos, no campo do direito do consumidor, consequências que decorrem do desrespeito à obrigação legal de indicar, anunciar e mencionar o nome do tradutor como autor de obra derivada (direito de paternidade e direito à nomeação do tradutor autoral).

**PALAVRAS-CHAVE:** DIREITO DE AUTOR; TRADUÇÃO; DIREITO DE NOMINAÇÃO.

*Autor vem de autor, o que aumenta.*

*José Ortega y Gasset*

## INTRODUÇÃO

---

<sup>47</sup> Advogada, tradutora pública e intérprete comercial nomeada pela Junta Comercial de Santa Catarina. Tem experiência na área de tradução de documentos jurídicos e empresariais, com ênfase em direito contratual. Formou-se em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina, centrando suas pesquisas no Direito Comparado, Direito Empresarial e Direito Autoral. Dedicou-se ao estudo comparado das terminologias jurídicas, brasileira e italiana. É autora de artigos jurídicos sobre o tema, publicados em revistas científicas na área do Direito e apresentados em congressos sobre tradução. Em razão de pesquisa realizada na área do Direito de Autor do tradutor, participou como palestrante convidada do V Seminário de Pesquisas em Andamento (PGET/UFSC, 2012) e dos III e IV Congressos Internacionais de Tradução e Interpretação da Abrates (Belo Horizonte/MG, 2013 e Rio de Janeiro/RJ, 2014).

O tradutor autoral, na ausência de um debate doutrinário sobre os aspectos e a natureza jurídica de sua atividade, depara-se, por vezes, com situações em que seus direitos mais elementares como autor de obras de tradução não são respeitados, como ocorre, por exemplo, com o direito à nomeação. É imprescindível, portanto, estimular e enriquecer o debate sobre o tema, sobretudo em vista da anunciada revisão legislativa da Lei de Direitos Autorais.

Partindo da premissa conceitual de autonomia e especificidade da Lei do Direito de Autor e conexos, o presente estudo pondera sobre aspectos pontuais relacionados à autoria conferida ao criador da obra de tradução. Sem a pretensão de esgotar o assunto, tece, ainda, algumas reflexões acerca das consequências diretas trazidas no campo da preservação da memória cultural nacional e, em alguns casos, no campo do direito do consumidor, consequências que decorrem do desrespeito à obrigação legal de indicar, anunciar e mencionar o nome do tradutor como autor de obra derivada (direito de paternidade e direito à nomeação do tradutor autoral).

## **OBJETIVO**

Dentro deste contexto, o objetivo deste trabalho é discorrer sobre os direitos autorais dos tradutores, evidenciando a necessidade de se preservar o direito de paternidade e o direito à nomeação do tradutor como autor da obra derivada.

## **MÉTODO**

A pesquisa se desenvolverá a partir do método indutivo, seguindo um procedimento monográfico. As técnicas de pesquisa utilizadas serão a bibliográfica e a documental.

## **RESULTADOS**

Sujeito do direito de autor é quem criou a obra e, geralmente, a titularidade originária do direito de autor é

adquirida pelo próprio autor com a criação da obra<sup>48</sup>. Determinar a paternidade da obra é atribuir a autoria de uma obra, estabelecendo um vínculo indissolúvel entre o seu criador, que detém a condição de autoria, e a própria obra, vínculo do qual se depreendem todos os outros direitos autorais, morais e patrimoniais.<sup>49</sup>

O tradutor autoral é o profissional que elabora as obras derivadas de tradução. A obra de tradução não perde sua autonomia como obra derivada. Os direitos morais e patrimoniais que a legislação autoral confere ao tradutor autoral são os mesmos direitos conferidos ao autor da obra original, sendo o tradutor um autor igualmente protegido por força do art. 14 da LDA; os direitos morais e patrimoniais se dão sobre a obra derivada de tradução (art. 5º, VIII, g da LDA), fruto de uma elaboração sobre uma obra primígena, considerada uma criação nova pela legislação autoral e, como tal, protegida pelo art. 7º da LDA.

Existe uma obrigação legal de mencionar o nome do autor, ligando-o à obra. O autor tem o direito de ver sempre seu nome ligado à obra que criou (art. 24, II da LDA), podendo, a qualquer tempo, exercer seu direito de reivindicar a autoria da obra (art. 24, I da LDA). O direito de paternidade e o direito à nomeação subsistem inclusive em caso de cessão dos direitos patrimoniais, pois conforme o art. 27 da LDA os direitos morais de autor são inalienáveis e irrenunciáveis<sup>50</sup>.

Em uma pesquisa documental efetuada ao acervo de livros disponíveis em livrarias virtuais, foram verificadas várias

---

<sup>48</sup>Titularidade é a investidura nos direitos do autor. É atribuída originariamente ao próprio autor ou criador intelectual da obra [...] [FRAGOSO, João Henrique da Rocha. Direito Autoral: da antiguidade à Internet. São Paulo: QuartierLatin, 2009. p. 195].

<sup>49</sup>A determinação da paternidade da obra estabelece "a condição primordial da autoria, vinculando a obra ao seu criador e aglutinando todos os demais atributos ou faculdade de natureza primordial e moral que envolvem a obra" [...]. [FRAGOSO, João Henrique da Rocha. Direito Autoral: da antiguidade à Internet. São Paulo: QuartierLatin, 2009. p. 209]

<sup>50</sup>Direito à nomeação. É o direito que tem o autor – ou seus sucessores – de ter seu nome vinculado à obra. Difere do direito de paternidade que, como já visto, refere-se à garantia da autoria da obra, podendo o autor dar-se, ou não a conhecer, uma vez que o direito ao nome diz respeito à vinculação do nome à obra. É um direito de publicitação do nome, relacionado com a publicitação da própria obra, de mútua identificação. . [FRAGOSO, João Henrique da Rocha. Direito Autoral: da antiguidade à Internet. São Paulo: QuartierLatin, 2009. p. 210]

omissões do nome do tradutor na divulgação das obras comercializadas, assim como constatou-se, em algumas obras de tradução publicadas, a ausência da indicação do nome do tradutor na própria obra.

O reconhecimento da autoria é um direito e como tal deve ser respeitado. Uma obra não reflete somente a personalidade do seu autor, mas participa também na construção do patrimônio imaterial da nação. A falta do nome do tradutor em uma obra derivada atinge, portanto, o interesse público também. O anúncio da autoria é, em suma, um dever legal, que deve ser cumprido atendendo ao princípio constitucional que atende às finalidades informativas, educativas e culturais.

A norma técnica da Associação Brasileira de Normas Técnicas<sup>51</sup> (ABNT) a respeito das referências bibliográficas em documentos, a NBR 6023, classifica a indicação do nome do tradutor entre os elementos complementares e opcionais. Entretanto, acima das normas da ABNT há uma Lei de direitos autorais, que considera a citação do nome do autor e, portanto, também do nome do tradutor, considerado autor de obra derivada, um direito moral imprescritível, estatuinto a menção do nome do autor como um dado obrigatório. No caso de uma obra traduzida, o nome do tradutor é na verdade um elemento essencial e indispensável à identificação correta da obra traduzida.

Não citar o nome do tradutor é uma violação do direito moral de autor, inalienável e irrenunciável. O autor de uma obra, originária ou derivada, tem o direito imprescritível de ser publicamente reconhecido como autor da obra e de ter, portanto, seu nome indicado na própria obra, assim como tem o direito de nomeação quando da divulgação ou citação de trechos de obra traduzida, devendo ser utilizada a expressão “Tradução de”, ou alguma outra equivalente, seguida do nome do tradutor, para

---

<sup>51</sup> Lembra-se que a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) é uma associação civil de utilidade pública e não um órgão público e que suas normas não tem poder vinculante, conforme parte de voto no Superior Tribunal de Justiça (Agravo Regimental em Recurso Especial nº 92.834/PR – Processo 2011/0212492-5 – Relator: Ministro Massami Uyeda – 17/04/2012): “Cumpra também esclarecer que as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) não têm poder vinculante, sendo meras balizadoras do labor pericial.”

que as informações sobre a autoria da obra de tradução estejam sempre disponíveis.

A designação da autoria torna-se relevante inclusive para a preservação da memória cultural nacional, literária e científica. Neste sentido, em vista das várias traduções por vezes existentes de uma mesma obra primígena, a ausência da menção do nome do tradutor em cada obra derivada, ou quando de sua citação, pode inclusive induzir os leitores e pesquisadores ao erro. A inclusão do nome do tradutor torna-se assim um elemento essencial de referência quando a obra for uma tradução, devendo sempre constar, junto com o título e o autor da obra original, o título da obra derivada e o nome do respectivo tradutor.

Conforme o inciso III do art. 46 da Lei 9.610/98, não constitui ofensa aos direitos autorais a citação “em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, **indicando-se o nome do autor e a origem da obra** (grifo nosso)”. Se a obra citada for obra de tradução, deverá assim ser citado também o nome do próprio tradutor, considerado, por lei, autor da obra derivada.

Por vezes são as próprias editoras a não mencionarem na obra o nome do tradutor, em clara afronta aos preceitos da lei, faz-se necessária a adoção de medidas proativas em busca da preservação do direito de paternidade dos tradutores (art. 24, II da Lei 9.610/98).

Esta pesquisa resultou também em uma campanha pelo direito à nomeação do tradutor, idealizada pela autora e promovida pelas associações de categoria dos tradutores (ABRATES e SINTRA). As entidades da categoria encaminharam uma série de missivas para as editoras e livrarias virtuais e outra para a ABNT com o objetivo de reforçar e tornar mais efetiva a obrigação legal de mencionar o nome do tradutor como autor de obra derivada.

## CONCLUSÕES

A partir das reflexões suscitadas pelas leituras realizadas, concluiu-se que o principal direito moral do autor e, portanto, também do tradutor autor de obra derivada, é o direito de ver seu nome ligado à obra que criou. A estes direitos corresponde a obrigação de mencionar o nome do autor da obra original e o nome do tradutor, em caso de obra derivada de tradução. Tal obrigação deve ser cumprida principalmente por aqueles que publicam, divulgam e comercializam a obra, a quem incumbe o “dever de indicar ou anunciar o nome do autor na utilização pública da obra”. A obrigação deve ser respeitada também por quem cita as obras em trabalhos científicos, tais como artigos, TCCs, monografias, dissertações e teses.

A cultura é patrimônio de todos e o autor, protagonista principal do crescimento deste patrimônio, tem o direito de ser nomeado, tendo seu nome vinculado à obra que criou. É necessário evitar qualquer forma de confusão na atribuição da autoria de uma obra, seja ela primígena ou derivada, garantindo um serviço em prol da informação.

Apesar da norma técnica da Associação Brasileira de Normas Técnicas<sup>52</sup> (ABNT) a respeito das referências bibliográficas em documentos (NBR 6023) classificar o nome do tradutor entre os elementos complementares e opcionais, é oportuno lembrar que uma norma técnica não substitui a lei, por não ser norma jurídica ou legal.

Conclui-se pela necessidade legal de se preservar o direito de paternidade e o direito à nomeação dos tradutores autorais de obras derivadas.

---

<sup>52</sup> Lembra-se que a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) é uma associação civil de utilidade pública e não um órgão público e que suas normas não tem poder vinculante, conforme parte de voto no Superior Tribunal de Justiça (Agravo Regimental em Recurso Especial nº 92.834/PR – Processo 2011/0212492-5 – Relator: Ministro Massami Uyeda – 17/04/2012): “Cumpra também esclarecer que as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) não têm poder vinculante, sendo meras balizadoras do labor pericial.”

## OS DIREITOS CULTURAIS E A REGULAMENTAÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS

*Fernanda Magalhães Marcial*<sup>53</sup>  
*Comissão Estadual de Direito Eletrônico e*  
*Crimes de Alta Tecnologia da OAB/SP*

**RESUMO:** O presente artigo analisa a evolução histórica dos direitos autorais e culturais, enfrentando temas como a liberdade de expressão, conteúdos livres, acesso a cultura e ao conhecimento diante da regulamentação dos direitos autorais.

**PALAVRAS-CHAVE:** DIREITO DE AUTOR. AUTORAIS. DIREITOS CULTURAIS. REGULAMENTAÇÃO. REFORMA DA LDA. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. CONTEÚDOS LIVRES. ACESSO À CULTURA. CONHECIMENTO.

### INTRODUÇÃO

Estudos apontam que o direito autoral nasceu na época da civilização clássica da Grécia, onde já existia uma pequena produção editorial para divulgação das obras filosóficas e

---

<sup>53</sup> Graduada pela Universidade Estácio de Sá; Especialista em Legislação Cultural; Pós Graduada em Direito do Consumidor pela UERJ; Técnica em Arbitragem e Mediação de Conflitos pelo Institute La Corte Blanche Tribunal Arbitral do Brasil; Extensão em Propriedade Intelectual pela OMPI; Especialista em Direito Desportivo pela ESA RJ; Atualmente cursando Mediação de Conflitos em Marcas no INPI/OMPI; ex-Supervisora de Contratos da Editora Nova Fronteira S.A; foi advogada do escritório Gama e Silva Advogados Associados; Docente dos Cursos de Mediação de Conflitos, Direito do Entretenimento, Direito Autoral no Combate à Pirataria e nas Violações On Line e Segurança Privada e Pública em Mega Eventos no Ceped/UERJ, na Escola Superior de Advocacia (RJ e SP), na Acadepol, na SESEG, no IBEF Rio, dentre outros; Consultora e Instrutora do SEBRAE Nacional; Membro do Grupo Regional de Combate à Pirataria Firjan/RJ; Membro da Comissão Estadual de Direito Eletrônico e Crimes de Alta Tecnologia da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional São Paulo.

dramaturgias impressas, porém, sem qualquer definição de tutela que resguardasse as criações intelectuais.

O primeiro grande marco legal sobre a legislação autoral consolidou-se com a Convenção de Berna em 1886.

A Convenção surgiu com o intuito de regular as questões controvertidas em relação ao direito do autor sobre obras intelectuais, científicas e artísticas, sendo administrada pela organização mundial de propriedade intelectual (OMPI).

O Brasil deu seus primeiros passos em direção à proteção do direito do autor com o Código Criminal do Império e posteriormente com o CC/16, compilando no Capítulo VI os arts. 649 a 673 que tratou do Direito das Coisas, denominando-se “da propriedade literária, científica e artística”, somente aderindo à Convenção de Berna em 1922.

A primeira legislação brasileira que definiu especialmente conceitos, direitos e deveres do direito de autor foi a Lei 5988/73 que, dentre outros, em seu art. 117, VIII definiu pela primeira vez conceito no qual a propriedade móvel sobre o direito de autor poderia ser disposta por outros que não o próprio autor ou seus herdeiros, conforme citamos *in verbis*:

“Art. 117. Ao Conselho, além de outras atribuições que o Poder Executivo, mediante decreto, poderá outorgar-lhe, incumbe:

....

VIII - manifestar-se sobre os pedidos de licenças compulsórias previstas em Tratados e Convenções Internacionais.”

No entanto, tal definição fora posteriormente revogada.

Com o advento da CF/88, o direito autoral é consagrado como direito fundamental pelo art. 5º, XXVII, passando a ser tratado como **irrenunciável e indisponível** visando proteger as criações intelectuais que demonstrassem o mínimo de originalidade.

Em 1998, com o advento da Lei 9.610, o direito autoral passou a ser considerado efetivamente um bem móvel disposto exclusivamente por seu criador, herdeiros ou sucessores do

titular podendo, nesse contexto, ser cedido, transferido, ou até mesmo destruído por estes conforme preceituado pelo art. 3º.

Como regra geral, conforme definido pelo art. 41 da lei acima, o direito patrimonial tem duração de 70 anos, contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao do falecimento do autor. A exceção a esta regra é no caso de o Autor não deixar herdeiros; ocasião na qual esta obra cairá em domínio público, sendo de livre utilização por todos.

A proteção econômica conferida pelo direito autoral patrimonial diz respeito à exclusividade que lhe confere a lei no tocante à reprodução de sua obra de modo que, durante sua vida ninguém pode, sem anuência de seu respectivo autor, dar a público obra literária, científica ou artística, ficando claro o caráter pecuniário da retribuição sobre a obra intelectual.

Ocorre que infelizmente, em especial em situações com herdeiros, não raras as vezes estes veem no direito autoral um bem com o qual podem vir a faturar “quantias exorbitantes” o que acaba por impedir o acesso de parcela significativa da sociedade ao conhecimento de tais criações intelectuais.

A partir desta premissa, nos perguntamos: como equilibrar os interesses dos titulares das Obras e permitir o acesso à cultura? Como impedir o enriquecimento ilícito? Seria a criação de um órgão executivo e consultivo que poderia vir a tabelar valores no mercado? Mas se assim fosse, poderíamos estar equiparando artistas de conhecimento intelectual muito distantes.

Todos esses pontos suscitam a questão do necessário equilíbrio dos direitos de autor com o resguardo dos interesses da sociedade no tocante ao acesso ao conhecimento e à cultura.

Ao mesmo tempo em que os direitos autorais devem ser protegidos de forma efetiva, é preciso questionar qual a medida em que tais direitos devam ser explorados com finalidade de lucro em especial quando tratamos de fins educacionais, sem finalidade de lucro ou usos transformativos inseridos no processo de criação de obras novas; ou mesmo para a divulgação de determinado segmento artístico e cultural.

Atualmente, especialistas enfrentam o grande dilema de como adequar a dicotomia existente entre a proteção privada ao direito do autor e a possibilidade do acesso ao conhecimento e à cultura quando os valores requeridos pelos titulares destes direitos forem exorbitantes de forma a impedir a divulgação da obra artística, científica ou literária privando, assim, o acesso de parcela significativa da sociedade à cultura.

### **Direitos Autorais E Os Tipos De Licenciamento**

Sabemos que o nosso sistema de direito do autor não é um dos melhores, sabemos que a nossa legislação permite inúmeras brechas, sabemos que a mesma legislação permite que o Autor ou titular dos direitos autorais disponha de suas Obras como bem quiser e concordamos que ele está no seu direito, mas não podemos fechar os olhos para situações em que tais detentores dos direitos autorais patrimoniais venham a sobrepor os interesses pessoais de exploração econômica da obra em valores exorbitantes e muito acima daqueles praticados em situações semelhantes pelo mercado cultural, em detrimento do acesso à cultura e ao conhecimento.

Licenças involuntárias ou compulsórias seriam revogações parciais dos direitos exclusivos dos titulares de direitos patrimoniais, privando o titular dos direitos do benefício exclusivo de controle e exploração das obras. A Convenção de Berna e o *TRIPS* exigem que quaisquer limitações de direitos mínimos dos titulares dos direitos autorais previstos nesses tratados devam atender à regra dos 3 passos, mesmo em sendo o caso de licença compulsória:

- 1) Não deve conflitar com a exploração normal da obra;
- 2) Não deve causar prejuízo injustificado aos legítimos interesses do titular de direito autoral;
- 3) Deve ser limitado a circunstâncias especiais.

A concessão de licenças compulsórias de uso poderia se dar por meio de um órgão administrativo (a ser criado), com

prerrogativas legais para tais fins, ou pela via judicial, através de uma ação específica.

Acreditamos que a utilização de tais licenças deveriam existir nos casos em que:

- 1) houvesse abuso do poder de exploração econômica da obra de forma que viesse a impedir o acesso da sociedade à cultura e ao conhecimento, devendo refletir políticas de direitos autorais necessárias para estimular o desenvolvimento econômico e a inovação tecnológica e não a simplesmente tirar o poder de decisão das mãos dos titulares dos direitos;
- 2) os titulares de direitos autorais não fossem encontrados.

No tocante ao item 1 acima, acreditamos ser necessário um estudo de valores arbitrados pelo mercado cultural vigente de forma que o Estado pudesse legislar sobre o que poderia ser considerado um valor exorbitante que configuraria o enriquecimento ilícito.

No tocante ao item 2, quando o mesmo não fosse localizado ou identificado, dever-se-ia manter o valor em depósito pelo prazo, por exemplo, de 10 anos, passados os quais, se a propriedade não fosse reclamada, reverteria esse crédito ao FNC (Fundo Nacional da Cultura).

Independente do porque ou da forma que esta licença compulsória viesse a ser arbitrada entendemos que devem assegurar o cumprimento integral das obrigações preceituadas nos Tratados Internacionais, em especial as definidas pela Convenção de Berna e *TRIPS* como a regra dos 3 passos.

## **OBJETIVOS**

O objetivo deste trabalho é apontar as possibilidades de caminho para que possamos alcançar o equilíbrio entre o direito privado e o direito público; a proteção do direito do autor e o acesso ao conhecimento e à cultura por parte da sociedade dentre as quais, uma delas, é o licenciamento compulsório; a

criação de um órgão administrativo que possa realizar pesquisas de mercado arbitrando valores mínimos e máximos para exploração das Obras, em especial as que afetam diretamente a cultura, o folclore, as artes; a definição por parte do legislação de ação específica que poderia vir a ser intentada superveniente ao órgão administrativo.

## **METODOLOGIA**

Para a realização do projeto estimamos uma série de pesquisas não só no âmbito da legislação do direito autoral, direitos conexos e propriedade intelectual, como nas legislações pertinentes às telecomunicações, aos tratados e convenções, direitos humanos, notadamente nos limites legais aplicáveis aos aspectos sociais e culturais, debatendo-as com os casos concretos já existentes.

O projeto elaborado foi pautado pela busca de propostas ou pelo apontamento de possíveis caminhos a serem adotados pela legislação pátria.

O método utilizado foi o hipotético-dedutivo, com base na análise de textos legais sobre o tema e bibliografia.

## **RESULTADOS ESPERADOS**

O tema já fora anteriormente discorrido por ocasião do anteprojeto à Reforma da Lei de Direitos Autorais sem que, no entanto, tenha avançado concretamente na direção de uma decisão e de uma norma que efetivamente contemple as brechas da legislação atual.

Desta forma, pretendemos discorrer à respeito, sugerindo estratégias quanto à melhor forma de equilíbrio e adequação dos interesses privado e público agregando cada vez mais valor artístico e cultural à sociedade e contemplando o respectivo direito fundamental assegurado aos autores, herdeiros e demais titulares de direitos.

## CONCLUSÃO

Diversas foram as propostas por ocasião da Reforma na Lei de Direitos Autorais, até hoje sem nenhuma conclusão.

Na militância na ciência do Direito Autoral visualizamos por inúmeras vezes projetos não se concretizarem por ganância de alguns titulares de direito de autor ou pela impossibilidade de localização do titular de um direito para realização de um projeto.

Nossa proposta e objetivo maior é assegurar ao detentor dos direitos autorais a justa remuneração pela exploração econômica de suas Obras, impedindo a ganância com a cobrança de valores exorbitantes e conseqüentemente possibilitando a parcela significativa da sociedade o acesso à cultura e ao conhecimento.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARBONI, Guilherme. Direito de Autor na Multimídia. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

CARBONI, Guilherme C. Direitos autorais e internet: propostas legislativas para fomentar o desenvolvimento e o acesso ao conhecimento.

[[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_90/Artigos/PDF/GuilhermeCarboni\\_Rev90.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_90/Artigos/PDF/GuilhermeCarboni_Rev90.pdf)]

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva.

RODRIGUES, Sílvio. Curso de Direito Civil: Direito das Coisas. 32ª Ed. Saraiva.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores.

[[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5988.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5988.htm)]

OLIVEIRA, Marcos. Minuta Preliminar para discussão do anteprojeto de Reforma da Lei de Direitos Autorais. Motion Picture Association [<http://www.cultura.gov.br/documents/18021/130362/MPA-Motion-Picture-Association.pdf/99623684-0ed0-4ee3-afb8-cb778f0c7e68>]

VALENTE, Mariana Giorgetti. MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. Copyright Week: O que aconteceu com a reforma do direito autoral no Brasil? [<http://creativecommons.org.br/blog/copyright-week-pt/>]

## O DIREITO AUTORAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA INCOMUNICABILIDADE DOS PROVENTOS DO TRABALHO PESSOAL DE CADA CÔNJUGE.

*Francisco Marcelio Ribeiro*<sup>54</sup>  
*Grupo de Estudos de Direito Culturais da UNIFOR*

**RESUMO:** O presente estudo aborda o Direito autoral como instrumento de efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana na incomunicabilidade dos proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge.

**PALAVRAS-CHAVE:** DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. UNIDADE DA FAMÍLIA. INCOMUNICABILIDADE. PROVENTOS DO TRABALHO PESSOAL DE CADA CÔNJUGE. DIREITO AUTORAL

### INTRODUÇÃO

Fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CF/88), o princípio da dignidade da pessoa humana é a base para a construção de uma sociedade em que o ser humano é colocado como um fim em si mesmo, inclusive de toda ordem jurídica.

O imperativo categórico de Kant introduz tal máxima como algo essencial à humanidade. Sobre o assunto, discorre Maria Celina Bodin de Moraes:

Compõe o imperativo categórico a exigência de que o ser humano jamais seja visto, ou usado, como meio para

---

<sup>54</sup> Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA. Professor substituto da Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA, na área de Direito Civil, no período de 2005 a 2007. Professor da Faculdade Luciano Feijão em Sobral (CE) das disciplinas de Introdução à Ciência do Direito e Direito do Consumidor. Advogado.

atingir outras finalidades, mas sempre seja considerado como um fim em si mesmo. Isto significa que todas as normas decorrentes da vontade legisladora dos homens precisam ter como finalidade o homem, a espécie humana enquanto tal. **O imperativo categórico orienta-se, então, pelo valor básico, absoluto, universal e incondicional da dignidade humana. É esta dignidade que inspira a regra ética maior: o respeito pelo outro.** (Grifo nosso)

Dessa forma, qualquer lei ou ato humano que desconsidere o respeito pelo outro ofende a dignidade da pessoa humana. Tal situação se torna importante quando se observam as relações conjugais, que devem pautar-se no absoluto respeito entre os cônjuges, bem como entre todos os membros da família.

Percebe-se um desdobramento do conteúdo desse princípio em quatro outros, quais sejam, os princípios da igualdade, da liberdade, da integridade psicofísica e da solidariedade. Assim, busca-se a materialização do fundamento constitucional inserido no inciso III do art. 1º da CF/88, através de tais caminhos, conforme escreve Maria Celina Bodin de Moraes:

São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica -, da liberdade e da solidariedade. De fato, quando se reconhece a existência de outros iguais, daí dimana o princípio da igualdade; se os iguais merecem idêntico respeito à sua integridade psicofísica, será preciso construir o princípio que protege tal integridade; sendo a pessoa essencialmente dotada de vontade livre, será preciso garantir, juridicamente, esta liberdade; enfim, fazendo a pessoa, necessariamente, parte do grupo social, disso decorrerá o princípio da solidariedade social.

O Código Civil de 2002, que teve importante influência do jusfilósofo Miguel Reale, estabeleceu suas bases nos princípios acima destacados. Ensina Francisco Amaral:

A influência de Miguel Reale, culturalista e anti-positivista crítico, foi decisiva no processo de elaboração do novo Código Civil brasileiro. Nesta obra está a marca da concepção axiológico-experiencial desse jurista-filósofo,

com a sua idéia de modelo jurídico, *in casu*, modelos hermenêuticos que se ligam, direta ou indiretamente, à **existência de determinados valores, como o da pessoa humana, o da liberdade, o da igualdade, o da solidariedade**, valores esses considerados 'invariantes axiológicas', que fundamentam as diretrizes básicas do Código Civil (a socialidade, a eticidade e a operabilidade) e influenciam o processo metodológico de sua interpretação. (Grifo nosso)

Neste diapasão, insere-se a família, que, na perspectiva do direito civil-constitucional, deve ser instrumento de realização e construção da dignidade humana de cada um dos seus membros. Percebe-se, portanto, que isso ocorrerá na medida em que forem preservados e defendidos, dentro do núcleo familiar, os princípios da igualdade, da liberdade, da integridade psicofísica e da solidariedade.

Dentro das relações familiares está a conjugal. Esta, hodiernamente, pauta-se no princípio da igualdade. O texto constitucional de 1988 abraça tal princípio nos artigos 5º, I e 226, § 5º, e o Código Civil de 2002 o estabelece no artigo 1.511. Exige-se, portanto, a igualdade material entre os cônjuges.

Os demais princípios também devem ser observados pelo casal, haja vista a preservação dos sentimentos, do afeto e da harmonia do núcleo familiar. Assim, a relação desenvolvida e construída deve ser tal que preserve a liberdade de cada um, inclusive o respeito à individualidade, tendo por pressuposto que a liberdade está sempre associada à responsabilidade; bem como o respeito à integridade psicofísica, ou seja, um relacionamento que desenvolva o ser humano em seus aspectos psicológico e físico e, finalmente, a plenitude da solidariedade familiar, tanto no aspecto existencial quanto no patrimonial, haja vista que, neste contexto, a solidariedade econômica é consequência da familiar.

O parágrafo segundo do artigo 29 do Código Civil Italiano expressa que “o casamento é ordenado sobre a igualdade moral e jurídica dos cônjuges, com os limites da lei como garantia da unidade familiar”. Constata-se a garantia do princípio da

igualdade e a preservação da unidade familiar. Entretanto, alerta Pietro Perlingieri, que “é necessário colocar em evidência que 'unidade da família' não deve ser confundida nem com 'indissolubilidade do casamento' nem com 'unidade do casamento’”.

Na verdade, a unidade da família é uma concepção consciencial de preservação do princípio da dignidade da pessoa humana dos membros do núcleo familiar, aplicando-se mesmo no caso de dissolução do casamento. É algo que estabelece o enfrentamento de problemas vividos na realidade da família, em nome da união que deve pautar os seres humanos entre si, mesmo quando discordam, posto que esta discordância resulta da própria família democrática, em que todos os membros são individualmente considerados.

Cotejando o que se afirmou acima com as normas do Código Civil brasileiro, principalmente os artigos 1.511, 1.565, 1.567 e 1.568, percebe-se que a unidade da família está caracterizada de forma implícita no ordenamento pátrio, abrangendo situações que devem pautar a relação conjugal, ainda que no processo de sua dissolução, notadamente na preocupação com o bem estar psicofísico e econômico-financeiro dos dois membros de sobredita relação. Destaca-se, também, da referida análise, a obrigação dos cônjuges de concorrerem, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família, qualquer que seja o regime patrimonial.

Nesse contexto é que ressaí o princípio da solidariedade familiar, que, no presente estudo, perfaz-se na efetivação do patrimônio do casal em benefício da família, tanto no aspecto da relação conjugal, quanto nas relações de parentesco. Tem-se, com isso, a solidariedade econômica como consequência da solidariedade familiar. Corrobora tal entendimento Pietro Perlingieri, que afirma:

A solidariedade familiar, longe de apresentar-se como expressão de uma concepção publicista ou como fundamento da família como célula produtora, traduz-se em uma nova solidariedade econômica fundada não

somente na propriedade mas, sobretudo, no trabalho dos componentes, que legitima uma mais justa proporcionalidade no cumprimento do dever de contribuição. Os cônjuges devem contribuir também em relação à própria capacidade de trabalho, levando em consideração que para eles o trabalho é um dever;

Dessa forma, destaca-se o instituto da propriedade como fundamento da solidariedade econômica, juntamente com o trabalho dos componentes da família. Trabalho esse que se torna uma obrigação, haja vista a qualidade de vida dos membros do grupo familiar, bem como a possibilidade de aquisição de bens móveis e imóveis, títulos e valores, entre outros, razão pela qual se constata a existência de um patrimônio comum do casal, nos regimes de comunhão parcial e universal de bens.

Esse patrimônio comum, caso haja dissolução da sociedade conjugal, deverá ser partilhado igualmente. Entretanto, conforme reza o artigo 1.659 do Código Civil, existem bens que são incomunicáveis, dentre eles destacam-se os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge. Tal dispositivo foi inovação da norma civilista de 2002 e está expresso no inciso VI do artigo citado.

Ora, tornar incomunicáveis os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge, além de poder configurar enriquecimento indevido de um dos consortes em detrimento do outro, pode ensejar um completo desrespeito aos princípios da igualdade e da solidariedade familiar, ou, em última análise, do próprio fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

Se um dos cônjuges utilizar seus proventos em benefício da família, a lei determina a comunicabilidade; ao passo que se o outro consorte utilizar os frutos do seu trabalho para seus investimentos pessoais, a mencionada norma veda a comunicabilidade.

Acerca do assunto, leciona Maria Berenice Dias: “Flagrante injusto que o cônjuge que trabalha por contraprestação pecuniária, mas não converte suas economias

em patrimônio, seja privilegiado e suas reservas consideradas crédito pessoal e incomunicável”.

Quanto ao problema acima suscitado, a lei autoral brasileira estabelece uma lógica que melhor garante o princípio da dignidade da pessoa humana nas relações conjugais.

O artigo 39, da lei 9.610 de 1998, afirma que “os direitos patrimoniais do autor, excetuados os rendimentos resultantes de sua exploração, não se comunicam, salvo pacto antenupcial em contrário”. Conforme se percebe, o direito patrimonial de autor é também incomunicável, mas os seus rendimentos não o são.

Nessa linha, a norma autoral é mais clara e não suscita dúvidas ou questionamentos de uma possível ofensa ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, posto que preserva a importância da família no atual panorama constitucional.

Fernanda Ferrarini Cecconello, explicando detidamente o problema, ensina:

Os rendimentos resultantes da exploração da criação, ou seja, a fruição patrimonial que a obra lhe traz, sim, é comunicável. É devido aos rendimentos, ao proveito econômico, resultado do comércio, visto ser profissão lucrativa, não se relacionando com o ato criativo em si, que o cônjuge não-autor pode defender a obra de engenho, cuja aquisição dos direitos é pessoal. Mas utilizar patrimonialmente a obra intelectual não compreende o poder de decidir a oportunidade, o modo, a forma e qualquer outra modalidade da primeira publicação.

Caso ocorra uma ruptura do matrimônio, estes rendimentos devem ser arrolados na partilha dos bens. Embora com repercussões patrimoniais, estes poder de autoria intelectual constitui um direito moral do autor, que segundo a Lei nº 9.610-98, é inalienável e irrenunciável.

Por sua vez, José de Oliveira Ascensão afirma que “diverso é o regime dos proventos obtidos pelos cônjuges na exploração do direito. Como frutos separados, entram sem ressalva na comunhão”. Realizando uma separação entre o direito

patrimonial de autor e os rendimentos que dele decorrem, Plínio Cabral discorre:

Mas, além disso, o patrimônio autoral é um bem cuja aquisição originária se dá, basicamente, pela ação pessoal do autor. Sem esta ação criadora o bem inexistente. Ele não pode, pois, ser adquirido na constância do casamento pela ação comum dos cônjuges, mas sim da atividade criadora de dois autores que, eventualmente, são casados. O ato criador é uma particularidade pessoal e um atributo individual.

(...)

Já os rendimentos que resultam da exploração das obras de criação e engenho fogem ao caráter pessoal desse tipo de propriedade. Resultam do comércio e nada tem a ver com o ato criador em si.

Fazendo-se um cotejo entre a norma civilista e a norma autoral, constata-se que a segunda pode ser utilizada, por analogia, em benefício da primeira.

Ora, o direito patrimonial de autor pode se configurar como um provento pessoal de um dos cônjuges da relação; e, nesse contexto, não ser comunicável, conforme reza os duas normas.

Entretanto, isso, por si só, não basta! É necessário especificar que os rendimentos de tais proventos pessoais entram na comunhão. Tal especificação é realizada pela norma autoral e negligenciada pela norma cível.

Oportuno observar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em recente decisão sobre o tema, qual seja, Recurso Especial nº 1.295.991-MG (2011/0287583-5), acolheu posicionamento semelhante ao determinado pelo artigo 39 da lei 9.610/98, ao afirmar que a incomunicabilidade é apenas do direito e não sobre os proventos. Com isso, confirma que a lógica autoral é a que melhor se realiza o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana nas relações familiares e, em particular, na relação conjugal.

## **OBJETIVO**

Analisar o artigo 39 da lei de direito autoral brasileira como instrumento efetivador da dignidade da pessoa humana, no caso da incomunicabilidade dos proventos pessoais de cada cônjuge.

## **MATERIAIS E MÉTODOS UTILIZADOS**

O material utilizado na pesquisa será a doutrina, nacional e estrangeira, bem como a legislação existente sobre o tema. Também serão realizadas pesquisas junto à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e a eventuais julgados de Tribunais de Justiça. A abordagem metodológica é qualitativa, com livre investigação descritiva e exploratória na temática abordada.

## **RESULTADOS ESPERADOS**

A pesquisa pretende constatar a importância do direito autoral como instrumento de resolução de conflitos em outras áreas jurídicas. No presente caso, o direito de família. Assim, pretende-se elaborar artigo científico sobre o tema e apresentá-lo em congressos, seminários, simpósios e eventos em geral. Desta forma, a pesquisa contribuirá com o debate acadêmico, trazendo reflexões sobre o tema.

## ECAD E INTERESSE PÚBLICO: AS MODIFICAÇÕES RECENTES NA REGULAMENTAÇÃO SOBRE GESTÃO COLETIVA

*Guilherme Coutinho Silva* <sup>55</sup>

*Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial – GEDAI UFPR*

**RESUMO:** O presente estudo analisa a gestão coletiva no Brasil realizada pelo ECAD e os interesses públicos envolvidos nas modificações na regulamentação sobre a Gestão Coletiva.

**PALAVRAS CHAVES:** GESTÃO COLETIVA. DIREITOS AUTORAIS. MÚSICA. CULTURA.

### INTRODUÇÃO

Devido à dificuldade para que os próprios titulares dos direitos autorais sejam também os responsáveis pela arrecadação e o controle do uso destes, surgiu a necessidade de que fossem criadas associações com o fim de fazer uma gestão eficiente destes direitos.

No Brasil, a Lei nº 9.610/1998 permite aos autores e titulares dos direitos conexos associação sem intuito de lucro para o exercício e defesa de seus direitos (art. 97), garantia esta trazida pela própria Constituição Federal de 1988, que assegura: “o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das

---

<sup>55</sup> Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professor do Curso de Direito do Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina - CESUSC. Professor da Pós-Graduação em Propriedade Intelectual e Comércio Eletrônico da Universidade Positivo (Paraná). Colaborador do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial (GEDAI/UFPR). Autor de artigos publicados em revistas e livros especializados. Advogado com atuação nas seguintes áreas: Direito Empresarial e Propriedade Intelectual, com ênfase em Direito Autoral, fonogramas, marcas, contratos e tecnologia da informação.

obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas” (art. 5º, XXVIII).<sup>56</sup>

O ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição) é o órgão formado pelas associações, encarregado de centralizar toda a arrecadação e distribuição dos direitos autorais de execução pública musical, além de toda a documentação necessária para tanto, no Brasil.<sup>57</sup>

Possui, assim, o monopólio para a arrecadação e distribuição os direitos relativos à execução pública das obras musicais.

Em que pese ser possível a convivência de mais de um escritório de arrecadação (vide o caso dos Estados Unidos, em que há concorrência entre ASCAP e BMI), o sentido da concentração em um único escritório (ou mesmo em poucos) é o de facilitar a arrecadação e distribuição, tornando o sistema mais simples e eficiente.

A questão que cabe aqui ser discutida, é que a exclusividade para arrecadação não pode ser interpretada de forma amplamente extensiva, de modo a autorizar que o ECAD estabeleça de forma totalmente unilateral e não fundamentada, sem margem para negociação, os valores a serem cobrados. A fixação dos valores deveria ser negociada com os responsáveis pelo pagamento, como em qualquer relação comercial.

Cabe aqui citar o depoimento de Vinícius Carvalho, Secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça, o qual consta no relatório final da CPI instaurada pelo Senado em 2011:

---

<sup>56</sup> A Lei nº 9.610/1998 regulamenta o disposto na CRFB/88: “Com o ato de filiação, as associações de que trata o art. 97 tornam-se mandatárias de seus associados para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial de seus direitos autorais, bem como para o exercício da atividade de cobrança desses direitos.”

<sup>57</sup> O art. 99 da Lei nº 9.610/1998 prevê a forma de organização das associações: “Art. 99. A arrecadação e distribuição dos direitos relativos à execução pública de obras musicais e literomusicais e de fonogramas será feita por meio das associações de gestão coletiva criadas para este fim por seus titulares, as quais deverão unificar a cobrança em um único escritório central para arrecadação e distribuição, que funcionará como ente arrecadador com personalidade jurídica própria e observará os §§ 1º a 12 do art. 98 e os arts. 98-A, 98-B, 98-C, 99-B, 100, 100-A e 100-B.”

Acho que aqui pode caber, Senadores, alguma analogia em relação ao direito tributário, por exemplo. A gente tem no direito tributário a competência tributária, a competência de se criar tributos, que é uma competência política do Estado, e a gente tem a capacidade ativa, tributária, que, no caso da União, quem detém é a Receita Federal, para arrecadar os tributos. A Receita Federal não tem competência para fixar o tributo, o valor do tributo. É mais ou menos como acontece com o Ecad. O Ecad tem a competência para arrecadar e distribuir os recursos auferidos, mas não para fixar o valor dessa atividade de execução das obras musicais.

Em 20/03/2013 o ECAD e mais 6 associações de direitos autorais foram condenadas por formação de cartel pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

O ECAD também foi penalizado por abuso de poder dominante pela criação de barreiras à entrada ao ingresso de novas associações no mercado.

No caso (Processo Administrativo nº 08012.003745/2010-83), instaurado em 2010, a partir de representação formulada pela Associação Brasileira de Televisão por Assinatura – ABTA, um dos argumentos principais para a condenação argumento principal é justamente que, apesar de ser previsto na legislação o monopólio do ECAD para arrecadação e distribuição de valores, isso não significa que o órgão possa fixar estes preços, os quais deveriam ser determinados pelas associações de forma diferenciada, possibilitando a concorrência.

### **Crerios De Fixação**

Além disso, são questionados os critérios de fixação, os quais não mudam de acordo com a utilização das obras.

Questiona-se porque locais que utilizam música de forma diferenciada têm cobrança pelo mesmo critério, sem possibilidade de adequação a índice mais favorável a cada caso particular.

É nesse sentido a orientação do Supremo Tribunal Federal: “Importante salientar que a condição de órgão legitimado a

realizar cobrança de valores devidos a título de direitos autorais não exime o ECAD da obrigação de demonstrar em juízo a consistência da cobrança empreendida. Admitir-se o contrário, seria conferir à entidade cobradora privilégio que a lei não lhe outorgou."

Cabe salientar que, por mais que não exista relação de consumo, é evidente a hipossuficiência dos estabelecimentos comerciais sujeitos ao pagamento para o ECAD, em razão da disparidade flagrante existente entre:

- a) empresas privadas sujeitas a um regime concorrencial, em que o pagamento de direito autoral é apenas um dos vários aspectos com o qual se preocupar; em relação a:
- b) um órgão monopolístico e especializado, de abrangência nacional, instituído pelo Estado, mas sem qualquer controle deste.

Na antiga lei autoral brasileira, nº 5.998/1973, a qual instituiu o ECAD, havia uma minuciosa previsão sobre a organização das associações e seu escritório central, que eram subordinados ao então Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA). A lei determinava inclusive detalhes sobre a organização das entidades, como a forma das assembleias e da diretoria.

Em 1990, com a desativação do CNDA durante o governo Collor, o ECAD passou a ser administrado pelas suas associações, reunidas em assembleia geral, sem qualquer supervisão estatal. A Lei nº 9.610/1998 extinguiu de vez o Conselho e não faz previsão de supervisão e fiscalização do ECAD por qualquer entidade específica de caráter público.

A ausência de fiscalização do Poder Público, algo praticamente inédito em todo o mundo, foi questionada no processo de consulta pública para reforma de Lei de Direito Autoral e no relatório final da CPI do Senado já mencionada.

A consolidação de princípios como função social da propriedade, dos contratos e, mais especificamente, de próprio direito autoral se impôs, como forma de regular relações privadas em prol do Estado Democrático de Direito.

No caso em questão, o ECAD não é uma instituição privada qualquer.

Como já demonstrado, detém um monopólio concedido pelo Estado, que não tinha qualquer ônus ou contrapartida expresso na legislação específica aplicável.

Desta forma, foi publicada a Lei nº 12.853, de 14 de agosto de 2013, que entrou em vigor em dezembro do mesmo ano e altera da Lei nº 9.610/1998, para dispor sobre a gestão coletiva de direitos autorais, além de outras providências. Fica expresso que as associações de direitos autorais “exercem atividade de interesse público, por determinação desta Lei, devendo atender a sua função social” (art. 97§ 1º).

O ECAD e a UBC (a maior das associações que o constituem) prontamente ajuizaram Ações Diretas de Inconstitucionalidade e o ministro Luiz Fux decidiu aplicar o rito abreviado por entender que “a hipótese reveste-se de indiscutível relevância”.

Com isso, a ação direta será remetida diretamente ao Plenário, a fim de que a decisão seja tomada em caráter definitivo, sem exame de medida cautelar, além de ter sido convocada uma audiência pública, ocorrida no dia de 17 de março de 2014.

Fica estabelecido a partir da nova legislação que o exercício da atividade de cobrança dependerá de habilitação prévia em órgão da Administração Pública Federal, o qual ainda depende de regulamentação para ser criado.

Outra novidade foi a obrigação de as associações manterem um cadastro centralizado de todos os contratos, declarações ou documentos de qualquer natureza que comprovem a autoria e a titularidade das obras e dos fonogramas, bem como as participações individuais em cada obra e em cada fonograma, prevenindo o falseamento de dados e fraudes e promovendo a desambiguação de títulos similares de obras, auditado pelo Ministério da Cultura.

Cabe apontar que, em que pese o ECAD ser formado por associações, sua arrecadação não é proveniente dos

associados, mas sim de toda a sociedade, desde pessoas físicas (visto que o pagamento independe de finalidade lucrativa, como ocorre em festas de casamento), até estabelecimentos comerciais.

Assim, parece estranho que um órgão que imputa um custo direto a toda a população possa ter carta branca para efetuar cobranças sem qualquer limitação.

Ademais, a fiscalização e a cobrança dos direitos autorais dos músicos não envolvem somente o direito privado de propriedade intelectual de cada autor, considerado individualmente titular de um direito específico: de um lado têm-se os compositores e artistas, que alimentam e representam nossa cultura musical, de outro - e não menos importante - tem-se os mais variados setores da indústria e comércio, bem como os seus clientes e consumidores.

Além disso, os próprios filiados ao ECAD questionam os seus métodos de distribuição e mecanismos de representatividade.

## CONCLUSÃO

Dessa forma, em que pese não ser este um órgão público, o ECAD exerce múnus de caráter público, dado o papel de interesse nacional que assumiu, de sorte que não pode se furtar a atuar à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República. Evidencia-se esse caráter pela jurisprudência consolidada do STF, que permite ao órgão cobrar direitos autorais inclusive em nome daqueles autores que não estejam efetivamente associados!<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup>DIREITO AUTORAL. RADIODIFUSÃO DE MÚSICA AMBIENTE. REPRODUÇÃO DE PROGRAMAS GRAVADOS. ATIVIDADE LÍCITA. CARÁTER ABUSIVO DA NOTIFICAÇÃO A CLIENTES QUE ADQUIRIRAM O SERVIÇO DE RADIODIFUSÃO. DANOS MORAIS DEVIDOS. ECAD. 1. O Ecad tem legitimidade para a cobrança de direitos autorais independentemente da comprovação da filiação dos artistas representados às associações que o integram. (STJ - REsp: 958058 RJ 2007/0120890-0, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 23/02/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: Dje 22/03/2010)

Assim, é flagrante que o ECAD é um órgão que extrapola em muito uma mera relação associativa com seus filiados, já que exerce cobrança sobre todos, inclusive em nome de autores com o qual não possui qualquer relação.

Nota-se na jurisprudência que o poder independe até mesmo da comprovação da filiação do artista, ou seja, cabe ao ECAD representar todo e qualquer músico, até que esse se manifeste contrário ao recebimento de seus direitos pela associação.

Porém, esse múnus de caráter público – apesar de lhe conceder legitimidade para agir – não lhe dá o direito de impor unilateralmente valores e cobranças, nem regulamentar a legislação federal.<sup>59</sup>

---

<sup>59</sup> ECAD - AÇÃO DE COBRANÇA - ARRECADAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS - ECAD - LEGITIMIDADE PARA REGULAMENTAÇÃO DA LEI Nº 9.610/98 - FIXAÇÃO UNILATERAL DE PREÇOS - ILEGALIDADE - O ECAD é uma pessoa jurídica de natureza privada e, por isso, não possui legitimidade para regulamentar a Lei dos Direitos Autorais, em substituição ao Poder Público. O ECAD não tem competência para exercer poder de polícia, com base no regulamento por ele próprio editado. Não pode assumir o caráter de autoridade para regulamentar qualquer lei, nem mesmo a Lei nº. 9.610/98 (Lei dos Direitos Autorais). Tal competência, aliás, é privativa do Chefe do Poder Executivo, nos termos do art. 84, inciso IV, da Constituição Federal. - Os agentes do ECAD não são servidores públicos e seus atos não gozam de presunção de veracidade, já que por sua qualidade não possuem fé pública. (TJ-MG 104800304621330011 MG 1.0480.03.046213-3/001(1), Relator: NILO LACERDA, Data de Julgamento: 17/10/2007, Data de Publicação: 10/11/2007).

AÇÃO DE COBRANÇA. DIREITOS AUTORAIS. ECAD. Procedimento de arrecadação e tabelas de fixação de valores do ECAD. Análise pelo Poder Judiciário. Possibilidade. Reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Necessidade de avaliar a conformação do método de arrecadação ao ordenamento jurídico constitucional. Princípios da proporcionalidade e do devido processo legal. FESTA DE ANIVERSÁRIO DE 15 ANOS. Exegese dos artigos 68 e 46, inciso VI, da Lei nº 9.610/98. Execução de obras musicais no âmbito de recesso familiar. Evento de caráter estritamente privado e sem finalidade lucrativa. Isenção da cobrança de direitos autorais Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO. (TJ-SP - APL: 6047220108260272 SP 0000604-72.2010.8.26.0272, Relator: Paulo Alcides, Data de Julgamento: 21/06/2012, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 20/07/2012).

## USOS TRANSFORMATIVOS NA OBRA AUDIOVISUAL DOCUMENTAL: ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO CULTURAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS

*Joana Campinho Rabello Corte Real Delgado*<sup>60</sup>

*Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito,  
Artes e Políticas Culturais – NEDAC*

**RESUMO:** A pesquisa apresenta uma análise das formas de realização dos direitos de propriedade a partir das transformações históricas de natureza socioeconômica e jurídica, incorporando ao debate as reflexões sobre as relações entre a propriedade privada e os comuns (*commons*), e identificação da maneira pela qual a construção plural e dinâmica da propriedade reflete na possibilidade de recurso aos usos transformativos das obras protegidas por direitos autorais para a efetivação da liberdade de expressão cultural na obra audiovisual documental nova.

**PALAVRAS-CHAVES:** DIREITO AUTORAL; DIREITOS CULTURAIS; USOS TRANSFORMATIVOS; LIBERDADE DE EXPRESSÃO.

### INTRODUÇÃO

Com o avançar do século XX e neste novo milênio, o domínio do conhecimento, da tecnologia e da informação

---

<sup>60</sup> Mestranda em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Direito da Empresa pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pesquisadora do NEDAC – Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito, Artes e Políticas Culturais – vinculado ao Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento (PPED), da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

modificou profundamente as características da produção e da geração de riquezas na sociedade.

O desenvolvimento de novas tecnologias de comunicação digital propiciou a redução dos custos de produção e distribuição das obras artísticas e literárias em geral, oferecendo a um número cada vez maior de pessoas a oportunidade de falar e de ser ouvido, inclusive a partir da reutilização criativa de trabalhos preexistentes<sup>61</sup>.

No quadro sócio tecnológico atual, o usuário das mídias digitais tem mais acesso às obras produzidas em diferentes épocas e territórios – muitas das quais protegidas por direitos autorais e outros direitos de propriedade intelectual – podendo não apenas interagir com todo esse conteúdo, como manipular alguns de seus elementos ou mesmo criar obras novas a partir de trabalhos preexistentes.

Na chamada era da informação, a produção criativa, o desenvolvimento de tecnologias e a fixação de marcas e outros signos distintivos no mercado ganham importância nunca antes vista.

A valorização do conhecimento fortalece, conseqüentemente, as regras de sua proteção, motivando um comportamento mundial de acirramento da exclusividade e de controle do uso dos bens imateriais. Nesse ínterim, observa-se que a legislação que abrange a propriedade intelectual<sup>62</sup>, hoje, se mostra extremamente rígida, tendente a desencorajar qualquer derrogação de suas normas.

Ao passo que há uma maior possibilidade de interação dos indivíduos com os bens intelectuais, os direitos autorais

---

<sup>61</sup> VAIDHYANATHAN, Siva. *Cultural Production in a Digital Age*: remote control: the rise of electronic cultural policy. *The Annals of The American Academy of Political and Social Science*, 2005, n. 597, p. 5. Disponível em: <[http://msl1.mit.edu/furdlog/docs/Annals\\_VaidhyathanDraft.pdf](http://msl1.mit.edu/furdlog/docs/Annals_VaidhyathanDraft.pdf)>. Acesso dia 14 jun. 2014.

<sup>62</sup> O termo “propriedade intelectual” engloba um conjunto de princípios e fundamentos que versam tanto sobre a propriedade industrial (patentes, marcas, desenho industrial, dentre outros) quanto sobre a propriedade artística e literária (direitos autorais). Além da OMC, que ingressou no sistema de proteção à propriedade intelectual na década de 1990, as normas procedimentais que regem o universo da propriedade intelectual são discutidas no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI).

passaram a comprometer – e até mesmo impossibilitar – a legalidade das possíveis criações derivadas dentro desse novo contexto sócio tecnológico.

Como forma de incentivar a criação intelectual e garantir o acesso à cultura, à informação e ao conhecimento, os direitos autorais passaram por grandes transformações, mais visíveis nas últimas décadas, e a tutela concedida pelo ordenamento jurídico aos bens intelectuais passou a privilegiar os interesses dos titulares<sup>63</sup> dos direitos autorais em detrimento de uma série de demandas de interesse público<sup>64</sup>, tendo-se observado no último século, por exemplo, um sucessivo prolongamento do prazo de exploração dos direitos patrimoniais do autor<sup>65</sup>.

Nesse ínterim, a cultura, a partir da década de 1980, como intermediadora das relações humanas, passa a ser também entendida como objeto do Direito e seus contornos e efeitos sobre o ordenamento jurídico começam a ser compreendidos<sup>66</sup>.

Assim, a sociedade, ao fundar-se no conhecimento e ao sustentar a economia a partir dos bens intelectuais, não coloca somente a obra artística, por si só, no centro da discussão, mas sim as obras com características culturais que acabam por desempenhar um papel de valorização e disseminação de

---

<sup>63</sup> É costumeira a afirmação de que a emergência dos direitos do autor deveu-as à necessidade de remunerar os autores, respondendo, assim, a duas demandas: uma instrumental, que é a falta de incentivo que os autores teriam para produzir sem nenhuma expectativa de contrapartida, e outra dizendo respeito a um critério de justiça, qual seja, a eles deveriam caber os frutos derivados de sua criação. (LEWICKI, Bruno Costa. *Limitações aos direitos de autor: releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo*. 2007. 299 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 30.)

<sup>64</sup> Nesse contexto, Guilherme Carboni afirma que “houve uma mudança de função do direito de autor: de mecanismo de estímulo à produção intelectual, ele passou a representar uma poderosa ferramenta da indústria dos bens intelectuais para a apropriação da informação enquanto mercadoria, ocasionando uma redução da esfera da liberdade de expressão e se transformando em um obstáculo a formas mais dinâmicas de criação e circulação de obras intelectuais.” (CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2006. p.33.)

<sup>65</sup> SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Abuso do direito autoral*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 5.

<sup>66</sup> SOUZA, Allan Rocha. *Os direitos culturais e as obras audiovisuais cinematográficas: entre a proteção e o acesso*. 2010. 299 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 13

culturas específicas e de pertencimento como parte do contexto em que se inserem<sup>67</sup>.

Os usos transformativos – um dos exemplos constantes do rol de limitações ao direito de autor – evidenciam o crescente conflito entre os interesses individuais privados dos titulares e os interesses públicos.

Nesse contexto, as limitações aos direitos do autor<sup>68</sup> consistem, segundo Lewicki, nas hipóteses em que o ordenamento reconhece como legítima uma conduta que poderia ser considerada infringente a partir de uma interpretação literal e estática dos direitos atribuídos aos autores de obras intelectuais<sup>69</sup>.

A hipótese que contempla os usos transformativos se encontra no artigo 46, VIII da Lei de Direitos Autorais (LDA), ao assegurar a possibilidade de reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, desde que 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 dos autores<sup>70</sup>. Sendo assim, os usos transformativos concentram as discussões aqui propostas, tratando-se da fronteira a ser ultrapassada, uma vez que não há regulamentação a seu respeito, mas seus contornos já são vistos em diversas áreas da criação<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> Ver em: SOUZA, Allan Rocha. *Direitos culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Azougue, 2012.

<sup>68</sup> Art. 46 da Lei de Direitos Autorais.

<sup>69</sup> LEWICKI, Bruno Costa. Limitações aos direitos de autor: releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo. op. cit., p. 1.

<sup>70</sup> Para lidar com as limitações a Convenção de Berna estabeleceu o chamado “teste dos três passos”, internalizado pelos países-membros das mais diversas maneiras. Em seu artigo 9.2 são destacados os célebres “passos”: “Fica reservada às legislações dos países da União a faculdade de permitirem a reprodução das referidas obras, em certos casos especiais [1º passo], desde que tal reprodução não prejudique a exploração normal da obra [2º passo] nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor [3º passo].” Disponível em: <http://www.gddc.pt/siii/im.asp?id=1423> Acesso em: 11 de agosto de 2014.

<sup>71</sup> Atualmente, pode-se exemplificar tal afirmativa com os *fanworks*. Segundo Stacey M. Lantagne, existem *fandoms* para obras tão diversas como Crepúsculo e Jane Eyre, A Origem e Agosto: Osage County, The Big Bang Theory e Mad Men. Eles existem para ressignificar obras antigas, como os mistérios de Sherlock Holmes de Arthur Conan Doyle e Jane Austen Orgulho e Preconceito, e também

Dessa forma, pretende-se entender de que forma as inflexões históricas forneceram as fontes para a estrutura moderna dos direitos autorais, a partir de uma análise histórica, econômica e jurídica das teorias que afirmam – e contradizem – a construção de seus fundamentos. Enfatiza-se a apreciação do conhecimento como comum (*common*), ressaltando a natureza complexa desse recurso compreendido tanto como uma mercadoria quanto como uma força constitutiva da sociedade. Ilustra-se, também, o sentido pelo qual a lei reagiu, e também afetou, as circunstâncias e práticas sociais, ponderando de que forma a nova conjuntura cultural e tecnológica modificou os principais fundamentos dos direitos autorais e como o direito autoral pode – e deve – evoluir em circunstâncias diferentes daquelas em que foi originalmente construído.

## OBJETIVOS

A presente pesquisa tem como objetivo analisar os limites da utilização de obras preexistentes na produção de obra audiovisual documental nova, em razão das restrições impostas pelos direitos autorais, a partir das reflexões sobre a história social dos direitos de propriedade, enfatizando seus contornos mais modernos.

---

para as mais novas encarnações dessas obras, como *Fundamental* e *The Lizzie Bennet Diaries*. Alguns *fandoms* são muito ativos. Prosperando na Internet, *fandoms* se ocupam também de criar fóruns para discutir e debater sobre o trabalho. Eles produzem para sites que oferecem sinopses, críticas, análises e guias. Se unem para criar o seus próprios editoriais e enciclopédias e realizar seus próprios esforços criativos: *fanart* de seus personagens favoritos em situações habituais ou incomuns; *fanvids* re-edição de imagens para destacar temas ou contar novas histórias; *fanfiction* a fragmentar o trabalho original, de alguma forma, por motivos tão variados como comentário, refutação e especulação, entre muitos outros. Inclusive, o próprio Lantagne enfatiza a necessidade de uma análise de impacto econômico que o *fandom* tem, uma vez que: “fanworks are, by their very definition, transformative in some way, whether in a way that has found approval in the dominant culture or not. They do not displace demand in the same way that exact copies of content would do. The problem with fanworks is not that they are not transformative; it is that they are not transformative in a way that has been given value. Refocusing the analysis on the effect on the market factor will help eliminate the subjective aestheticism and even the playing field between copyright monopoly and participatory culture a bit more.” (LANTAGNE, Stacey. *Sherlock Holmes and the case of the lucrative fandom: recognizing the economic power of fanworks and reimagining fair use in copyright*. (February 28, 2014). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2402951>. p. 40.)

Identifica-se, também, os impactos da apropriação privada por meio dos direitos autorais sobre o acesso e a liberdade de expressão cultural, uma vez que é importante verificar de que forma a construção histórica, econômica e jurídica da propriedade privada impacta na fundamentação, estrutura e função dos direitos autorais e nas suas limitações.

Por fim, serão propostas políticas públicas que regulamentem as práticas empresariais de utilização de obras preexistentes como recurso criativo na produção de obras audiovisuais documentais novas.

## **MÉTODO**

Trata-se de um estudo exploratório baseado em revisão bibliográfica e alguns dados que, pelo método dedutivo, analisa a hipótese de utilização de obras existentes como recurso criativo em obras audiovisuais documentais novas. Pelo método indutivo, confronta essa hipótese com casos de utilização de obras existentes como recurso criativo em face das limitações aos direitos de autor.

## **RESULTADOS**

Trata-se de uma pesquisa em desenvolvimento no NEDAC. Contudo, entende-se que ao discutir a ideia da propriedade absoluta e sagrada perpetrada pela retórica dominante nas discussões sobre direito autoral, pode-se dizer que ela parece não permitir exceções ou limitações, uma vez que se concentra não só no aspecto pessoal do proprietário ou do autor, mas também no aspecto econômico situado na ideia de eficiência e de progresso, geralmente representados pelo lucro ou pela remuneração do autor<sup>72</sup>.

---

<sup>72</sup>Recentemente, o fotógrafo britânico David Slater ameaçou processar a Wikimedia, que mantém a enciclopédia colaborativa virtual Wikipedia, por não ter retirado, a seu pedido, a “selfie do macaco”, como ficou conhecida, sob o argumento de que não tem ganhado muito dinheiro com a imagem, apesar de sua enorme popularidade. Por outro lado, a Wikimedia alega que a autoria da foto é do macaco, que teria roubado a máquina do fotógrafo e feito seu autorretrato. Pode-se, nesse afirmativa, identificar a coletivização desse conceito de forma quase inacreditável. Ver notícia em: <<http://g1.globo.com/planeta-bizarro/noticia/2014/08/wikipedia-se-recusa-remover-selfie-de-macaco-e-irrita-fotografo-britanico.html>>. Em outro exemplo, o professor da Escola de

É importante, nesse ínterim, observar o paradoxo estrutural<sup>73</sup> que afeta os direitos autorais, uma vez que os direitos de propriedade intelectual têm por objetivo incentivar a criação, mas impactam, por definição, o livre acesso às obras existentes e à liberdade de expressão<sup>74</sup> que visam promover.

No entanto, a compreensão da construção histórico-econômica do conceito de propriedade e seus impactos da apropriação privada, a partir dos direitos autorais, sobre o acesso e a difusão do conhecimento, da informação e da cultural, se faz essencial para propor um contraponto a partir da proposta de políticas públicas que regulamentem a utilização de obras preexistentes como recurso criativo, a fim de buscar a segurança jurídica por meio de normas que previnam conflitos, que equilibrem a representação dos interesses na legislação e que coíbam abusos dos titulares dos direitos autorais, com o intuito de adequar a legislação à progressiva concretização do direito fundamental à informação, ao conhecimento, à cultura e à liberdade de expressão cultural.

## CONCLUSÃO

Com a chegada das novas tecnologias e com a progressiva desregulamentação e liberalização do comércio no contexto global, uma nova economia organizada a partir da informação e de alcance global se estabeleceu.

---

Direito da Universidade de Harvard e cofundador da *Creative Commons* Lawrence Lessig, ao fazer uma palestra chamada "Open", em uma conferência da CC, utilizou trechos da música "Lisztomania" da banda Phoenix. O vídeo, que foi colocado por Lawrence no Youtube, chamou a atenção da Liberation Music, a gravadora que licencia e distribui "Lisztomania" na Austrália e na Nova Zelândia que emitiu um aviso pelo Youtube de retirada do vídeo e ameaçou processar Lessig. No entanto, quem abriu o processo foi o próprio Lawrence Lessig, que acusou a Liberation de "mau uso da lei de direitos autorais". Ver notícia em: <<http://www.hollywoodreporter.com/thr-esq/lawrence-lessig-sues-takedown-youtube-613549>>

<sup>73</sup> VASCONCELOS, C. L. Mídia e Propriedade Intelectual: a crônica de um modelo em transformação. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

<sup>74</sup> De acordo com Neil Netanel, Copyright is thus a potential impediment to free expression no less than an "engine of free expression." Copyright does provide an economic incentive for speech. But it may also prevent speakers from effectively conveying their message and challenging prevailing views. (NETANEL, Neil Weinstock. *Copyright's paradox*. Neil W. Netanel, COPYRIGHT'S PARADOX, Oxford University Press, 2008; UCLA School of Law Research Paper No. 08-06. Available at SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1099457>> Acesso em: 11 ago 2014.)

A produção criativa, então, passou a ocupar um espaço de destaque nas discussões acerca dos novos rumos na regulamentação que deriva de um contexto sócio tecnológico que ao mesmo tempo que permite um maior contato com tais produções – e suas possíveis transformações –, fortalece as regras de sua proteção.

Nesse ínterim, além de reconhecer as inflexões históricas, econômicas e jurídicas que forneceram as fontes para a estrutura moderna desses direitos, faz-se necessário discutir sobre como o direito autoral pode – e deve – evoluir em circunstâncias diferentes daquelas em que foi originalmente talhado, uma vez que tem impacto direto em uma série de direitos fundamentais.

## OS DIREITOS AUTORAIS COMO LIMITADOR DO DIREITO À CULTURA

*Lívia Marica Santanna de Souza*<sup>75</sup>  
*Grupo de Estudos da Universidade Católica de Salvador*

**RESUMO:** O presente artigo versa sobre os direitos autorais e o direito à cultura, ambos como direitos fundamentais, porém, enfatizando as hipóteses em que o os direitos autorais assumem um caráter limitador do direito à cultura. Amparado na teoria do patrimônio mínimo, Dignidade da Pessoa Humana, Declaração Universal dos Direitos do Homem e nos princípios que regem à Carta Magna exporei os casos em que estes direitos fundamentais se confrontam, os casos em que um venha a se sobressair ou que estes se harmonizem.

**PALAVRAS-CHAVE:** DIREITOS AUTORAIS; DIREITO À CULTURA; PATRIMÔNIO MÍNIMO; LIMITADOR DE ACESSO; DIREITOS FUNDAMENTAIS.

### INTRODUÇÃO

A presente dissertação versa sobre os Direitos Autorais e o Direito à Cultura, dois direitos fundamentais que em seus escopos se conflituam. Analisamos a incidência desses conflitos, a análise histórica do surgimento, modificações e aplicabilidade das normatizações sobre direitos autorais e direito à cultura, a participação governamental e privada na seguridade destes direitos e a garantia do acesso à justiça.

Para tal análise, nos fundamentamos na teoria do patrimônio mínimo, Dignidade da Pessoa Humana, Declaração

---

<sup>75</sup> Graduada pela Universidade Católica do Salvador.

Universal dos Direitos do Homem e nos princípios que regem à Carta Magna.

Permeados pela discussão de ser os direitos autorais limitadores do acesso à cultura, explanamos sobre: seu caráter absoluto; participação das grandes empresas dirigindo o processo de difusão cultural; defesa do autor/criador como trabalhador; a influência da transferência dos direitos conexos garantidos pelos direitos autorais; a importância da defesa e garantia do acesso à cultura; a cultura e o direito como instrumento de domínio e poder; a influência e utilização política neste processo; a importância da divulgação cultural e sua participação no desenvolvimento social e intelectual de uma nação; seu caráter social inclusivista e exclusivista.

A justificação pessoal para tal abordagem nasce da admiração pelas artes e a cultura; pelos seus autores/ criadores, os trabalhadores de arte; o entendimento da importância cultural e artística para o desenvolvimento humano e social e o entendimento de que este não pode ser desviado de sua função comunicativa e educacional. Porém, sem deixar de garantir aos autores os direitos sobre suas obras.

Como sustentação prática houve a análise e inclusão de casos práticos e notícias jornalísticas que convidam a reflexão sobre o tema e a qual o direito que deve ser primordialmente garantido; a abordagem não pode ser absoluta, a análise de cada caso mostra que não podemos desproteger o autor, e, muito menos, o acesso à cultura.

As situações práticas revelam a comunicação e importância do acesso à cultura para o desenvolvimento educacional, e, que esta deve ser defendida. Mostra também a necessidade de limitar o absolutismo que a lei de direitos autorais garante ao autor e aos detentores dos direitos conexos. E nos coloca frente a situação em que tanto o excesso de proteção quanto a deficiência de fiscalização da proteção são prejudiciais à sociedade e ao autor.

Por tanto, vemos claramente a necessidade de um equilíbrio jurídico e prático para as situações que envolvam tais direitos.

## **OBJETIVOS**

Objetivo geral:

Estudar o direito autoral e o direito à cultura, seus efeitos e contradições. E sua atuação como instrumento de inclusão e exclusão social

Objetivos específicos:

Tratar sobre os direitos autorais e o direito à cultura, ambos como instrumentos de inclusão e exclusão social. Analise das políticas públicas de acesso à cultura, dos direitos do autor, do editor e a remuneração do trabalhador criador. Abordar os aspectos históricos, políticos e normativos.

## **METODOLOGIA**

Pesquisa bibliográfica e pesquisa documental.

## **CONCLUSÃO**

O direito autoral não pode ser limitador do acesso à cultura, não deve haver colisão entre direitos fundamentais, por tanto, já por este elemento faz-se necessário uma revisão na lei de direito autoral.

A soberania garantida ao autor pela atual lei é transferida as grandes empresas que detém o poder econômico de fabricação e divulgação cultural; há um forte mercado cultural que desqualifica à cultura e restringe o acesso do público e dos autores.

Defende-se a efetiva atuação do governo diante da cultura, porém, como retratado no traçado histórico este foi repassado a iniciativa privada. E o governo institui leis como Rouanet que faz o autor submeter-se ao patrocínio particular e dispor a sua arte ao mercado das grandes indústrias culturais.

As leis instituídas valorizam o patrimônio e restringem o acesso. A política visa uma manutenção do sistema e, para tanto, controla o poder da cultura. Limitando o desenvolvimento educacional e social do seu povo.

Há como visto em um dos casos concretos o barateamento da educação que prejudica de forma drástica o desenvolvimento social e exclui determinados setores da população. Há o incentivo a uma cultura classicista.

As novas tecnologias, principalmente a internet, surgem como elemento, em sua maioria, de divulgação periférica de Cultura. E há inúmeros processo das grandes editoras contra os sites relativos a violação do tão restritivo direito autoral.

Diante do panorama exposto e de toda a discursão proposta no artigo, conclui-se a necessidade de um empoderamento governamental e social da cultura.

Revisão da lei de direito autoral para que neste também seja garantido o acesso à cultura, educação e informação.

Faz-se necessário a proteção do autor como trabalhador criador, mas deve ser revisto o monopólio que a lei o garante.

A solução é a criação de novas políticas públicas que resguardem o acesso e o autor; regulem as novas formas de difusão trazidas pelas novas tecnologias; libertem a criação do bárbaro mercado cultura com todo o seu poderio econômico e o trabalhador criador, de forma mais abrangente, possa viver de sua criação e não tenha que moldar a sua obra para uma adequação mercadológica; não seja submetido pelo governo a busca de patrocinador particular.

Todas essas mudanças legislativas propostas só alcançaram sua eficácia se houver uma mudança política e governamental.

## REFERÊNCIAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo. **Propriedade Intelectual em Perspectiva**. 1º Ed. RiodeJaneiro: Lumen Juris, 2008.

- BRANT, Leonardo. **O poder da CULTURA**. 1º Ed. Editora Peirópolis, 2009.
- CRIBARI, Isabela (org). **PRODUÇÃO CULTURAL E PROPRIEDADE INTELLECTUAL**. 1ª Ed. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, Editora Massangana, 2006.
- FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico Do Patrimônio Mínimo**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira Da. **Função Social no Direito Civil**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- MÉSZÁROS, ISTVAN. **A EDUCAÇÃO PARA ALÉM DO CAPITAL**. 2º Ed. São Paulo, Boitempo, 2008.
- SANTOS, Manoel J. Pereira dos (org). **DIREITO DE AUTOR E DIREITOS FUNDAMENTAIS**. 1º Ed. Editora Saraiva, 2011.
- SILVA, Vasco Pereira Da. **A CULTURA A QUE TENHO DIREITO – DIREITOS FUNDAMENTAIS E CULTURA**. 1º Ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- G1. Erro ortográfico em mapa de livro escolar surpreende mãe em Jundiá. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/sorocaba-jundiai/noticia/2014/04/erro-ortografico-em-mapa-de-livro-escolar-surpreende-mae-em-jundiai.html>. Acesso 10 abril. 2014
- CONVERGECOM. Viacom move ação contra o Google e YouTube e exige US\$ 1 bi de indenização. Disponível em: <http://convergecom.com.br/tiinside/13/03/2007/viacom-move-acao-contra-o-google-e-youtube-e-exige-us-1-bi-de-indenizacao/#.U4J9ffldV80>. Acesso 20 abril. 2014
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00036E54255A324EE01F3BFFCDBEC9DF29430EC40260611A>

## **A RECRIAÇÃO DE ORGANISMO FISCALIZADOR DO ECAD EM SUBSTITUIÇÃO AO CNDA. CONFLITO NA CÂMARA SETORIAL DE MÚSICA DO MINC, 2005.**

*Manoel J de Souza Neto*<sup>76</sup>  
*Grupo de estudo UNINTER*

**RESUMO:** O presente estudo tem como objeto a análise do conflito entre grupos de interesses e sociedade civil na formulação de políticas setoriais e a reforma da LDA na Câmara Setorial de Música do Ministério da Cultura.

**PALAVRAS-CHAVE:** CÂMARA SETORIAL DE MÚSICA; LEI DO DIREITO AUTORAL; MINC

### **INTRODUÇÃO**

No passado, os direitos autorais eram supervisionados pelo CNDA (Conselho Nacional de Direitos Autorais), órgão federal responsável pela regulação e fiscalização do setor. Porém, com a extinção do CNDA em 1991, ocorreu a desregulação estatal, ficando a LDA sem fiscalização.

A medida sugerindo o retorno do CNDA foi apresentada durante o processo na Câmara Setorial de Música (2005) do CNPC/MINC. O resultado foi negado, da mesma forma que na consulta pública efetivada pelo MINC em 2010, levantando suspeitas de manipulação e promiscuidade entre lobby e

---

<sup>76</sup> Produtor cultural, pesquisador, escritor, agitador e cientista político. Produtor na cena de música independente dos anos 90. Fundador do MUSIN – Museu do Som Independente (2003); autor (org) do livro *A [dês]Construção da Música na Cultura Paranaense* (2004). Membro da Câmara e Colegiado Setorial de Música do CNPC/MINC (2005/12), e do CNPC – Conselho Nacional de Políticas Culturais (2010/12). Relator do Plano Setorial da Música do PNC (2010).

burocracia, evidenciada através da manipulação da reforma da LDA.

Tal medida gerou hegemonia artificial da participação do setor editorial, interferindo no resultado devido a proporção de atores lobistas contrários (veto) e Fóruns favoráveis (agenciamento) a reforma da LDA. A identificação das relações, posições e ações dos grupos de interesses e burocracia, na reforma ou não reforma da LDA, são as intenções desta pesquisa.

Introdução: No passado, os direitos autorais eram supervisionados pelo CNDA (Conselho Nacional de Direitos Autorais), órgão federal responsável pela regulação e fiscalização do setor. Unificando a arrecadação das diversas sociedades de autores existentes no Brasil, surgiu o ECAD (Escritório Central de Arrecadação de Direitos Autorais), através da edição da Lei Federal nº 5988/73. Porém, com a extinção do CNDA pelo ex-presidente Fernando Collor de Mello em 1991, ocorreu a desregulação estatal, ficando a LDA sem fiscalização.

O papel de controlar o ECAD passa do CNDA para as sociedades de autores com a Lei Federal nº 9610/1998, resultando em uma das leis de direitos autorais mais restritivas do mundo (PARANAGUÁ, 2011).

### **A Reforma Da LDA No CSM/Minc 2005**

A medida sugerindo o retorno do CNDA (SOUZA NETO, 2004, p. 648) se institucionalizou com a ação dos fóruns de música na CSM – Câmara Setorial de Música/ MINC – instância de elaboração de políticas públicas.

3ª Reunião da Câmara Setorial de Música. Tema: Direito Autoral. 10 e 11 de agosto de 2005. Palácio Gustavo Capanema, Sala Cândido Portinari, Rio de Janeiro.					
Desafio: Criação de uma cultura institucional do Estado de garantia dos direitos do Autor.					
CSM 2005			PSM 2010		
Diretriz:	Plano de ação:	Veto:	Diretriz:	Plano de Ação:	PNC:
Diretriz 8: Estado e criação de uma instância ou órgão público que promova a mediação dos interesses do Direito Autoral e Conexos.		Destaque: as normas de distribuição de direitos de execução pública são discutidas e aprovadas pelas associações integrantes do ECAD na qualidade de mandatárias de seus associados.  Destaque: não é possível indicar, antes da realização de um estado, quais os mecanismos que poderão ser adotados pelo Estado em relação ao Direito Autoral (UBC, ECAD, ABEM - Editores, ABPD, ABER, ABMI, AMAR, ABRAMUS, SBACEM e ASSIM).	1 - Promover a aproximação da sociedade com as questões do Direito Autoral.	4 Fortalecer a gerência de Direito Autoral dentro do Ministério da Cultura. 5. Criar forum constante para discutir os direitos autorais e conexos.	Incorporada 1.9.1 Com instrução especificamente voltada à promoção e regulação de direitos autorais e suas atividades de arrecadação e distribuição.

Tabela 1: (Fonte: Manoel J de Souza Neto)

A reunião no âmbito da CSM (2005), objetivando a elaboração do PNC – Plano Nacional de Cultura –, foi, portanto, o marco inicial da reforma da LDA, onde a proposta foi apresentada pelos forenses e incluída nas proposições, debatida e destacada.

As atas da reunião da LDA revelam a manipulação feita pela direção da CEMUS/Funarte que agiu à revelia do MINC, ao apoiar a presença de grupos lobistas do Copyright (ECAD), majors (ABPD) e comunicação (ABERT), que receberam o direito de voto e veto<sup>77</sup>, mesmo não existindo a previsão de suas entidades parceiras como participantes no organograma de funcionamento da CSM<sup>78</sup>. Grupos que vetaram as propostas<sup>79</sup> de: fim da gestão coletiva; criação da fiscalização estatal; desenvolvimento de licenças livres (CC).

<sup>77</sup> Cf: Ana Terra, depoimento sobre os vetos no CSM, disponível em: <[http://www.viapolitica.com.br/\\_imprimir.php?id=253&tabela=Noticia](http://www.viapolitica.com.br/_imprimir.php?id=253&tabela=Noticia)>.

<sup>78</sup> BRASIL. Ministério da Cultura. Câmara Setorial de Música. Processo em Construção. FUNARTE, Maio/2005. Disponível em: <[http://www2.cultura.gov.br/upload/Camara%20Setorial%20de%20Musica\\_maio%2005\\_1116352323.pdf](http://www2.cultura.gov.br/upload/Camara%20Setorial%20de%20Musica_maio%2005_1116352323.pdf)>. Acesso em: 11/12/2009.

<sup>79</sup> BRASIL. Ministério da Cultura. Relatórios das reuniões da câmara setorial de música. Funarte. 2005. Disponível em: <[http://www2.cultura.gov.br/cnpc/wp-content/uploads/2009/03/relatorios-da-camara-setorial-de-musica\\_sem-logo.pdf](http://www2.cultura.gov.br/cnpc/wp-content/uploads/2009/03/relatorios-da-camara-setorial-de-musica_sem-logo.pdf)>. Acesso em: 28/01/2012.

Reunião de Direito Autoral da Câmara Setorial de Música, 10 e 11 de agosto de 2005.			
Foruns de trabalho com cadeira fixa na CSM.	Organismos Federais, previstos na estrutura da CSM.	Organizações da cadeia produtiva, previstas na estrutura da CSM.	Organizações da cadeia produtiva, contribuídas para a reunião de Direito Autoral da CSM.
FPM-RJ; FPM-PE; FPM-SP; FPM-MS; FPM-CE; FPM-GO; FPM-DF; FPM-RS; FPM-PR; FPM-BA; FPM-PA; FPM-AM <sup>1</sup> .	MINC; Funarte.	ABEM(ed); ABEM(ed); ABPD; ABEPEC; ABER; ABERT; ABM; ABMI; ECAD; OMB.	ABDA; OAB Conselho Direito Autoral; UBC; SOCINPRO; SBACEM; AMAR; ASSIM; AIDIAF; ABRAMUS.

Tabela 2: (Fonte: Manoel J de Souza Neto)

Tal medida gerou hegemonia artificial da participação do setor editorial, interferindo no resultado devido a proporção de atores lobistas contrários (veto) e Fóruns favoráveis (agenciamento) a reforma da LDA. Com a política “Soma Zero” (SARTORI, 1994, p. 299), o resultado acabou favorável à manutenção da gestão coletiva e sem fiscalização Estatal.

A manipulação gerou polarização, deslegitimação e esvaziamento da arena.

 <p>■ Veto ■ Agenciamento</p>	3ª Reunião da Câmara Setorial de Música. Tema: Direito Autoral. 10 e 11 de agosto de 2005. Palácio Gustavo Capanema, Sala Cândido Portinari, Rio de Janeiro.
	Identificação de grupos intensos:
	Agenciadores de mudança: FNM (FPMs)
	Preservação de modelo através de veto nas proposições: ECAD, UBC, ABEM (editores), ABPD, ABER, ABMI, ABRAMUS, SBACEM, ASSIM, AMAR, Apoio do Estado.

Tabela 3:

(Fonte: Manoel J de Souza Neto)

Após a demissão dos dirigentes da CEMUS e da Funarte, foi criado, em 2007, no âmbito do DDI/MINC, o FNDA (Fórum Nacional do Direito Autoral), grupo que concretizou amplo estudo baseado em pesquisas e seminários, com propostas para uma nova LDA.

A reforma da lei e a fiscalização estatal foram retomadas no MINC, amparadas nas decisões consultivas: na Conferencia Nacional de Cultura, como um dos “cinco temas mais votados dentre centenas de proposições feitas pelos 55 mil participantes deste processo de construção do Plano Nacional de Cultura” (SOUZA NETO, 2008); na proposta incluída no PSM (2010)<sup>80</sup>; e no Plano Nacional de Cultura, no item “1.9.1 Criar instituição especificamente voltada à promoção e regulação de direitos autorais e suas atividades de arrecadação e distribuição” (PNC, Lei 12.343/2010).

Porém, com a entrada da Ministra Ana de Hollanda (2011-12) com o mesmo grupo da CEMUS/Funarte, responsável pela manipulação ocorrida na CSM (2005), intimamente relacionados às elites do campo autoral (MIRANDA, 2011), ocorre novo retrocesso, paralisam a reforma, retiram as licenças CC do site do MINC com base em acusações falsas. A reforma que havia sido enviada a casa civil, em dezembro de 2010, é recolhida em janeiro de 2011.

A consulta pública<sup>81</sup> realizada pelo MINC em 2010 obtém um resultado negativo, pois dos 10.000 participantes, a ampla maioria teria negado as propostas de nova legislação e de qualquer fiscalização estatal. Pesquisas posteriores revelaram que a consulta pública da reforma da lei do direito autoral de 2010 foi fraudada, pois a maioria das negativas vinha dos IPS do ECAD, UBC e ABRAMUS.

Ações que revelam promiscuidade entre lobby e burocracia, evidenciada através da manipulação da reforma da LDA. Portanto, revelando a verdade que na CSM (2005) e na consulta pública (2010), ambas fraudadas, apenas os atravessadores bradaram que o Estado não podia fiscalizar o ECAD.

---

<sup>80</sup> BRASIL. Ministério da Cultura. Plano Setorial de Música, Ministério da Cultura 2010. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/cnpc/wp-content/uploads/2011/07/plano-setorial-de-musica.pdf>>. Acesso em: 11/12/2012.

<sup>81</sup>BRASIL. Ministério da Cultura. Consulta Pública para Modernização da LDA. Disponível em: <<http://www2.cultura.gov.br/consultadireitoautoral/?pid=3358>>. Acesso em: 05/06/2013.

A pressão da opinião pública levou o meio político a abertura de um CPI<sup>82</sup> no Senado em 2011, que propôs indiciamentos ainda apresentou uma proposta de mudanças na legislação. Paralelamente, Ana de Hollanda foi demitida do MINC, abrindo caminho para a proposição de nova Lei complementar de direito autoral.

O PLS 129/2012 resultou na “regulamentação para o sistema de arrecadação e distribuição dos órgãos de gestão coletiva dos Direitos Autorais, com a supervisão externa das atividades destes órgãos, com a edição da Lei 12.853” (WACHOWICZ, 2014), ficando o MINC responsável por esta fiscalização.

## **OBJETIVOS**

A pesquisa teve por objetivo a identificação dos elementos estruturais institucionais, de legitimação de propostas e formas de ação de grupos de interesses, quando da elaboração de políticas públicas para o setor musical ocorrido na Câmara Setorial de Música (2005) do CNPC/MINC e a localização dos impactos das ações destes grupos na reforma da LDA até a aprovação da Lei 12.853.

## **MÉTODO**

Adotou-se o observação participante para coleta de dados e impressões, somando ao estruturalismo para facilitação de organização do material localizado, permitindo a confrontação de dados, teorias, com análises e conclusões.

## **RESULTADOS**

Com a pesquisa foram identificadas nas atas a ação dos atores políticos, bem como o impacto de da estratégia de não ação, que procura a impedir reformas e pautas políticas que prejudiquem os beneficiados pelas legislações que promovem

---

<sup>82</sup> Relatório final da CPI do ECAD. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=106951&tp=1>>.

vantagens para oligarquias, rentistas e atravessadores do campo autoral.

Revelando promiscuidade entre lobby e burocracia, evidenciada através da manipulação da reforma da LDA. A pesquisa permitiu a localização das falas, estratégias, redes de relações, manipulações ocorridas nas esferas de decisão de políticas e de como estes grupos de interesses, não sendo beneficiados, agem nos bastidores.

## CONCLUSÃO

Apesar da aprovação da Lei 12.853 que cria a regulamentação do sistema de arrecadação e distribuição dos órgãos de gestão coletiva dos Direitos Autorais, com a supervisão externa do MINC.

A reforma geral da LDA, esta foi enviada para a Comissão de Cultura da Câmara dos Deputados, ficando incerta sua aprovação. Com a intensificação da “não ação”, lobistas procuram paralisar mudanças, exemplo disso, ocorreu imediatamente após a aprovação da Lei 12.853/2013, quando a ABRAMUS, ECAD e demais parceiros do cartel entraram com ADIN 5.062 e 5.065. A posição da Procuradoria Geral da República foi favorável a legislação (No 1.949/AsJConst/SAJ/PGR), porém, o julgamento do STF não havia ocorrido durante a escrita deste artigo.

Apesar dos lobistas terem perdido uma rodada, demonstram ter enorme capacidade de ação perante Estado e sociedade. Se configurando a reforma da LDA como a grande tensão ocorrida no MINC, tendo o conflito continuidade nas esferas executiva, judiciárias e legislativas.

## REFERÊNCIAS

- CARNEIRO, P. MACRANDER, T. Ecad condenado pelo CADE. 2014.
- DIAS, Tatiana de Mello Dias. CPI pede indiciamento de diretores do Ecad. *Estadão*, São Paulo, 24/04/2012.
- LEYSHON, Andrew. Time - space (and digital) compression: software formats, musical networks, and the reorganization of the music industry. University of Nottingham, 2000.

- MEDEIROS, Jotabê. Ministra é a "amiga" oculta do ECAD.
- MIRANDA, André. Em trocas de e-mails, diretores de associações que compõem o Ecad tratam da relação próxima com a atual gestão do Ministério da Cultura. *O Globo*, Rio de Janeiro, 2 de maio de 2011.
- PARANAGUA, Pedro. ACTA: Uma ameaça ao acesso ao conhecimento. 2010. p. 8-10.
- PARANAGUA, Pedro. Reforma Autoral: O que muda? 17/10/2011.
- PRESTES, Luiz Carlos. *Cadeia Produtiva da Economia da Música*. Rio de Janeiro: PUC, 2005.
- PRUDENCIO, Kelly; LEITE, Wesley Dalcol. Comunicação e mobilização política na campanha Fora Ana de Hollanda. *Revista de Estudos de Comunicação*, Curitiba, v. 14, n. 35, p. 445-462 set./dez. 2013.
- SARTORI, Giovanni. Uma teoria da democracia como processo decisório. São Paulo: Ática, 1994.
- SILVA, Melina Aparecida dos Santos. O projeto de lei anti-jabá. 2007.
- SOUZA, Allan Rocha de; ORTELLADO, Pablo. Neste Carnaval, MinC veste a fantasia errada! 2011.
- SOUZA NETO, Manoel J de (Org). *A[des]construção da Música na Cultura Paranaense*. Curitiba: Aos Quatro Ventos/Umbigo Casa de Cultura, 2004.
- SOUZA NETO, Manoel J. De. A política da alienação musical. Cultura e Mercado, 2008.
- SOUZA NETO, Manoel J De. A internet ameaçada pelo ECAD. *Observatório da Cultura*, 2012.
- WACHOWICZ, Marcos. [Balanço 2013] Direitos Autorais no Brasil. Digital Rights LAC. 2014.

## DIREITOS CULTURAIS E INTERESSE PÚBLICO: UMA ANÁLISE DOS MARCOS LEGAIS DA ECONOMIA CRIATIVA A PARTIR DO CASO DA REDE FITOVIDA

*Mário Pragmácio*<sup>83</sup>

*LuãFergus*<sup>84</sup>

*Anderson Moreira*<sup>85</sup>

*Observatório de Economia Criativa - Rio de Janeiro (MinC/UFF/IACS)*

**RESUMO:** A presente pesquisa pretende analisar as relações entre direitos culturais e economia criativa a partir do estudo de caso da Rede Fitovida, situada no estado do Rio de Janeiro. Essa pesquisa se desenvolve através de um trabalho de campo com a produção de material audiovisual. Ambos são orientados por dois recortes metodológicos: um recorte territorial que observa as regiões onde a Rede atua e o segundo recorte metodológico diz respeito à análise das comunidades que confeccionam os produtos culturais de uso tradicional. Com isso pretende-se investigar como os direitos culturais são tratados nas relações que envolvem o trabalho da RedeFitovida, não só no que se refere à propriedade intelectual, que já vem sendo objeto de estudo por algumas entidades e estudiosos, mas, sobretudo, no que tange aos demais marcos legais estruturantes da Economia Criativa.

**PALAVRAS-CHAVE:** DIREITOS CULTURAIS. ECONOMIA CRIATIVA. MARCOS LEGAIS. PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL. REDE FITOVIDA.

---

<sup>83</sup> Doutorando em Direito pela PUC-RIO, Professor do curso de Produção Cultural da Universidade Federal Fluminense - UFF

<sup>84</sup> Graduando em Direito pela Universidade Federal Fluminense - UFF

<sup>85</sup> Mestre em Preservação do Patrimônio Cultural, Graduando em Cinema e Audiovisual pela Universidade Federal Fluminense - UFF

## **INTRODUÇÃO**

A Rede Fitovida reúne mais de cem grupos distribuídos no estado do Rio de Janeiro e são responsáveis pela transmissão do saber popular do uso de plantas medicinais e da medicina popular.

Trata-se de transmissão de conhecimento tradicional, via de regra matrilinear intergeracional (passado de mães para filhas) e, diferentemente do saber tradicional mais comumente associado a grupos e comunidades tradicionais em regiões mais isoladas, ele se dá predominantemente no contexto urbano, ainda que sob influência da ruralidade.

Esses grupos já atuavam de forma isolada ou com interações pontuais entre si até a constituição da Rede em 2000. O objetivo principal da institucionalização da Rede era fortalecer o reconhecimento do trabalho desenvolvido por essas comunidades das periferias e dos subúrbios fluminense, evitando, assim, a criminalização de suas práticas.

Nesse sentido, a Rede tem buscado a legitimação de suas ações e um dos caminhos encontrados em 2003 foi o Inventário Nacional de Referências Culturais - INRC, assumindo o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN e o Ministério da Cultura o papel de endossar o trabalho desenvolvido pela Rede Fitovida via inventário e registro, que hoje ainda se encontra em fase de processamento.

Um dos principais entraves para as atividades praticadas pelos integrantes da Rede é que seus trabalhos podem ser considerados como atividade ilícita (ou mesmo crime), de acordo com os artigos 282, 283 e 284 do Código Penal Brasileiro.

## **OBJETIVOS**

Estudar a centralidade dos direitos culturais (não só da Propriedade Intelectual) no marco conceitual da Economia Criativa;

Investigar os direitos culturais e os marcos legais que envolvem o setor, apontando gargalos e lacunas, assim como

conceber meios para suprir os gargalos e garantir os direitos culturais identificados.

## **MÉTODO:**

O trabalho desenvolvido pela Rede Fitovida, a partir do conhecimento tradicional, envolve diversos bens culturais - aqui considerados todos os remédios caseiros, assim como outros ofícios a eles relacionados, como os das rezadeiras, parteiras e benzedeadas.

Entretanto, tais ofícios serão excluídos de nossa análise, pelo menos nesse primeiro momento, recortando-se a investigação aos produtos culturais de uso tradicional, isto é, aos xaropes, às tinturas, às pomadas, às garrafadas e aos sabonetes, para tentar compreender a dinâmica de funcionamento dos elos de sua economia.

Além do recorte sobre as comunidades que confeccionam produtos, a pesquisa será orientada também por um recorte territorial que observa as regiões onde a Rede atua (essa divisão difere das 8 regiões administrativas do RJ), sendo elas sul, baixada, metropolitana, serrana e norte.

Também estamos realizando um estudo dos principais marcos teóricos dos direitos culturais, destacando-se os trabalhos de Francisco Humberto Cunha Filho (2000), José Afonso da Silva (2001), Rodrigo Vieira Costa (2011) e Allan Rocha de Souza (2012), bem como uma análise das pesquisas já realizadas sobre a Rede Fitovida: (FELIPPE, 2014); (RODRIGUES, 2007) e (PERALTA, 2012), assim como um levantamento da legislação nacional e internacional que verse sobre temas como medicina tradicional, fitoterápicos e patrimônio cultural. Tal inventário de leis servirá de base para uma análise posterior.

O registro do contato com os grupos e das trocas de experiências está sendo realizado por intermédio do audiovisual, não como uma metodologia propriamente dita, pelo menos não em princípio, mas como documentação das práticas por meio de fotografias e gravações em áudio e vídeo.

Essas ações acabam sendo mediadoras das relações que travamos com os grupos e com as pessoas envolvidas nas práticas da Rede.

Além disso, estamos acompanhando os encontros da Rede para compreender como se dá a transmissão do conhecimento tradicional e a luta para que ele se mantenha vivo, considerando a criminalização de algumas dessas atividades pelo nosso Código Penal.

Aliado ao modo observacional, as entrevistas com os integrantes da Rede Fitovida são fundamentais, cujas falas serão contrapostas às narrativas do saber institucional, evidenciando as complexidades do tema e as dificuldades que a Rede enfrenta.

Para isso estamos auscultando, através de entrevistas, os mestres do saber tradicional, como dona Amélia, que sofreu processo criminal pelo trabalho desenvolvido, e dona Leda, conhecida pela grande variedade de plantas cultivadas em seu quintal.

A partir do caso da Rede Fitovida será possível apontar, a partir dessa manifestação cultural tradicional, que marcos legais seriam oportunos para os grupos integrantes da Rede nas mais diferentes áreas, tais como: trabalhistas, previdenciários, criminais, vigilância sanitária, saúde pública, dentre outras. A partir desse diagnóstico inicial, para o caso específico da Rede Fitovida, será possível compreender o alcance que esses marcos legais devem ter no que diz respeito à Economia Criativa.

## **RESULTADOS**

Os resultados esperados são:

- Produção de artigos científicos para serem apresentados em congressos nacionais e internacionais;
- Produção de um curta-metragem documental a respeito da Rede Fitovida;

- Análise do inventário das leis e instrumentos normativos que dizem respeito à Rede Fitovida;

#### Ações Executadas

- Produção de material audiovisual a partir do recorte metodológico proposto pela pesquisa, definido em reunião preliminar com os principais articuladores da rede.
- Compilação de legislação nacional e internacional sobre temas afeitos à Rede Fitovida.
- Produção acadêmica na forma de artigos, tendo alguns já submetidos e aprovados em Congressos e Encontros.
- Produção da oficina denominada "Partilha Legal" durante o Encontro Estadual da Rede.
- Visita técnica guiada com os alunos da graduação em Produção Cultural da Universidade Federal Fluminense à sede da Rede Fitovida e ao grupo Grão de Mostarda.

#### Benefícios Alcançados

- Enriquecimento do manancial de informações que servirão para pautar novas discussões acerca da Economia Criativa e seus marcos legais, bem como sobre o processo de patrimonialização de bens de natureza imaterial que podem ser considerados atividades ilícitas.
- Contraposição das narrativas da Rede Fitovida ao saber institucional a partir do uso do audiovisual.

### **CONCLUSÃO**

O presente trabalho apresentou reflexões iniciais sobre o papel dos direitos culturais no marco conceitual da economia criativa. Pretendeu-se, inicialmente, demonstrar que o debate acerca da propriedade intelectual deve sofrer um descentramento – sem retirar-lhe a importância estratégica na discussão – no intuito de dar margem ao surgimento de um norteador para os demais feixes de direitos envolvidos no processo criativo; uma espécie de farol.

Com isso, busca-se um realocamento dos direitos culturais como um elemento central das discussões jurídicas sobre Economia Criativa, que norteará, doravante, o debate acerca dos marcos legais e regulatórios desta seara.

Para que esse ciclo do trabalho desenvolvido pela Rede Fitovida sobreviva e se renove é necessário o reconhecimento dessa prática pelo Estado que, sob a égide de um anacrônico Código Penal, considera a atividade da RedeFitovida como ilícita e, não raro, como crime.

Nesse sentido, retomamos aos direitos culturais e, mais que isso, a necessidade de garantir e assegurar a existência desses direitos.

As atividades da Rede Fitovida perpassam por uma miríade de direitos e que são atividades de natureza *sui generis* por lidarem com uma produção de remédios caseiros através do conhecimento intergeracional e que só se concretizam se houver esses espaços/tempos específicos para sua produção, num terreno que valorize seu conhecimento tradicional.

Acreditamos que o que está em discussão, nessa recente construção conceitual tanto dos direitos culturais quanto da Economia Criativa é o que se quer abarcar e para que lado a balança tende a pesar. Se levarmos em consideração o espectro abrangente dos direitos culturais previstos constitucionalmente, o escopo da Economia Criativa, inclusive no que diz respeito ao levantamento de dados, deveria também, buscar uma maior amplitude e aprimoramento do seu repertório.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Plano da Secretaria da Economia Criativa: políticas diretrizes e ações, 2011 – 2014. Brasília, Ministério da Cultura, 2011. 148 p.

CLAUDIE, David J; SEMPLE, Susan J.; SMITH, Nicholas M; SIMPSON, Bradley S. Ancient but New: Developing Locally Driven Enterprises Based on Traditional Medicines in Kuukul’yu Northern Kaanju Homelands, Cape York, Queensland, Australia. In: Indigenous people’s innovation : intellectual property pathways to development. Canberra, Australia: ANU e Press, 2012.

COSTA, Rodrigo Viera. *A dimensão constitucional do patrimônio cultural – o tombamento e o registro sob a ótica dos direitos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

\_\_\_\_\_. Direitos Culturais no Brasil. *Revista Observatório Itaú Cultural / OIC* n.11 (jan./abr. 2011) – São Paulo: Itaú Cultural, 2011.

FELIPPE, Marcelle Ribeiro. *Mapa Cultural da Rede Fitovida na região metropolitana do Estado do Rio de Janeiro (monografia)*. Nilópolis: IFRJ, 2014.

FREIRE, Marcius. O Filme de Pesquisa. Algumas Considerações Metodológicas. in: *Cadernos de Textos. Antropologia Visual*, Rio de Janeiro: Museu do Índio, 1987.

HARVEY. Edwin R.. *La financiación de la cultura y de las artes: Iberoamérica en el contexto internacional (instituciones, políticas públicas y experiencias)*. Madri: Datautor, 2003.

\_\_\_\_\_. *Los derechos culturales - Instrumentos normativos internacionales y políticas culturales nacionales*. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/Discussions/May2008/EdwinRHarvey.pdf>>. Acesso em 10 jul. 2014.

LEITÃO, Andreza Barreto, GANTOS, Marcelo Carlos. Economia Criativa no Brasil: Trajetória, Debate e Institucionalização de um Conceito. In: *Agenda Social*, V. 8, número 1. Disponível em: <[http://www.revistaagendasocial.com.br/files/journals/Revistas/REVISTA\\_AGENDA\\_SOCIAL\\_V8\\_N1.pdf](http://www.revistaagendasocial.com.br/files/journals/Revistas/REVISTA_AGENDA_SOCIAL_V8_N1.pdf)>. Acesso em: 25 ago. 2014.

MEYER-BISCH, Patrice; BIDAULT, Mylène Bidault (orgs). *Afirmar os direitos culturais – comentário à declaração de Friburgo*. Editoral luminuras, 2014.

NEC, H (ed.). *Cultural rights and wrongs – a collection of essays in commemoration of the 50<sup>th</sup> anniversary of the Universal Declaration of Human Rights*. Paris: UNESCO publishing, 1998.

NEGRI, Antônio & HARTD, Michael. *Império*. 8. Edição. Rio de Janeiro: Record, 2006.

ORTELLADO, Pablo. O direito autoral como instrumento regulatório da economia criativa. In: BRASIL. *Plano da Secretaria da Economia Criativa: políticas diretrizes e ações*, 2011 – 2014. Brasília, Ministério da Cultura, 2011. 148 p.

PEDRO, Jésus Prieto de. Direitos culturais, o filho pródigo dos direitos humanos *Revista Observatório Itaú Cultural / OIC* n.11 (jan./abr. 2011) – São Paulo: Itaú Cultural, 2011.

PERALTA, Patrícia. Rede Fitovida: Estratégias de reconhecimento e proteção do seu conhecimento: Estudo de caso sobre a Rede Fitovida e as possibilidades de uso da propriedade intelectual, mais especificamente a marca coletiva, como forma de proteção do conhecimento acerca do uso de plantas medicinais (relatório de pesquisa). Relatório de pesquisa apresentado ao Programa Avançado de Cultura Contemporânea (PACC) da UFRJ - Rio de Janeiro, 2012.

PONTIER, Jean-Marie; RICCI, Jean-Claude; BOURDON, Jacques. *Droit de laculture*, Paris: Dalloz, 1990.

RODRIGUES, Mariana Leal. Mulheres da Rede Fitovida: ervas medicinais, envelhecimento e associativismo (dissertação). Rio de Janeiro: UERJ, 2007, 163p.

NOGUEIRA, Suzana; Corrêa, Rômulo; da Silva, Viviane R. Sementes: Agentes do conhecimento tradicional da Rede Fitovida. Rio de Janeiro: Publit, 2013.

SOUZA, Allan Rocha de. *Direitos culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Azougue, 2012.

\_\_\_\_\_. Os marcos legais da Economia Criativa. In: BRASIL. *Plano da Secretaria da Economia Criativa: políticas diretrizes e ações, 2011 – 2014*. Brasília, Ministério da Cultura, 2011. 148 p.

SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Vasco Pereira da. *A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura*. Lisboa: Almedina, 2007.

UNCTAD. Relatório de Economia Criativa 2010 – ECONOMIA CRIATIVA: UMA OPÇÃO DE DESENVOLVIMENTO VIÁVEL. Unctad (Conferência das Nações Unidas para o Comércio o Desenvolvimento), 2010. 393 p.

YÚDICE, George. *A conveniência da cultura – usos da cultura na era global*. Belo Horizonte: editora UFMG, 2004.

WACHOWICZ, Marcos. A construção de um Marco Regulatório para a Economia Criativa no Brasil. In: BRASIL. *Plano da Secretaria da Economia Criativa: políticas diretrizes e ações, 2011 – 2014*. Brasília, Ministério da Cultura, 2011. 148 p.

## CONSIDERAÇÕES SOBRE O SOFTWARE SUA IMPORTÂNCIA E ABRANGÊNCIA A LUZ DA JURISPRUDÊNCIA, DOCTRINA E DO TEXTO LEGAL NACIONAL

*Mateus Bernardes da Silva*<sup>86</sup>  
*Grupo de Pesquisa GP Cult e UFRRJ/ITR*

**RESUMO:** O software é tema relevante para a economia criativa e a sociedade do século XXI, uma vez que o Brasil ocupa o 7º lugar no ranking do Mercado Mundial de Softwares e Serviços (ABES). Em vista desta realidade, o presente estudo centra-se nas reflexões acerca da importância, abrangência e a vinculação da proteção jurídica do “programa de computador” ao sistema de proteção autoral. Buscando contribuir com algumas considerações gerais e introdutórias ao estudo da Lei de Software Brasileira de 1998, sem, entretanto, a intenção de esgotar o assunto.

**PALAVRAS-CHAVE:** LEI 9.609/98, SOFTWARE, PROGRAMA DE COMPUTADOR.

### INTRODUÇÃO:

A partir de 1969, com as revoluções industrial e tecnológica varias tecnologias se proliferaram pelo mundo. Desde equipamentos industriais a equipamentos eletrônicos e de telecomunicações de uso pessoal e profissional que são utilizados todos os dias.

---

<sup>86</sup> Técnico em Informática pelo Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Sul de Minas Gerais – Campus Inconfidentes; Graduando em Direito pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios e Membro do Grupo de pesquisas em Direitos Autorais e Acesso a Cultura – GP Cult.

O que a maioria desses equipamentos e aparatos têm em comum é que precisam estar programados para realizar as suas devidas funções. E assim fazer funcionar um mundo em torno deles que se tornou dependente de seus serviços.

São inúmeras as criações intelectuais relativas a software, para o comércio, para a indústria, para entretenimento, para segurança, etc. O software se tornou um produto básico e indispensável para a sociedade pós-moderna

A Lei de Software Brasileira de 1998, faz este ano, 16 anos de vigência. E para compreendê-la melhor é necessário enfrentar algumas questões. A discussão sobre a adequabilidade ou não do modelo de proteção autoral como subsidiária ao software é encarada na doutrina nacional e inclusive nos tribunais.

Mesmo com a clara conexão do texto legal pelo art. 2º da Lei de Software Brasileira ao art. 7º da Lei de Direitos Autorais. É o que se verifica, por exemplo, na jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, AI 201202010043674, de Relatoria de Nizete Lobato Carmo, em Decisão de 19/06/2012.

Não seria esse então o melhor modelo de proteção ao software? Um nome de peso da doutrina nacional, Denis Borges Barbosa, enfrenta essa questão. Mas antes de enfrentá-las com a ajuda das jurisprudências nacionais é necessário também enfrentar a definição do texto legal brasileiro de “software” ou “programa de computador” devido a sua abrangência. Afinal, qual é o escopo dessa proteção? E quais são os limites dela? São essas questões fundamentais para o estudo da Lei de Software Brasileira – a Lei 9.609/98.

## **OBJETIVOS**

A doutrina e jurisprudência nacional reflete o debate sobre a adequabilidade ou não do modelo de proteção ao software e sobre a abrangência dessa proteção. Para enfrentar tal debate faz-se necessário enfrentar também a definição de “programa de computador” que é abrangente o suficiente para causar equívocos fundamentais entre os operadores do direito.

Tendo em vista esse problema, os objetivos principais da pesquisa é: a) Enfrentar a pertinência da Lei 9.609/98 para a sociedade brasileira atual; b) Traçar diferenças e semelhanças em torno das definições de “software” e “programa de computador” no âmbito técnico, doutrinário e nas decisões jurisprudenciais; c) Enfrentar os limites do bem jurídico a ser protegido pela Lei 9.609/98; e d) Enfrentar a adequabilidade ou inadequabilidade da proteção autoral como subsidiária a proteção ao software.

## **MÉTODO**

Para a realização da presente pesquisa recorre-se a: a) análises doutrinárias no âmbito do Direito em Propriedade Intelectual, na esfera dos Direitos Autorais; b) coleta e análise de jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais da 2ª e 3ª região; e c) reflexão relacionada aos problemas advindos dos passos metodológicos anteriores.

## **RESULTADOS**

Sobre o primeiro objetivo proposto: a pertinência da Lei 9.609/98 para a sociedade brasileira atual.

O consumo de software no Brasil tem grande espaço para crescimento. Por exemplo, somente entre a sociedade civil, segundo pesquisa da NIC.br, realizada entre Setembro de 2013 e Fevereiro de 2014, o número de domicílios brasileiros que tem computadores de mesa é cerca de 31%, os computadores portáteis cerca de 28%.

Os domicílios que possuem tablet registram cerca de 6%. Números que irão crescer.

Os celulares em compensação chegam a 90% dos domicílios. Todos esses aparelhos, e ainda inúmeros outros referentes a indústria e ao setor de serviços necessitam desse bem indispensável da vida pós-moderna que é o software.

Segundo a ABES – Associação Brasileira de Empresas de Software -, o mercado brasileiro de software e serviços

movimenta altas cifras, internamente e externamente, atingiu um faturamento de US\$ 27,1 bilhões em 2012, incluindo exportações de US\$ 2,24 bilhões, o que representa um crescimento de 26,7% em relação a 2011. O segmento de software foi responsável por uma receita de US\$ 9,668 bilhões enquanto que os serviços responderam por US\$ 17,510 bilhões.

Nos últimos anos, este mercado no Brasil tem apresentado taxas de dois dígitos de crescimento. Em 2009, apesar do impacto da crise econômica mundial, o país apresentou avanço de 2,4%.

Os índices continuaram excepcionais em 2011 e 2012, com percentuais de 12,6% e 26,7%, respectivamente.

O bom desempenho do mercado de software e serviços garantiu ao Brasil subir três posições no ranking mundial, passando a ocupar a 7ª posição no Mercado Mundial de Software e Serviços.

Quanto ao segundo e terceiro objetivos propostos: as diferenças e semelhanças em torno das definições de “software” e “programa de computador” no âmbito técnico, doutrinário e nas decisões jurisprudenciais e os limites do bem jurídico a ser protegido pela Lei 9.609/98. O software ou programa de computador é uma criação intelectual considerada bem móvel nos termos do art. 3º da Lei 9.609/98, e bem intelectual infungível.

Além de ser considerado, a luz do art. 86 do Código Civil de 2002, bem inconsumível, já que seu uso é prolongado sem que desapareça ou se destrua sua substância.

A definição do texto legal brasileiro de programa de computador é dada pelo Art. 1º da Lei 9.609/98: E funciona como um filtro para determinar quais criações recai sob proteção da Lei de Software, e quais são excluídas dela; recaindo sob o regime geral da Lei de Direitos Autorais. Por exemplo, manuais do software, as imagens e sons de um videogame são, em princípio, objetos de proteção da lei autoral, ou seja, a Lei 9.610/98.

Entretanto recentemente houve uma jurisprudência a respeito de games ser considerado software. Na AMS - APELAÇÃO CÍVEL – 333273 da Relatora Des. Federal Marli Ferreira, da Quarta Turma do TRF3, julgada 03/05/2012, por votação unânime:

CLASSIFICAÇÃO ADUANEIRA. DVD DE JOGO. SOFTWARE. 1 - Os jogos de vídeo devem ser classificados como softwares, de acordo com a leitura do artigo 81 do Regulamento Aduaneiro cumulado com o artigo 1o da Lei no 9.609/98. 2 - É incontroverso que os DVDs de jogos não são meras gravações de som, cinema e vídeo, mas softwares, nem suportes com circuitos integrados, semicondutores e dispositivos análogos, mas suportes para leitura óptica. 3 - O art. 1o da Lei no 9.609/98 não estabeleceu restrição alguma quanto aos fins do programa, não cabendo à autoridade fazê-lo. 4- Precedentes desta 4a Turma. 5 - Apelação e remessa oficial improvidas.

Ou seja, o TRF3 considerou que o DVD de Jogo é uma modalidade de software de entretenimento, onde um código é programado para executar sons e exibir imagens quando determinadas variáveis forem ativadas, mantendo a execução do jogo enquanto não ocorrer uma das variáveis de encerramento.

Apesar, disso, em princípio, o jogo não perde sua característica de obra criativa em qual incide a Lei 9.610/98.

A linguagem de programação também é um objeto que pode ser protegido pela Lei 9.609/98. No entanto, *“os momentos de análise funcional e de projeto (fluxograma do programa, pelo memorial descritivo) não estão abrangidos pelo sistema autoral geral, por tratarem-se de geração de conceitos e idéias; por idêntica razão, não estarão sob a tutela do regime específico. Não é toda a criação intelectual que é protegida em direito, mas apenas aquela que, sob uma análise restritiva, se enquadrar nos pressupostos de proteção. Do outro lado, certamente a codificação, a escrita de instruções em qualquer linguagem, será protegida, em sua literalidade e arquitetura, esta no que for livre e não necessária.”*

A definição do Art. 1º da Lei 9.609/98 é, portanto abrangente o suficiente para incorporar pelo menos os três últimos tipos e modalidades de “programa de computador” dentre essas quatro dimensões:

- um computador em abstrato (máquina de Turing) é uma construção matemática, de modo que cada programação constitui uma solução para um problema matemático, residindo, no programa, uma idéia ou conhecimento informático (programa como ideia);
- o programa de computador em sua expressão literal (diretamente na linguagem de programação ou indiretamente na linguagem de máquina) veicula o conhecimento informático de determinada forma artística (programa como obra);
- o programa de computador impresso ou armazenado em determinado suporte constitui determinado produto que pode ser “consumido” pelo usuário em seu computador (programa como produto);
- sua operação na máquina traz um resultado útil ao usuário, podendo trazer efeitos ou aplicações técnicas no mundo físico ou virtual (programa como funcionalidade).

Por último, quanto o quarto objetivo proposto: sobre enfrentar a adequabilidade ou inadequabilidade da proteção autoral como subsidiária a proteção ao software.

Verificamos que a assimilação da proteção do software através de um regime específico, com fundamentos na estrutura do direito autoral, resultou, no direito interno, diretamente das pressões bilaterais americanas.

A fim de favorecer uma indústria voltada para a exportação, e conseqüentemente os interesses dos produtores mais avançados, na proporção em que estes propiciam transferência de tecnologia para o Brasil.

O mandato conferido pelo art. 10 do TRIP tornou coativa a proteção do software por algum regime autoral pelos Estados membros do acordo.

Tal proteção literária se aplicando aos programas de computador, independente de sua forma ou meio de expressão e independente de sua forma de leitura – mecânica ou não.

Assim também se induziu para que o prazo de proteção devesse ser os 50 anos previstos por Berna.

O efeito foi estender os prazos de proteção. Por exemplo, a antiga Lei Brasileira de Software de 1987, tinha um tempo de proteção de 25 anos a partir do primeiro uso comercial em qualquer país. Isso representa 100% no aumento da proteção.

No entanto, talvez fosse mais adequado, para melhor aproveitar a natureza específica do software, que houvesse um prazo bem menor, contra as normas do TRIP.

Os especialistas referem-se a um prazo de 5 a 7 anos para abertura ao acesso público do nível tecnológico do software.

Existindo, inclusive, adeptos e propagadores do ideário do software livre, que defendem que o software deveria desde seu nascimento ser de domínio público, para benefício da ciência e tecnologia.

## **CONCLUSÃO**

Podemos concluir que o modelo de proteção ao software ainda não é o mais adequado. É necessário entretanto discutir melhor esse modelo e outros possíveis.

O que não se pode é deixar de considerar que o modelo atual tem sido aplicado e que tem seus benefícios como: a) a possibilidade de que países em desenvolvimento invoquem dispositivos de licença compulsória estabelecidos no anexo à Convenção de Berna de 1971; b) a exclusão de toda e qualquer tutela a soluções técnicas, assim como também a conhecimentos científicos, descobertas, etc. Protege-se a expressão, vale dizer, código e arquitetura, e nada além disso; e, c) de o TRIP não estabelecer regras contra a engenharia reversa de software. Não se podendo arguir qualquer objeção a essa forma de uso dos softwares.

## **REFERÊNCIAS**

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. Forense, 1980.

BARBOSA, Denis Borges. Tratado de Propriedade Intelectual. Tomo II. Editora Lúmen Júris. Rio de Janeiro. 2010.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura; v.1: São Paulo: Paz e Terra, 2010.

DELL'ISOLA, Carmela. Apontamentos a respeito da proteção jurídica do autor de programas de computador. Revista da Faculdade de Direito. PUC/SP.

## CONSERVAÇÃO DE CONTEÚDOS DA INTERNET POR “WEB ARCHIVING”: POR UM MARCO REGULATÓRIO À BIBLIOTECAS DIGITAIS NA PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

*Rangel Oliveira Trindade*<sup>87</sup>

*Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial GEDAI - UFPR*

*Diego Schmitz Hainzenreder*<sup>88</sup>

*Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial GEDAI – UFPR*

**RESUMO:** Em nossos dias conteúdos produzidos na web devem ser vistos como patrimônio cultural e, assim, surge a necessidade de que sejam coletados, catalogados e armazenados, fazendo parte da história. Contudo, pela natureza veloz e transitória da rede, sites desaparecem ou são atualizados frequentemente. Adquirir, preservar e tornar acessível o conhecimento e as informações da internet para as gerações futuras, particularmente em nosso país, através de conteúdos relevantes em seu aspecto cultural, é fundamental. Se nesta era tudo se converge para a rede, qual a garantia que os conteúdos produzidos originalmente em formato digital estarão disponíveis para as gerações futuras? É o problema que se coloca. O web archiving é uma experiência que vem sendo adotada por países como a França, por exemplo, através de sua Bibliothèque Nationale (BnF) digital, utilizando o auxílio do Consórcio Internacional de Preservação da Internet. O Brasil, e tampouco a América Latina, ainda não contam com nenhuma

---

<sup>87</sup> Mestre em Direito, sub-área Direito e Relações Internacionais, pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pesquisador do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial (GEDAI/UFPR).

<sup>88</sup> Graduado em Comunicação Social – Publicidade e Propaganda, pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Visual Designer no portal Terra Networks, especializando-se em design de interfaces para produtos digitais.

instituição, legislação, diretriz ou esforço neste sentido, e tal pesquisa objetiva estabelecer por meio de modelos internacionais um marco regulatório para a conservação de conteúdos da internet por meio do deste arquivamento web, preservando-se seu inerente patrimônio cultural. O presente estudo ainda vislumbra verificar aspectos técnicos necessários à criação do arquivamento web público no Brasil sob o ponto de vista jurídico, econômico, da biblioteconomia e da informática; a possibilidade de aplicação do arquivamento web brasileiro à bibliotecas digitais públicas existentes ou a serem criadas, ou à outras instituições e estabelecer critérios de escolha ao conteúdo de páginas web de cunho relevante a serem considerados como patrimônio cultural a ser tutelado. De forma incipiente, conclui que habilitar a coleta de um rico conteúdo de Internet ao redor do mundo a ser preservado de uma forma que pode ser arquivado, seguro e acesso ao longo do tempo, é necessário; promover o desenvolvimento e utilização de ferramentas comuns, técnicas e normas que permitem a criação de arquivos internacionais, é importante; e incentivar e apoiar as bibliotecas nacionais em toda a parte para resolver arquivamento da Internet e preservação, é fundamental.

**Palavras-chave:** WEB ARCHIVING. ARQUIVAMENTO DE PÁGINAS DA WEB. PATRIMÔNIO CULTURAL. BIBLIOTECAS DIGITAIS. DIREITOS AUTORAIS.

## INTRODUÇÃO

O fenômeno de inserção da internet no cotidiano das pessoas, iniciado massivamente em âmbito mundial no final do século passado, suscita a necessidade de inserção da sociedade como um todo no universo dos novos meios de informação.

A internet passa a ser um relevante centro de informações culturais e educacionais, restando intrínseca a dependência de cada usuário da web, a qual, como aponta Ascensão, “apresentou-se como um caráter atrativo, que levou a que seus

destinatários nela se empenhassem e adestrassem, e por outro lado ficassem dependentes deste modo de comunicação”.<sup>89</sup>

É neste aspecto que a sociedade da informação, cujo último termo “indica o atributo de uma forma específica de organização social”<sup>90</sup>, compreende um povo, uma comunidade ou um país.

E o conjunto de bens, materiais ou imateriais, que traduzem a história, a formação e a cultura desta coletividade, o denominado patrimônio cultural, foi integrado por este fenômeno tecnológico, que é irreversível.

Assim podemos dizer que conteúdos produzidos na web devem ser vistos como patrimônio cultural e, assim, surge a necessidade de que sejam coletados, catalogados e armazenados, fazendo parte da história.

Contudo, pela natureza veloz e transitória da rede, sites desaparecem ou são atualizados frequentemente. Adquirir, preservar e tornar acessível o conhecimento e as informações da internet para as gerações futuras, particularmente em nosso país, através de conteúdos relevantes em seu aspecto cultural, é fundamental.

Em outras palavras, páginas da web que possuem conteúdo que merece ser resguardado do apagão da memória da internet, gerado pelas atualizações constantes ou retiradas de URLs do ar, devem ser arquivadas. Se nesta era tudo se converge para a rede, qual a garantia que os conteúdos produzidos originalmente em formato digital estarão disponíveis para as gerações futuras?

Habilitar a coleta de um rico conteúdo de Internet ao redor do mundo a ser preservado de uma forma que pode ser arquivado, seguro e acessível ao longo do tempo é uma experiência que vem sendo adotada por países como a França, por exemplo, através de sua Bibliothèque Nationale (BnF) digital,

---

<sup>89</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da Internet e da sociedade da informação**: estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 69.

<sup>90</sup> CASTELLS, Manuel. **A era da informação**: economia, sociedade e cultura. Vol.1. 8ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. p.64.

utilizando o auxílio do Consórcio Internacional de Preservação da Internet (IIPC na sigla em inglês), organização virtual, colaborativa e descentralizada, como a própria internet, e que foi fundada em 2003.

O fato do Brasil, e tampouco a América Latina, ainda não contarem com nenhuma instituição, legislação, diretriz ou esforço neste sentido, faz com que conteúdos vistos como patrimônio cultural (através do conteúdo de páginas de internet) não sejam coletados, catalogados e armazenados. E entende-se como relevantes ao Web Archiving todos os aspectos visualizados pelo usuário, mantendo-se a estética, diagramação, texto, cores, imagens e demais elementos. De forma privada, existem outras iniciativas, como o Internet Archive/2002.

Símbolos de relevância digital deste começo de século XXI, a memória das recentes manifestações populares de junho de 2013, paradoxalmente, só está garantida nos formatos impressos, pois acredita-se não ter sido guardado o arcabouço de matérias produzidas e indexadas na rede. Outro exemplo, segundo Carlos Entini, são as campanhas eleitorais pretéritas, onde contar a história e analisar as eleições presidenciais a partir dos sites dos candidatos já não é possível, vez que já se foram quatro eleições presidenciais com a presença da internet e nada foi coletado e sistematizado.

Considerar o arquivamento da web como questão de Estado em relação a conteúdos com manifesto patrimônio cultural a ser tutelado é imprescindível, e os modelos internacionais de aplicação da medida devem servir de patamar ao Brasil implementar bibliotecas públicas digitais; estas, além de arquivarem escaneamentos de obras antes impressas sob o meio de livro que estavam ameaçadas de desaparecer, podem também conter sessão destinada a projetos de "arquivamento web"

A missão de coletar, preservar e tornar acessível o conteúdo da internet para as futuras gerações, de conteúdo que possa ser relevante, culturalmente falando, "esbarra", a priori, no direito autoral aplicado às novas Tecnologias de Informação e

Comunicação (TICs) 91, ao falarmos do arquivamento de conteúdo que é de criação de autores, bem como do alcance da disponibilização a ser aplicada.

Aqui novamente servimo-nos do exemplo francês: segundo Entini, utilizando a figura jurídica do depósito legal, na qual todo produtor de conteúdo cultural (livro, jornal, disco, cd, dvd, software etc) deve entregar uma cópia à Biblioteca Nacional Francesa, a internet francesa foi incluída na lei, no ano de 2006.

Todo o domínio '.fr' e tudo o que se produz sobre a França deve ser coletado e armazenado, e a BnF, depositária legal, é a responsável pela coleta e arquivamento do conteúdo web, e desde 2002 até hoje arquivou mais de 20 bilhões de URLs,, ocupando 370 Terabytes. E em relação ao direito de autor, assim como no caso de outras mídias, para o modelo francês o depósito legal não significa a supressão de direitos, uma vez que, para se consultar o conteúdo web francês, é necessário ir à Bibliothèq̃ue Nationale. Ou seja, o fator “disponibilização” obedece a regra de consulta local.

A proteção autoral aplicada foi consolidada pela Convenção de Berna 92 de 1878, norma internacional fundamental, que contém a chamada regra dos três passos (em inglês, three-step test), que prevê exceções ao direito de reprodução: em certos casos especiais (1º passo), que não conflitem com a exploração comercial da obra (2º), e não prejudiquem sem motivo os legítimos interesses do autor (3º).<sup>93</sup> É o caso da BnF, modelo a ser seguido.

---

<sup>91</sup> As TICs (Tecnologias da Informação e Comunicação) correspondem a todas as tecnologias que interferem e medeiam os processos informacionais e comunicativos dos seres. Ainda, podem ser entendidas como um conjunto de recursos tecnológicos integrados entre si, que proporcionam, por meio das funções de *hardware*, *software* e telecomunicações, a automação e comunicação dos processos de negócios, da pesquisa científica e de ensino e aprendizagem. Extraído de [http://pt.wikipedia.org/wiki/Tecnologias\\_da\\_informa%C3%A7%C3%A3o\\_e\\_comunica%C3%A7%C3%A3o](http://pt.wikipedia.org/wiki/Tecnologias_da_informa%C3%A7%C3%A3o_e_comunica%C3%A7%C3%A3o)> Acesso em 25 set. 2011.

<sup>92</sup> Convenção da União de Berna (CUB), de 1878, como visto, surgiu com o objetivo de tutelar as obras literárias e artísticas, incluindo as de caráter científico, qualquer que seja o seu modo de expressão.

<sup>93</sup> WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION – WIPO, 1979, op. cit.

## OBJETIVOS

O objetivo geral do presente estudo é estabelecer por meio de modelos internacionais um marco regulatório para a conservação de conteúdos da internet por meio do “web archiving”, preservando-se seu inerente patrimônio cultural.

Os objetivos específicos do presente estudo são:

- estudar aspectos técnicos necessários à criação do arquivamento web público no Brasil sob o ponto de vista jurídico, econômico, da biblioteconomia e da informática;
- verificar a possibilidade de aplicação do arquivamento web brasileiro à bibliotecas digitais públicas existentes ou a serem criadas, ou à outras instituições;
- estabelecer critérios de escolha ao conteúdo de páginas web de cunho relevante a serem considerados como patrimônio cultural a ser tutelado.

## MÉTODO

Para o presente estudo foram utilizados o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica.

## RESULTADO

O estudo ainda incipiente demonstra preliminarmente que, em relação à critérios de *seleção* de conteúdos, como quaisquer outros materiais que bibliotecas e arquivos coletam, arquivos da web são selecionados para complementar coleções existentes e servir objetivos diferentes.

As bibliotecas nacionais muitas vezes se concentram na coleta de seus domínios nacionais para o patrimônio cultural ou como parte de regimes de depósito de autor e, portanto, realizar amplos rastreamentos.

Estes domínio representa algumas das maiores coleções de arquivos da web.

As universidades podem concentrar-se na coleta de arquivos da web que servem ao pesquisador ou necessidades educacionais de modo que essas coleções tendam a ser focadas.

Já as organizações empresariais regionais podem coletar arquivos da web para fins de manutenção legais ou de registro, segmentação de documentos ou sites na web específicas.

Em relação à *coleta*, os sites devem ser coletados através de software que faz o download de código, imagens, documentos e outros arquivos essenciais para a completa e fiel reprodução do website no momento da captura. Metadados devem ser coletados para tanto.

No tocante à *preservação*, a intenção do arquivo da web deve ser preservar a forma original do conteúdo colhido sem modificação.

Para alcançar este objetivo, as ferramentas, normas, políticas e melhores práticas precisam estar no lugar que irá assegurar a gestão dos arquivos da web ao longo do tempo.

Por fim, em relação ao *acesso*, arquivos da web destas coleções exigem ferramentas de software especiais para a sua utilização digital.

Os pesquisadores devem poder visualizar sites arquivados página por página, ou coleções inteiras podem ser processadas como dados, revelando características gerais das coleções.

## **CONCLUSÃO**

Em sede de considerações finais, demonstrada a viabilidade do web archiving, habilitar a coleta de um rico conteúdo de Internet ao redor do mundo a ser preservado de uma forma que pode ser arquivado, seguro e acesso ao longo do tempo, é necessário; promover o desenvolvimento e utilização de ferramentas comuns, técnicas e normas que permitem a criação de arquivos internacionais, é importante; e incentivar e apoiar as bibliotecas nacionais em toda a parte para resolver arquivamento da Internet e preservação, é fundamental.

## **TUTELA JURÍDICA DOS DIREITOS INTELECTUAIS COLETIVOS DE POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS: INTERSECÇÕES E LIMITES ENTRE PROPRIEDADE INTELECTUAL E PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL**

*Rodrigo Vieira Costa<sup>94</sup>*

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

**RESUMO:** Apesar de a Constituição Federal de 1988 reconhecer, enquanto patrimônio cultural imaterial, as criações, expressões, manifestações e conhecimentos oriundos de contextos coletivos protagonizados por povos, comunidades tradicionais e demais grupos formadores da sociedade brasileira, o atual sistema jurídico de propriedade intelectual vigente não é adequado para tutelar os direitos intelectuais coletivos. Questiona-se, com a presente pesquisa, se as atuais disposições sobre autoria, coautoria, obra coletiva, domínio público e indicação geográfica são suficientes para garantir, a esses (novos) sujeitos de direitos, medidas que os preservem contra uso indiscriminado e apropriação por terceiros dos seus saberes-fazer-viveres tradicionais.

**PALAVRAS-CHAVE:** DIREITOS CULTURAIS. DIREITOS INTELECTUAIS COLETIVOS. POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS. PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL.

---

<sup>94</sup> Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Doutorando em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Bolsista de Doutorado do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPQ. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Culturais da Universidade de Fortaleza. Membro do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Informação da Universidade Federal de Santa Catarina. Membro do Instituto Brasileiro de Direitos Culturais – IBDCULT. Membro da Rede Nacional de Advogadas e Advogados Populares no Ceará – RENAP-CE. Membro do Instituto de Pesquisa, Direitos e Movimentos Sociais – IPDMS.

## INTRODUÇÃO

Com a edição do Decreto nº 3.551, de 04 de agosto de 2000, que regulamentou o registro prescrito no art. 216, § 1º da Constituição da República de 1988, mecanismo de salvaguarda do patrimônio cultural brasileiro, estabeleceu-se uma confusão acerca dos seus efeitos jurídicos entre os órgãos federais de cultura, em particular os de proteção dos bens culturais, e, na época, os possíveis atores sociais que viriam posteriormente a ter suas práticas e expressões declaradas como integrantes e portadores da identidade cultural do país.

A questão central era: mas, afinal, a quem pertence a propriedade intelectual sobre os conhecimentos, saberes, fazeres e viveres tradicionais protegidos pelo registro?

Apesar de possuir meramente efeitos declaratórios, ser regulamentado por figura normativa inadequada, com o registro de ofícios como os das paneleiras de Goiabeiras e das rendeiras de Sergipe, dos modos de fazer a viola-de-cocho, do queijo artesanal de Minas Gerais, de rituais indígenas, das práticas e saberes associados aos modos de fazer bonecas pelo povo Karajá, bem como de expressão artística e cosmológica de seu povo denominada as *rtixòkò*, reacendeu-se, por diversas vezes, a polêmica em torno da titularidade de direitos intelectuais dos grupos, povos indígenas e comunidades tradicionais cujos saberes, práticas e expressões artísticas foram reconhecidos como patrimônio imaterial brasileiro.

A visibilidade nacional ocasionada pela salvaguarda permitiu que criações e saberes tradicionais desses coletivos fossem apropriados pelas indústrias têxtil, alimentícia, farmacêutica e cultural, gerando conseqüentemente choque de interesses entre aqueles que tiveram suas práticas e expressões registradas e os atores do mercado.

Hodiernamente, os conhecimentos tradicionais são insumos primários ao capital intelectual humano motor da economia criativa gerada pela produção cíclica de bens e serviços culturais ao redor do globo.

Mas não apenas no campo do entretenimento, do lazer, dos eventos e dos espetáculos essas formas de saber são utilizadas ou resignificadas pelas indústrias culturais.

Seus elementos e componentes são abrangidos por aplicações para além do trabalho imaterial junto ao ócio dos consumidores globais, pois seu uso não se circunscreve apenas à seara cultural; sua empregabilidade compreende setores outros da álea econômica, tais quais o farmacêutico, o cosmético, o alimentar, o médico, dentre outros.

Não obstante sua relevância para o mercado, em formato de produto derivado, são constantemente, supostamente, desvalorizados e negados.

Contudo, o papel é invertido quando se transformam em objeto de pecúnia ou uso de fins outros que extrapolam as práticas originárias de seus portadores, isto é, quando se transfiguram em propriedade intelectual e *royalties* de terceiros estranhos ao seu contexto coletivo.

Nesse sentido, a existência de marcos jurídicos protetivos aos direitos intelectuais coletivos de povos e comunidades tradicionais ainda não foi acompanhada de análises e estudos sobre as mudanças em conceitos e institutos jurídicos da propriedade intelectual, de forma sistematizada, abrangendo não apenas os direitos autorais sobre criações espirituais, mas também os direitos industriais de aplicação utilitária, principalmente no que concerne aos efeitos da criação de registros que a um só tempo reconheçam-os enquanto patrimônio cultural imaterial brasileiro e os resguarde da violação das indústrias culturais e biotecnológicas.

## **OBJETIVO**

O objetivo geral da presente pesquisa é verificar a existência de um novo paradigma sobre a propriedade intelectual, buscando compreender os direitos coletivos de povos e comunidades tradicionais em relação a expressões, manifestações, saberes, fazeres e viveres que integram o patrimônio cultural imaterial brasileiro registrado, a partir da

análise das (in)suficiências dos conceitos jurídicos de autoria, coautoria, obra coletiva, domínio público e indicação geográfica na proteção dos direitos intelectuais coletivos no contexto dos bens culturais imateriais registrados.

## **MÉTODO**

Quanto à abordagem, sem pretensões de esgotar o tema, dada a sua complexidade, mas com objetivo de torná-la adequada para análise do objeto da tese, a pesquisa segue tipo de vertente jurídico-crítica, sob a proposta sociológica de análise de fenômeno jurídico – registro de bens culturais imateriais no Brasil como modos de saber-fazer – com fito de analisar as (in)suficiências de conceitos de autoria, coautoria, obra coletiva, domínio público e indicação geográfica na proteção de direitos intelectuais coletivos, por meio de método indutivo - dedutivo.

Centra-se, portanto, em estudo de casos e dados particulares extraídos dos dossiês de bens registrados, realizados pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, para realizar constatações gerais que podem redundar em sugestões legislativas permitindo, assim, que haja retorno à sociedade sobre a conexão das relações sociais advindas das problemáticas jurídicas em torno dos direitos intelectuais coletivos (indução), sob a premissa dedutiva conclusiva de que, pelo menos implicitamente, o atual paradigma da propriedade intelectual não é adequado para tutelar esses novos direitos.

Quanto ao procedimento a pesquisa é monográfica, interpretativa e prospectiva, pois busca reunir várias informações e opiniões sobre o tema e descrever, registrar, explicar, analisar, e focar fatos relativos às normas e aos conflitos relacionados com propriedade intelectual coletiva e sua intersecção com o patrimônio cultural imaterial, além de diferenciar as experiências estrangeiras a partir de estudo comparado, e estudar casos emblemáticos nos quais houve conflitos ou divergências sobre a proteção jurídica de conhecimentos tradicionais, através da análise dos bens culturais registrados como patrimônio cultural imaterial

brasileiro, presentes na lista do IPHAN, até 2016, com o objetivo de auxiliar a construção de um marco jurídico para este tipo de tutela.

Ao final, propor modificações ou tendências para o atual paradigma da propriedade intelectual vigente no Brasil.

Quanto às técnicas de pesquisa, será realizada por meio de fontes documentais (artigos, teses, dissertações, publicações avulsas, projetos ministeriais, cartilhas, espécies normativas, jurisprudência, relatórios do Poder Público), principalmente em livros específicos sobre o tema central.

## **RESULTADO ESPERADO**

Espera-se que a análise do registro dos bens culturais brasileiros, salvaguardados pelos mecanismos federais de proteção do patrimônio cultural, em especial os casos registrados como modos e ofícios do saber-fazer, possibilitem a delimitação do que e como tutelar direitos intelectuais de conhecimentos tradicionais.

## **CONSIDERAÇÃO FINAL**

A elaboração de um modelo prático-teórico de reconhecimento de um sistema de proteção jurídica a conhecimentos tradicionais, – direitos intelectuais coletivos, oriundos de sujeitos coletivos de direitos, povos e comunidades –, a partir do reconhecimento da fundamentalidade dos direitos culturais nas Constituição de 1988 e do aperfeiçoamento dos instrumentos de tutela do patrimônio cultural imaterial brasileiro, análogo a do sistema de associação de saberes com a biodiversidade, garante à sociedade os interesses fundamentais difusos de sua salvaguarda e das trocas geradas pela diversidade cultural, assim como também institui a proteção sobre o uso, a fruição e a disposição desses componentes por parte de seus titulares, principalmente em razão dos benefícios advindos economicamente de atividades expropriantes desses bens, promovendo a repartição justa e equânime de qualquer bem-estar oriunda dessa exploração.

## REFERÊNCIAS

APPADURAI, Arjun. *The social life of things: commodities in cultural perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2008.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

\_\_\_\_\_. *Cultura e Democracia na Constituição Federal de 1988: A Representação de interesses e sua aplicação ao Programa Nacional de Apoio à Cultura*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

FARIA, Victor Lúcio Pimenta de. *A proteção jurídica de expressões culturais de povos indígenas na indústria cultural*. São Paulo: Itaú Cultural, 2012.

LEAL, Ondina Fachel; HENNEMANN, Rebeca; SOUZA, Vergara de (Org.). *Do regime de propriedade intelectual: estudos antropológicos*. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2010.

LIXINSKI, Lucas. *Intangible Cultural Heritage in International Law*. Reino Unido: Oxford University Press, 2013.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2006.

WACHOWICZ, Marcos. *A revisão da lei brasileira de direitos autorais*. In: WACHOWICZ, Marcos; SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos (Org.). *Estudos de direito do autor e a revisão da lei dos direitos autorais*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010a.

\_\_\_\_\_. *Disposições preliminares e definições*. In: WACHOWICZ, Marcos; SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos (Org.). *Estudos de direito do autor e a revisão da lei dos direitos autorais*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010b.

RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas. *Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore: uma abordagem de desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SAMBUC, Henri-Phillipe. *La protection internationale des savoirs traditionnels*. Paris: L'Harmattan, 2003.

## **DIREITO DE AUTOR E ACESSO À CULTURA: ANÁLISE DE ALTERNATIVAS PARA A CONCILIAÇÃO DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.**

*Ruy Figueiredo de Almeida Barros.*<sup>95</sup>

*Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial – GEDAI UFPR*

**RESUMO:** O presente trabalho procura analisar os aspectos relevantes do conflito dos direitos de autor e dos direitos de acesso à cultura, ambos constitucionalmente garantidos, para dimensionar sua relevância para a sociedade contemporânea e buscar formas de conciliação, visando o cumprimento de uma função social da propriedade intelectual.

**PALAVRAS-CHAVE:** DIREITO DE AUTOR, ACESSO A CULTURA, DIREITOS FUNDAMENTAIS, FUNÇÃO SOCIAL.

### **INTRODUÇÃO**

O homem é por natureza um ser social. Em razão disso, sua evolução como indivíduo depende de suas relações com o meio em que vive, e principalmente com os outros que estão à sua volta. Assim o diálogo e o compartilhamento do conhecimento e experiências de vida sempre estiveram presentes, em todas as formas de organização social. Seja para a comunicação de um fato, para a transmissão de um conhecimento, ou mesmo para indicar um comportamento a ser seguido, essas relações sociais sempre foram fundamentais. A somatória dessas interações e seu conteúdo, formam a cultura de uma sociedade, ou seja, sua identidade.

---

<sup>95</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Privado. Pesquisador do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial (GEDAI/PPGD-UFPR).

A cultura permeia todas as relações humanas. É com base nela que o ser social se define, se constrói, e se projeta dentro de uma comunidade. Os reflexos da cultura são as características dos povos, em razão disso é considerada um patrimônio de valor imensurável, assegurado pelo direito através dos direitos culturais, protegidos constitucionalmente no ordenamento pátrio.

Todavia, proteger a cultura transformando-a em direito constitucionalmente garantido não é suficiente. Deve-se proteger, também, o acesso à cultura, aos bens culturais, e ao patrimônio cultural de uma nação. Um indivíduo deve conseguir tomar conhecimento da cultura da sociedade em que vive, sendo esse direito fundamental e vinculado, indissociavelmente, à dignidade da pessoa humana. Assim, deve o Estado assegurar condições para que isso aconteça.

Mas diante dessa garantia de acesso, e proteção à ordem cultural, ao direito não deve fugir a tutela daquele que faz a cultura. Aqueles que se dedicam a eternizar a forma como veem o mundo, reproduzir em versos um sentimento, ou mesmo registrar uma pesquisa sobre determinado aspecto da sociedade (e por que não falar, mesmo, em aspecto da cultura dessa sociedade); são autores. São eles os personagens principais do teatro cultural, e devem, sim, ter protegidos seus direitos sobre as suas criações.

Os Direitos Autorais são também fundamentais. Devem, nas palavras do discurso tradicional de sua justificação, estimular os indivíduos da sociedade a se expressar artisticamente, a imortalizar bens culturais vinculados ao meio em que vivem, contribuindo com a sociedade através da expressão de sua cultura. Nada mais justo que o ordenamento jurídico lhes garanta certos direitos, vedando que sua criação seja por outrem usurpada, zelando pela integridade e conservação de sua obra, impedindo que sua criação seja utilizada de forma desonrosa, dentre outros.

Para além disso, em razão da organização de nossa sociedade em um sistema econômico capitalista, a garantia

desses direitos não são seriam suficientes para o estímulo do autor a criar e se dedicar (as vezes por uma vida toda) à produção cultural. É em razão disso que o direito autoral será responsável, também, por garantir que o autor seja remunerado por sua contribuição cultural, através de uma recompensa dada pela sociedade em razão da dedicação daquele indivíduo à produção intelectual.

Nesse sentido, o meio encontrado pelo direito foi o de garantir a exclusividade de exploração comercial das obras autorais a aquele que as cria. Concede-se um direito de exclusivo sobre a obra, podendo o autor decidir quanto a forma como será explorada, se publicada por determinada editora, ou outra, divulgada em algum meio de comunicação, utilizada para a venda de um produto, aplicada numa nova criação intelectual, dentre inúmeras outras possibilidades. Ao autor cabe, portanto decidir sobre o proveito dessa obra.

Há que se ver que a natureza cultural da obra nunca irá ser suprimida. A obra artística, literal e científica, sempre terá valor cultural, sendo bem inestimável para a sociedade em que se insere. Em razão disso, os direitos de exclusividade duram por um lapso temporal. O autor deve explorar sua obra por um determinado prazo, ao fim do qual a obra deverá ser “devolvida” para a sociedade, que dela poderá usufruir livremente, integrando o chamado Domínio Público.

Num contexto contemporâneo, com a modernização dos meios de comunicação, e de trocas de informações, a importância de uma garantia ao direito de acesso à cultura, e de um direito de autor eficiente, toma proporções ainda mais relevantes. A era digital permite, com o artifício da Internet, o acesso ilimitado a bens culturais. Mais que isso, possibilita seu uso, sua disseminação e sua transformação em cultura nova, simultaneamente, por uma infinidade de pessoas.

As novas tecnologias permitem, ainda, que os bens culturais sejam reproduzidos, copiados perfeitamente, e utilizados por qualquer indivíduo com acesso à rede, muitas vezes sem que o autor daquela obra sequer tome conhecimento.

Surgem, então, formas de proteção de conteúdo, mecanismos de bloqueio e controle de acesso, e sistemas de busca e reconhecimento de uso indevido de bens protegidos pelo direito autoral na rede, como uma resposta a essa dinâmica incontrolável. Engessa-se o ambiente da rede, condicionando qualquer uso de qualquer bem autoral ao pagamento de valores muitas vezes exorbitantes, em detrimento daquele direito fundamental de acesso à cultura.

Assim, o estudo desse embate entre os direitos culturais de acesso à cultura e os direitos autorais demonstra sua importância. O ordenamento jurídico deve oferecer respostas mais rápidas para dilemas e abusos que se propagam entre esses direitos, e que têm se tornado cada vez mais frequentes na era digital. Deve-se buscar uma conciliação, permitindo que os bens autorais cumpram com uma verdadeira função social, que em verdade está intrincada em sua essência, que é a de fazer parte da cultura de um povo.

Nesse viés, o presente estudo buscará a análise desses aspectos fundamentais do direito de autor e do direito de acesso à cultura. Busca-se, também a identificação de sua colisão, verificando-se as restrições impostas pelos direitos autorais que de alguma forma prejudiquem a disseminação cultural, tanto analógica como digital. Por fim, busca-se encontrar meios de conciliação desses direitos no direito comparado, analisando possíveis mudanças que podem levar ao maior equilíbrio desse embate.

Para a concretização desse projeto utilizar-se-á essencialmente da revisão bibliográfica e análise de leis e tratados internacionais vigentes, buscando-se conceituar individualmente os direitos fundamentais em cotejo, nomeadamente o Direito de Autor e o Direito de Acesso à Cultura, e delinear a dita colisão de direitos fundamentais, enumerando seus aspectos, e buscando alternativas viáveis para a sua superação.

## **OBJETIVO**

O presente trabalho procura analisar os aspectos relevantes do conflito dos direitos de autor e dos direitos de acesso à cultura, ambos constitucionalmente garantidos, para dimensionar sua relevância para a sociedade contemporânea e buscar formas de conciliação, visando o cumprimento de uma função social da propriedade intelectual.

## **MÉTODO**

A pesquisa se desenvolverá a partir do método dedutivo de estudo. O método de procedimento utilizado será o monográfico, e a técnica de pesquisa será a bibliográfica.

## **RESULTADOS**

Conclui-se que na prática a atual gestão de direitos autorais não atende aos preceitos de uma função social. Seja pelo prazo de proteção elevado, seja pela onerosidade no acesso a bens ainda protegidos, seja pela má gestão do domínio público gerando um verdadeiro abuso de direito de autor sobre obras já não protegidas, hoje se garantem poderes em demasia para o detentor dos direitos autorais.

Verifica-se, ainda, que a proteção ao direito de autor não se dinamizou, mantendo uma estrutura de normas incompatível com as modificações observadas na sociedade, principalmente com o surgimento da cultura digital.

Por fim, analisam-se algumas medidas internacionais que buscaram a atualização do sistema de proteção para um maior equilíbrio entre os Direitos Autorais e o Acesso à Cultura.

## **CONCLUSÃO**

Finalmente, o estudo aponta que no âmbito nacional a atual previsão constitucional de proteção ao direito de autor, bem como a Lei do Direito Autoral (Lei n.º 9.610/98), se mostram inadequadas para a tutela dos direitos de autor em consonância com o direito de acesso à cultura.

Isso se dá fundamentalmente pela falta de um condicionamento da proteção do direito de autor à sua função

social. Na constituição, garante-se a proteção da exploração da obra de forma incontestável, não observando o constituinte a necessidade de sua compatibilização com o direito de acesso à cultura.

Igualmente, em âmbito legislativo, a LDA se mostra antiquada para a solução do presente conflito. O que se verifica é uma dificuldade latente na aplicação de usos livres e limites aos direitos de autor, que seriam alternativas viáveis para a presente colisão, afastando o direito autoral em prol de um acesso e uso sem vieses econômicos. O diploma legal se encontra desatualizado, e onera por demais aquele que pretende acessar obras protegidas para fins não lucrativos.

Vê-se, portanto, uma mitigação do direito de acesso à cultura, em detrimento de uma soberania do autor (ou detentor dos direitos autorais) sobre sua obra, que gera reflexos relevantes no patrimônio cultural da sociedade, engessando a dinâmica da Internet na criação e disseminação de obras e onerando em demasia a criação e a transformação cultural.

Observam-se tentativas de conciliação desse conflito com o uso de limites ao direito autoral mais efetivos, que considerem o uso privado, e a ausência de fins econômicos como razões já suficientes para uma garantia ao acesso. Para além disso, observa-se um bom exemplo para o ordenamento pátrio a Diretriz 2001/29 da União Europeia, que prega uma forma mais modernizada de tutela dos direitos de autor. Observam-se, também, iniciativas de organizações não governamentais na criação de licenças livres de bens autorais, que possibilitam uma maior facilidade de acesso e utilização desses bens ante ao consentimento prévio do detentor dos direitos autorais.

## FOTOGRAFIA E AUTORIA: O CASO DA SELFIE DO MACACO INDONÉSIO.

*Sarah Helena Linke*<sup>96</sup>

**RESUMO:** O presente estudo analisa o ensaio fotográfico do caso do selfie do macaco indonésio diante da tutela do direito autoral e o domínio público.

**PALAVRAS CHAVE:** AUTORIA; FOTOGRAFIA; DIREITO DE AUTOR; DOMÍNIO PÚBLICO.

### INTRODUÇÃO

A concepção de autoria (ou sua ausência) e, conseqüentemente, seu estudo, advêm desde a antiguidade e ainda hoje é debatido em várias áreas do conhecimento, tais como: filosofia; psicologia; literatura; artes cênicas; e o direito.

A autoria sobre a fotografia é fenômeno recente - considerado todo o espectro temporal comparado a obras de outras naturezas. Não poderia ser diferente, afinal, o desenvolvimento da tecnologia para a captura e revelação das fotografias ocorreu na primeira metade do século XIX; e sua popularização já na segunda metade.

Neste sentido, disserta Boris Kasso: “Seu consumo crescente e ininterrupto ensejou o gradativo aperfeiçoamento da técnica fotográfica [...] A enorme aceitação que a fotografia teve,

---

<sup>96</sup> Assessora Jurídica da Fundação de Ensino e Engenharia de Santa Catarina, atuando juntamente ao Departamento de Inovação Tecnológica da Universidade Federal de Santa Catarina. Formada pela Universidade Federal de Santa Catarina. Membro do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial

notadamente a partir da década de 1860, propiciou o surgimento de verdadeiros impérios industriais e comerciais.”<sup>97</sup>

Em um primeiro momento, devaneio falar em autoria, pelo motivo de ser a fotografia tão somente uma “apropriação do real”, ou seja, um mero “congelamento da realidade” e, portanto, não qualificada como arte. O início da mudança de entendimento se deu no âmbito dos Tribunais europeus, segundo conta Annateresa Fabris:

Em 1857, o fotógrafo Félix Tournachon moveu uma ação contra o irmão mais novo, Adrien, para evitar que este usasse o pseudônimo que o tornara famoso: Nadar. Na *Reivindicação da propriedade exclusiva do pseudônimo Nadar*, o fotógrafo estabelece uma clara distinção entre a fotografia como técnica, "cuja aplicação está ao alcance do último dos imbecis", e a fotografia como arte. Enquanto a primeira podia ser facilmente aprendida - a teoria fotográfica podia ser adquirida numa hora, as primeiras noções práticas num dia -, bem diferente era o estatuto da segunda, alicerçada no talento individual, numa visão particular e na capacidade de captar a fisionomia do modelo.<sup>98</sup>

Em resumo, o fotógrafo requeria para si o reconhecimento de artista e, conseqüentemente, de autor, enquanto a obra oriunda de seu espírito. Prossegue a autora citada anteriormente:

Alguns anos mais tarde, a problemática da artisticidade da fotografia volta a ser discutida nos tribunais franceses graças ao processo Mayer-Pierson. Os dois fotógrafos, que podem ser inseridos na vertente industrial da fotografia, haviam realizado, em 1861, cartões de visita com as efígies de dois políticos estrangeiros, Palmerston e Cavour, reproduzidos abusivamente por outros profissionais (Betbeder e Schwabbe). Reclamando o próprio direito sobre as imagens realizadas, Mayer e

---

<sup>97</sup> KASSOY, Boris. *História e Fotografia*. 2. ed. São Paulo: Ateliê Editorial, 2001

<sup>98</sup> FABRIS, Annateresa. *Reivindicação de nadar a sherrie levine: autoria e direitos autorais na fotografia*. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1678-53202003000100006&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1678-53202003000100006&script=sci_arttext). Acesso em: 30 de setembro de 2014

Pierson solicitam a aplicação das leis sobre direitos autorais de 1793 e 1810.<sup>99</sup>

Para ser considerado artista e obter a tutela do direito autoral, antes de tudo, a fotografia deveria ser declarada arte a fim de ser amparada legalmente, entretanto, aventava-se a seguinte questão: como o domínio comum poderia ser considerado propriedade de uma só pessoa? Este debate perpassa o século XIX e sua resposta possui desdobramentos não apenas estético-artísticos, mas também jurídicos que hodiernamente provoca grandes discussões.

Historicamente, em primeiro momento, permaneceu a concepção de que a fotografia é produto mecânico, pois o espírito, a imaginação e a personalidade do sujeito não estão presentes ao longo de todo o processo. Conforme Annateresa Fabris:

O Tribunal de Turim dá um veredito que não oferece qualquer saída ao fotógrafo: "o trabalho mecânico não pode, portanto, dar vida a produtos que possam ser legitimamente classificados entre as produções do espírito humano".<sup>100</sup>

Ocorre que em recurso judicial novo argumento é aventado pela defesa dos fotógrafos, com fulcro na equação arte=beleza=verdade em sua realidade material. Em outras palavras, verdade e beleza, na realidade, são atributos tanto da fotografia quanto das artes plásticas. Se o real é belo, não haveria óbice para sua reprodução ser igualmente.

Cai aqui como uma luva a paráfrase feita por Annateresa Fabris de Aaron Scharf: "O processo criador é semelhante em todos os casos: o fotógrafo, num primeiro momento, compõe uma imagem com sua fantasia; num segundo momento, capta com a câmara o que sua inteligência concebeu e o transmite à obra."<sup>101</sup>

---

<sup>99</sup> Ibidem.

<sup>100</sup> Id. Ibid.

<sup>101</sup> Id. Ibid.

Este reconhecimento do entrelaçamento entre arte, fotografia e autoria, no entanto, não foi automático. Não obstante inicialmente os Tribunais julgassem sobre o enquadramento de arte, foi por força do desenvolvimento tecnológico e, por corolário, sua popularização, que se obteve reconhecimento amplo da possibilidade criatividade na fotografia.

O aparato ganha status de mediador, dominado por um sujeito ativo, um espírito criador, cuja criação está previamente elaborada antes mesmo de apertar o disparador, sendo a câmara um meio para um fim já rascunhado.

Em que pese os contornos da discussão estarem melhores delineados, atualmente a questão permanece complexa. Existem três diferentes correntes doutrinárias: a primeira sempre considera a fotografia como arte; a segunda, diametralmente oposta, defende que a foto sendo resultante de mero gesto mecânico, não possui elemento artístico algum; e a terceira, posicionada entre as correntes retrotranscritas, interpreta que algumas fotografias seriam protegidas e outras não, devendo ser analisado criteriosamente o cumprimento dos requisitos de criatividade e originalidade.<sup>102</sup>

O âmago da discussão está na identificação da fotografia como arte ou como técnica. Aos que entendem que fotografia é produzida meramente p

Por meio mecânico, estaria neste caso excluído do âmbito da arte. Este entendimento, predominante por longo período, criou barreiras para a proteção autoral de fotografia. Com efeito, recebeu tutela diminuta, exemplo: a Convenção de Berna<sup>103</sup>, estabelece o prazo mínimo de proteção em 25 anos contados a

---

<sup>102</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. Rio de Janeiro: Renovar, 1997

<sup>103</sup> Concernente à positivação da fotografia como obra e do fotógrafo como autor, no plano internacional a Convenção de Berna trata das obras fotográficas no artigo 2, parágrafo 1, em que dispõe que estão abrangidas pelo termo "obras literárias e artísticas", justamente "as obras fotográficas e as expressas por processos análogos a da fotografia". Sua disciplina aparece também no artigo 7, parágrafo 2: Os países da União reservam-se, nas suas legislações nacionais, a faculdade de regular a duração da proteção das obras fotográficas e das obras de arte aplicadas protegidas como obras artísticas; entretanto, a referida duração não poderá ser inferior a um período de vinte e cinco anos contados da realização da referida obra.

partir de 1º de janeiro do ano subsequente à divulgação da obra e não *post mortem* do autor, como a maioria das obras.<sup>104</sup>

Em suma, o direito de autor pressupõe uma obra - não há direito de autor sem obra - esta deve ter sido criada pelo espírito humano. Consequentemente, “a obra literária ou artística pertence ao mundo da cultura.

Só se capta através do espírito”<sup>105</sup>, exigindo, portanto, que a criação seja exteriorizada, devendo ser expressa por qualquer meio ou fixada em qualquer suporte, tangível ou intangível.

Explica José de Oliveira Ascensão:

A criação do espírito, desde o início, está associada necessariamente à forma. É uma ideia formal; deverá se revestir de uma forma, que é a essência da obra.<sup>106</sup> [...] A obra é pois uma realidade incorpórea; a exteriorização que ela representa ainda pode ser imaterial, bastando que se revele aos sentidos. Por isso, o direito de autor sobre a obra como coisa incorpórea é independente do direito de propriedade sobre as coisas materiais que sirvam de suporte à sua fixação ou comunicação.<sup>107</sup>

Para obter proteção esta criação, enquanto pertencente ao âmbito da cultura, pressupõe-se contributo criativo para que uma obra, no caso a fotografia, seja considerada arte e consequentemente protegida por direito de autor<sup>108</sup>.

Sobre o tema, assevera José de Oliveira Ascensão:

Se a obra é a forma de uma criação do espírito, necessariamente haverá que exigir nesta o caráter

---

<sup>104</sup> A Lei de Direitos Autorais brasileira de 1973 adotava a corrente do contributo mínimo artístico, conforme se depreende: Art. 6º São obras intelectuais as criações do espírito, de qualquer modo exteriorizadas, tais como: VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia, desde que, pela escolha de seu objeto e pelas condições de sua execução, possam ser consideradas criação artística. A nova Lei de Direitos Autorais, de 1996, porém, de forma expansiva e menos criteriosa, estende a proteção a toda e qualquer fotografia: 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: VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia.

<sup>105</sup> Id. Ibid. p. 27.

<sup>106</sup> Id Ibid. p. 30.

<sup>107</sup> Id. Ibid. p. 31.

<sup>108</sup> Para melhor elucidação, pode-se fazer uma analogia do requisito do contributo mínimo criativo no direito de autor com o requisito da inventividade, no seio das patentes.

criativo. É difícil determinar o quantum desta criação. Não podemos confundir obra com obra de qualidade: uma pornochanchada não deixa de ser uma obra protegida. Mas tem de haver um mínimo de criatividade ou originalidade, que por vezes se torna até essencial para determinar se há violação de direito de autor preexistente. Se não há criatividade na expressão, mínima que seja, não há obra literária.<sup>109</sup>

Logo, todo direito de autor é necessariamente direito da cultura. A componente cultural tem que estar presente, sendo inadmissível o atendimento somente de preocupações de corporações ou até mesmo egocêntricas.

De acordo com a doutrina de Ascensão, o direito de autor tutela a criação do espírito no que respeita à forma de expressão, não situada no limite do óbvio. Não teria sentido outorgar um exclusivo em contrapartida de uma “criação” que representa a mera aplicação de ideias comuns.<sup>110</sup>

De fato, podem-se dar exemplos de fotografias que não são certamente obras artísticas. As fotografias destinadas a documentos de identidade, produzidas por máquinas automáticas, não são obras artísticas. Mais categoricamente ainda, podemos imaginar uma câmera assestada sobre uma rua, que automaticamente tira dela fotografia a intervalos regulares. Não já aqui ato humano na operação. Há uma verdadeira fotografia, mas nunca pode haver obra artística. Tal como as fotografias enviadas por satélites. Também não devem alcançar a proteção do direito de autor as fotografias meramente técnicas, em que se procura uma reprodução tal qual de certo objetivo, sem a menor preocupação artística.<sup>111</sup>

Extrai-se diante do exposto uma importante lição: independentemente do conteúdo criativo ou original, que possam vir a caracterizar a fotografia como arte, é requisito obrigatório a criação humana, que utiliza um meio para exteriorizar sua vontade, sua expressão artística.

---

<sup>109</sup> Id. Ibid. p. 50.

<sup>110</sup> Id. Ibid, p. 39.

<sup>111</sup> Id. Ibid, p. 419.

Neste diapasão, é que se insere o estudo de caso, objeto deste trabalho: de quem pertence a autoria da *selfie* da *macaca nigra*?

Em 2011, David Slater, fotógrafo inglês, viajou à Indonésia, Ilha de Sulawesi, com o desiderato de tirar retratos da referida espécie de primatas. Consoante conta, num momento de descuido, deixou seu equipamento sozinho na selva, foi então que uma macaca fêmea muito curiosa pegou a sua câmera.

Tendo em vista que a lente do objeto refletia si mesma, bem como o barulho dos cliques soavam divertidos, esta começou a dispará-los indeterminadamente. Esta brincadeira resultou em inusitadas fotos, incluindo uma *selfie* da macaca sorrindo.

O fato ficou conhecido em artigo publicado pelo jornal inglês *Daily Mail* narrando esta história e publicando pela primeira vez as fotos. Sucedeu que um dos voluntários da *Wikimedia* fez upload dela no *Wikimedia Commons*, repositório de cultura livre, cujas obras possuem licenciamento aberto específico ou estão em domínio público.

A partir daí a *selfie* foi utilizada por diversos *sites*. Slater fez uma solicitação para a retirada da fotografia do portal colaborativo, a qual foi atendida, todavia, foi novamente colocada no repositório por outro voluntário.

Assim, realizou novo requerimento, o qual foi denegado, sob a seguinte fundamentação, publicada no relatório de transparência da instituição:

A photographer left his camera unattended in a national park in North Sulawesi, Indonesia. A female crested black macaque monkey got ahold of the camera and took a series of pictures, including some self-portraits. The pictures were featured in an online newspaper article and eventually posted to Commons. We received a takedown from the photographer claiming that he owned copyright to the photographs. We didn't agree, so we denied the request.

A fotografia se transformou em um viral da rede, a discussão sobre a autoria inflou sua. Há argumentos contrários à decisão no sentido de reconhecer o direito de autor de Slater tendo como base não o pequeno trabalho feito pela macaca, mas sim o trabalho feito por ele, o qual proporcionou a produção da fotografia.

Reitera-se: a proteção autoral exige a originalidade e a criatividade da obra. Neste sentido, pode-se dizer que a obra é original – um *selfie* de um macaco – porém, não há que se falar em conteúdo criativo, porque não houve uma preparação criativa do fotógrafo, como ele mesmo contou, foi fruto de uma negligência sua. Ou seja, Slater não participou da produção artística daquela obra.

A despeito de indiretamente ele ter proporcionado as ferramentas para o “clique” - afinal, quais as chances de haver uma outra câmera fotográfica em meio às florestas da Indonésia – não houve a intenção, o preparo estético, artístico para que aquela obra fosse elaborada.

Slater não entregou a câmera à macaca e a induziu a tirar fotos, mas sim foi suprimida por conta de sua distração, e ainda a primata aprendeu sem instruções como operar o mecanismo.

Se o macaco não é o autor da obra, porque apenas podem sê-lo humanos; e também não é o fotógrafo, a quem pertence os direitos autorais?

Na realidade, a obra está em domínio público em razão de que sequer foi protegida pelo manto deste monopólio legal.

## **CONCLUSÃO**

Em razão disto, a *selfie* do macaco pode ser usadas livremente, ou seja, ser copiada, reeditada, transformada, traduzida, adaptada e até mesmo podem ser utilizadas para fins comerciais.

É curioso perceber que a grande maioria das pessoas entende que o direito autoral é do fotógrafo, levando em consideração o trabalho e o gasto que ele teve<sup>112</sup>.

O real motivo da criação e desenvolvimento do direito autoral, qual seja, a proteção do capital, está agora sendo aventada em detrimento da justificativa filosófica dada ao aprisionamento cultural, que tanto foi utilizada para o convencimento social. Exemplo é o site <http://www.telegraph.co.uk/>, na enquete feita ao público, indagando quem seria o detentor dos direitos autorais, chegou ao resultado de 49.082 votos com as seguintes proporções: Slater 43.53% (21.367 votos); a Macaca (19.701 votos); e apenas 16.33% (8.014 votos) que estava em domínio público.

Corroborando este posicionamento, a terceira edição do “*Compendium of U.S Copyright Office Practices*” explanou não ser possível registrar uma obra feita por um macaco. Apesar do teor não-legal do documento, ele é bastante significativo, pois reflete a interpretação do órgão competente para a tutela das obras artísticas.

Por conta do exposto, o fotógrafo ingressou com ação judicial em face da *Wikimedia* na Inglaterra, requerendo o valor de £10 mil em danos materiais. Fica-se no aguardo da manifestação dos Tribunais ingleses, torcendo pela manutenção da coerência do sistema autoral e da proteção aos direitos culturais.

---

<sup>112</sup> Em depoimento o fotógrafo “That trip cost me about £2,000 for that monkey shot. Not to mention the £5,000 of equipment I carried, the insurance, the computer stuff I used to process the images. Photography is an expensive profession that’s being encroached upon. They’re taking our livelihoods away [...] For every 10,000 images I take, one makes money that keeps me going. And that was one of those images. It was like a year of work, really.”

## A *SELFIE* DO MACACO: AUTORIA E FOTOGRAFIA NA CONTEMPORANEIDADE.

*Walter Guandalini Jr.*<sup>113</sup>

*Núcleo de Pesquisa Direito, História e Subjetividade da UFPR*

*Rui Carlos Sloboda Bittencourt*<sup>114</sup>

*Núcleo de Pesquisa em Direito Civil e Constituição da UniBrasil*

**RESUMO:** O presente estudo aborda o caso do *selfie* do macaco indonésio a partir de uma análise da autoria na contemporaneidade. Empreender-se uma análise por quatro perspectivas: teoria do direito (do autor); direito internacional; direito americano; direito brasileiro. Tendo como por objetivo analisar e criticar a insuficiência do conceito de autoria construído em outro contexto histórico, mas utilizado ainda hoje em sua relação com a arte, em especial a fotografia, na contemporaneidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** DIREITO AUTORAL; AUTORIA; SUBJETIVIDADE; FOTOGRAFIA; *SELFIE*.

### **INTRODUÇÃO: A *Selfie* Do Macaco**

Neste tópico introdutório, serão abordados os argumentos do fotógrafo profissional David J Slater, da Wikimedia

---

<sup>113</sup> Mestre e Doutor em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná. Professor na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Advogado na Copel Participações S.A. Membro do Núcleo de Pesquisa Direito, História e Subjetividade, do Instituto Brasileiro de História do Direito (IBHD) e do Instituto Latino-americano de História do Direito (ILAHd).

<sup>114</sup> Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia nas Faculdades Integradas do Brasil. Professor nas Faculdades Integradas do Brasil. Membro do conselho editorial da Juruá Editora, do Núcleo de Pesquisa em Direito Civil e Constituição e da Associação Portuguesa de Direito Intelectual.

Foundation, bem como argumentos de especialistas e o recente parecer do US Copyright Office sobre o assunto.

Há que se deixar claro desde o início que a intenção deste artigo não é definir qual o argumento mais convincente, mas sim trabalhar com a hipótese de o conceito contemporâneo de autoria utilizado pelo Direito não ser suficiente para resolver casos como este.

Quando o fotógrafo britânico David J Slater, um especialista em imagens que retratam a vida selvagem nos mais diversos cantos do mundo decidiu seguir um grupo de macacos da espécie *Macaca nigra* por três dias na região norte de Celebes, Indonésia, não poderia imaginar que aquela seria, até o momento, sua aventura de maior repercussão. Segundo o fotógrafo, além da aparência que lembra muito a nossa própria espécie, eles chamam a atenção por serem “muito curiosos e inteligentes” (2014).

Na versão que atualmente consta de seu site oficial, Slater conta que, por volta do meio dia do segundo dia, um grupo de aproximadamente 25 macacos parou para descansar. Slater relata, então, o quão trabalhoso era seguir os macacos pela floresta úmida carregando 20kg de caros equipamentos fotográficos. Eis que, naquele momento de descanso, para os macacos e também para ele, houve uma aproximação por parte dos símios.

O resultado desta primeira aproximação foi um dos macacos tentando fugir com a câmera de Slater que foi recuperada pelo seu guia. Depois de mais algumas aproximações, o fotógrafo relata ter preparado a câmera sobre um tripé de forma a tentar conseguir um *close* no caso de nova aproximação dos macacos que aconteceu e durou cerca de 30 minutos.

Interessante notar que nesta versão, Slater relata que “eles brincaram com a câmera até que, é claro, algumas fotografias foram inevitavelmente tiradas” (2014). E é aqui que a história começa a se relacionar com o estudo dos direitos autorais. “Foram inevitavelmente tiradas” por quem?

Apenas Slater (e talvez seu guia na excursão) pode responder esta pergunta. E ele já o fez, só que cada vez a resposta nos diz uma coisa. Se nesta versão em seu site oficial a descrição de como as fotografias foram feitas se limita ao processo de preparação da câmera e se abre para um evasivo “foram inevitavelmente tiradas”, em outras versões, Slater havia sido mais incisivo.

Na primeira versão (de 2011), aquela que tornou a história famosa e particularmente interessante, Slater dizia que “o macaco deve ter tirado centenas de fotos até eu ter minha câmera de volta.” Ora, um macaco fotógrafo, ainda mais, um macaco fotógrafo fazendo um *selfie* com uma expressão facial tão humana é uma história ótima para divulgação. Quando Slater não faz parte do processo, tudo é muito mais fantástico, a cena reproduzida é mais verdadeira porque está livre de influências racionais. Não há intenção por trás daquelas fotos que não seja ouvir o barulho do obturador da câmera.

Por certo que uma história dessas, em tempos de comunicação instantânea, não tardou a se espalhar pela internet. A entrevista para o Daily Mail (2011) onde Slater contava sua quase inacreditável história foi ilustrada por algumas das fotografias que ele até então afirmava terem sido feitas pelos macacos e, logo após a publicação, alguém teve a ideia de enviar as fotos mais famosas da série para a Wikimedia Commons, banco de mídias digitais com conteúdo livre da Wikimedia Foundation, de onde as fotografias poderiam ser livremente copiadas por qualquer um. Instaura-se, então, uma disputa pela autoria (ou não-autoria) daquelas fotografias tendo em um polo David Slater e no outro a Wikimedia Foundation.

Por parte da Wikimedia Foundation, a argumentação é extremamente simples, se não foi Slater quem disparou a câmera, ele não possui os direitos sobre a imagem. Trata-se de um argumento que convence pela simplicidade e objetividade, características que passam longe das definições artísticas contemporâneas.

## **As Crianças De Aubervilliers**

Neste item, será abordado o trabalho de fotorreportagem realizado por Marc Pataut nos anos 80 em um hospital psiquiátrico.

A crítica foucaultiana à psiquiatria já havia extrapolado os muros da academia e o movimento antimanicomial se tornava cada vez mais forte, ao mesmo tempo em que a arte demonstrava o seu interesse pelo tema em uma profusão de produções cinematográficas, literárias, fotográficas que abordavam a vida no hospício.

Em meio a tantas obras, Pataut decide dar um passo além e aprofundar o seu contato com a realidade, vivendo e trabalhando em um hospital psiquiátrico. Foi assim que entrou em contato com o hospital-dia destinado a crianças de Aubervilliers, no subúrbio de Paris. A equipe do serviço, que se ocupava de crianças classificadas como psicóticas, recrutava pessoas alheias ao mundo psiquiátrico para participarem do tratamento a partir de sua própria formação e experiência. Como fotógrafo profissional, Pataut é convidado a “fazer fotografia” com as crianças, e propõe um trabalho em três etapas (como explica Soulages, 2010:164): primeiro, reelabora as condições da encomenda e entra em contato com as crianças; depois, fotografa as crianças durante um mês; por fim, entrega as câmeras às crianças para que fotografem como desejarem (o objetivo principal da atividade).

O procedimento é simples: a cada vez, Pataut insere o filme na máquina e bate a primeira foto, um retrato de cada criança a receber uma câmera.

Com isso, não só estabelece para a criança uma primeira forma de relação entre autor e objeto fotográfico, mas também “assina” as fotografias de cada criança com um retrato de seu autor no início de cada filme – como recorda Soulages (2010:166), é esse o modo usual de assinatura dos trabalhos de repórteres fotográficos: um autorretrato no início do filme. François Soulages descreve as reações das crianças ao receberem as câmeras:

A primeira sessão dá lugar a comportamentos muito variados: A abre várias vezes a máquina e diz: “Não tem pilha” e então a joga no chão, decepcionado; B não tira foto, devolve a máquina e pede para ser fotografado; C usa a máquina ao contrário, depois a abandona; D coloca, corretamente, a máquina diante do olho, mas não tira foto e, depois de um certo tempo, pergunta quantas fotos lhe restam; Pataut lhe diz quantas; ele tira uma foto e pergunta novamente quantas lhe restam... e assim sucessivamente até o fim do filme; E faz todas as fotos em trinta segundos, confundindo o mecanismo de disparo com o de fazer o filme avançar; F compreendeu bem o princípio da tomada de imagem e fotografa corretamente, mesmo quando a máquina está sem filme; G não tira fotos, e H as tira em seu lugar (Soulages, 2010:166).

De início, o objetivo das crianças não é obter uma fotografia, mas fazer a máquina funcionar; a atividade fotográfica se esgota em si mesma, na apropriação do instrumento e em sua utilização. Assim, fotografam o céu, a terra, as paredes, como se aprende o manejo de uma máquina e se estabelece uma relação de controle com ela e os objetos submetidos ao seu poder.

Ao final se constitui um arquivo com 85 conjuntos (um para cada criança) de 12 fotos, e um quadro dessas fotos é pendurado em exposição no hospital – como é usual em arteterapia.

Quem é o autor dessas fotografias?

## **Direito E Autoria**

Análise da *selfie* do macaco por quatro perspectivas: teoria do direito (do autor); direito internacional; direito americano; direito brasileiro.

## **Fotograficidade**

As reflexões acadêmicas sobre a fotografia tendem a não se preocupar exatamente com o ato fotográfico, em si, mas com o sentido social da prática fotográfica.

Em sua “pequena história da fotografia” Walter Benjamin (1994a) reflete sobre o impacto da tecnologia na produção artística, analisando as relações entre fotografia e artes plásticas nos anos de desenvolvimento da técnica fotográfica; os ensaios de Susan Sontag (2006) pensam a fotografia como fenômeno cultural, preocupando-se em compreender os efeitos sociais dessa forma particular de visão do real; a coletânea de estudos reunida por Pierre Bourdieu (2003) examina as condições de recepção social da fotografia, levando em consideração os seus usos e funções comunitárias.

A análise de Roland Barthes (1984) está mais diretamente ligada ao próprio ato de produção fotográfica: o autor não se interessa pela fotografia como ação social, mas pela identificação do elemento que a define como manifestação artística.

Para isso, busca a essência da fotografia em seu referente; é no objeto fotografado que encontra os elementos estéticos fundamentais de uma foto determinada: de um lado, o *studium*, essa espécie de “interesse sensato” que faz o espectador sentir-se em harmonia com as intenções do fotógrafo (Barthes, 1984:48); de outro lado o *punctum*, um detalhe pungente capaz de atribuir à foto um suplemento de significado, “partindo da cena como uma flecha” e transpassando o espectador em seu âmago (Barthes, 1984:69).

Não sendo fotógrafo, mas semiólogo, Barthes adota em sua análise a perspectiva do *Spectator*, o sujeito que olha.

Com isso, descarta o aspecto maquínico da prática fotográfica e constrói uma teoria amadora da fotografia: não porque na fotografia amadora só importe o olhar do fotógrafo; mas porque para a percepção amadora da fotografia só o olhar existe, e a mecânica do ato fotográfico permanece oculta pelo véu de um processo semiautomático – de calibração mecânica do equipamento, codificação eletrônica no sensor digital (ou física na película fotossensível), revelação química da imagem, etc.

Assim, dilui a riqueza da experiência fotográfica no significado atribuído ao seu conteúdo, ignorando a sua própria intuição inicial de perceber que o órgão do fotógrafo não é o olho, mas o dedo:

Estranhamente, a única coisa que suporto, de que gosto, que me é familiar, quando me fotografam, é o ruído da máquina. Para mim, o órgão do Fotógrafo não é o olho (ele me terroriza), é o dedo: o que está ligado ao disparador da objetiva, ao deslizar metálico das placas (quando a máquina ainda as tem).

Gosto desses ruídos mecânicos de uma maneira quase voluptuosa, como se, da Fotografia, eles fossem exatamente isso – e apenas isso – a que meu desejo se atém, quebrando com seu breve estalo a camada mortífera da Pose (Barthes, 1984:29).

Desse modo, a instigante abordagem barthesiana também não consegue evitar cair novamente na perspectiva da intencionalidade, compartilhando com as abordagens sociológicas a mesma postura de enfatizar elementos exteriores ao próprio ato fotográfico – dessa vez, não mais os seus efeitos sociais, mas o conteúdo da imagem produzida, o que o impede de compreender a especificidade estética da fotografia em relação a qualquer outro tipo de produção imagética.

A adequada percepção da singularidade da fotografia exige outro tipo de abordagem: uma abordagem que desloque o olhar dos elementos externos e internos ao fazer fotográfico para as particularidades do próprio ato fotográfico; que tome a fotografia como acontecimento discursivo (Foucault, 2005:98), esvaziando-a de todo significado transcendental *a priori* e restituindo-a à sua materialidade própria.

Nessa abordagem a atenção pode se deslocar do *conteúdo* ou dos *efeitos* da prática fotográfica para a *ordem do discurso fotográfico*, para o conjunto de procedimentos que organizam a limitação e a constituição de significados na prática fotográfica, o que permite compreender as condições de produção estética do discurso fotográfico. Trata-se, como defende François

Soulages, de “passar de uma concepção humanista a uma concepção materialista da fotografia” (2010:132).

É partindo dessa perspectiva que Soulages desenvolve o conceito de *fotograficidade*, por meio do qual se refere à singularidade da fotografia e à própria essência da estética fotográfica; trata-se de analisar aquilo que é especificamente fotográfico em toda fotografia possível, independentemente do seu conteúdo, estilo ou sentido social.

Para o autor essa especificidade será encontrada na articulação entre o irreversível e o inacabável, entre a irreversível obtenção negativa<sup>115</sup> de um momento jamais repetível e o interminável trabalho de sua reelaboração *para a e na* apreciação estética. Esclarece:

A fotograficidade caracteriza-se pela articulação surpreendente e única do irreversível e do inacabável, mais precisamente da irreversível obtenção generalizada do negativo e do inacabável trabalho com esse negativo.

A fotografia é, portanto, a articulação da perda e daquilo que permanece: *perda* do objeto a ser fotografado, do momento que compreende o ato fotográfico e do processo de obtenção generalizada irreversível do negativo, em resumo, do tempo e do ser passados; *permanência* constituída por esse número infinito de fotos que podem ser feitas a partir de um negativo, em resumo, por essas imagens rebeldes e enigmáticas.

Uma *tríplice estética da fotografia* pode então ser iniciada: a do irreversível ou da perda, a do inacabável ou da permanência e a da articulação do irreversível e do inacabável ou da perda e da permanência – pois a estética do inacabável trabalho com o negativo se articula com a da inacabável recepção de uma obra de arte em geral e de uma obra fotográfica em particular (Soulages, 2010:243).

---

<sup>115</sup> A fotografia digital não desmente essa conclusão. Como explica Soulages (2010:134), na fotografia digital passamos da lógica da marca (sobre o filme fotossensível) para a lógica da simulação (de uma imagem matriz com base em um cálculo matemático), mas permanece a relação temporal com um real temporal – e, portanto, irreversível.

## **Fotografia E Autoria: Quem É O Autor Dessa Fotografia?**

Se a essência da estética fotográfica se encontra nas articulações possíveis entre o irreversível e o inacabável, a pergunta sobre a autoria de qualquer fotografia deve se referir, necessariamente, ao responsável pelo trabalho concreto de produção material do registro irreversível e da ressignificação inacabável.

Ocorre que esse trabalho depende do encadeamento de uma série de ações concretas independentes, o que faz com que a resposta à pergunta formulada dependa necessariamente da resposta a ser dada a outras perguntas, que lhe antecedem:

Quem regula a máquina?

Quem aperta o disparador?

Quem produz o negativo?

Quem revela a fotografia?

Quem contextualiza a foto?

*Ecce auctor.*

## **A Morte Do Autor**

Tópico abordando a ideia barthesiana de morte do autor como ponto de partida para um novo conceito de autoria.

## **RESULTADOS:**

A hipótese resta demonstrada. A noção de autoria utilizada pelo Direito nos dias de hoje é incapaz de resolver questões como a da “selfie do macaco” e outras que se distanciam de conceitos artísticos tradicionais.

Conclusão: o direito é incapaz de dar uma resposta satisfatória à situação porque lida com um conceito de autoria que não mais corresponde à realidade.

**PARTE II**  
**EIXO TEMÁTICO:**

Fronteiras entre o direito público e  
O direito privado na sociedade informacional

## PELO DIREITO DE SER DIFERENTE: POLÍTICAS CULTURAIS PARA A CAPOEIRA A PARTIR DO DIÁLOGO DE SABERES COM MESTRES DE CAPOEIRA.

*Alice Pires de Lacerda*<sup>116</sup>

*Grupo de Estudos da Universidade Federal da Bahia*

**RESUMO:** o presente projeto de pesquisa tem como objetivo pensar políticas culturais para a capoeira a partir da proposta de um diálogo de saberes com Mestres de Capoeira. Dessa forma, o projeto expõe as circunstâncias que aproximaram os sujeitos e objetos de pesquisa, bem como apresenta a compreensão que os mesmos detêm da capoeira em seu contexto cultural, epistêmico e social. Justificamos a abordagem e o tratamento dispensado a capoeira no âmbito das políticas públicas de cultura brasileiras. Circunscrevemos a pesquisa no âmbito dos estudos descoloniais, delimitando assim o marco teórico que fundamenta a investigação. Avançamos na definição da metodologia priorizada, a etnografia, e os critérios para eleição dos mestres com quais serão mantidos os diálogos propostos.

**PALAVRAS-CHAVE:** DIREITOS CULTURAIS – POLÍTICAS CULTURAIS – FOLCLORE – SABERES TRADICIONAIS

### INTRODUÇÃO

Com raízes na cultura oral, a capoeira ainda existe hoje, tendo atravessado séculos de perseguição e dominação colonial, graças ao cultivo de seus praticantes que ensinaram e formaram gerações em seus princípios e fundamentos.

Dentre os praticantes da capoeira, como em outras culturas tradicionais, o Mestre de Capoeira é a pessoa central e principal, legitimado por uma hierarquia interna do campo da capoeira, que

---

<sup>116</sup> Doutoranda do Programa Multidisciplinar de Pós-graduação em Cultura e Sociedade da Universidade Federal da Bahia.

carrega consigo os ensinamentos de mestres mais antigos, os mistérios e as malícias, além dos princípios e fundamentos do seu grupo ou linhagem de capoeira.

Os mestres de capoeira desenvolvem seus próprios métodos de ensino com base em fundamentos e princípios que compartilham, sejam eles da Capoeira Regional ou Angola, da capoeira de rua ou mesmo do que vem sendo nomeada de Capoeira Contemporânea.

Muitos mestres lançam mão das novas tecnologias para difundir seus ensinamentos e atrair alunos e admiradores.

Por isso, já são numerosos os grupos e mestres de capoeira que gravam e distribuem seus CD's com cânticos e ladainhas de autoria própria e gravação de letras de domínio público. São muitos também os websites de mestres e grupos de capoeira no Brasil e nos mais de 150 países por onde a capoeira se estabeleceu, oferecendo informações, documentos e serviços de aulas e vivências em capoeira.

Atualmente, os métodos de ensino-aprendizagem da capoeira são múltiplos e apresentam variações que vão desde a modalidade presencial até ao ensino à distância. Encontram-se para venda pela internet manuais, livros e DVD's com cursos de capoeira à distância, os chamados cursos sem mestre.

Em contrapartida, observamos um movimento que se configura em mão dupla: a primeira onde pessoas de todas as partes do mundo vêm ao Brasil com o objetivo maior de aprender capoeira dirigindo-se, principalmente, para as cidades do Rio de Janeiro e Salvador, para treinarem com mestres mundialmente reconhecidos; e a segunda formada por mestres de capoeira que se estabelecem em outros países, ou mesmo grupos de capoeira brasileiros que abrem filiais e desenvolvem seus trabalhos em diferentes países dos cinco continentes.

A mobilização de pessoas pelo mundo, seja vindo ao Brasil para aprender capoeira com os mestres, ou de mestres indo morar em outros países para poderem viver do seu trabalho de ensino da capoeira, é um indicativo de que os saberes que essas pessoas possuem é o grande valor a ser protegido, fomentado e transmitido.

Não por acaso, o Ofício dos Mestres de Capoeira é registrado como patrimônio imaterial brasileiro e é partindo desse entendimento que compreendemos a presente pesquisa como uma contribuição

para pensarmos formas de proteger e potencializar esse valor: o mestre de capoeira.

## **OBJETIVOS**

O objetivo geral da pesquisa é pensar políticas culturais para a diversidade cultural brasileira, especificamente para a Capoeira, a partir de uma perspectiva intercultural, convidando para um diálogo de saberes os Mestres de Capoeira, pautado na descolonização do poder, do saber e do ser.

O tema dessa pesquisa é a capoeira enquanto “sujeito” e objeto de políticas culturais no Brasil, para além de uma investigação histórica, a proposta é analisar como a capoeira é pensada e percebida pela sociedade e pelo Estado brasileiro. O que queremos discutir são as políticas implementadas para a capoeira no país, com uma maior ênfase nos pensamentos dos Mestres de Capoeira sobre o assunto.

O fenômeno que queremos entender são os saberes, sentidos e práticas contidos na capoeira enquanto uma manifestação cultural complexa, com uma lógica própria de ser e se estabelecer no mundo, e o papel do mestre de capoeira na transmissão e preservação desses saberes. Entendemos que somente buscando uma compreensão mais densa e múltipla da capoeira poderemos basear as formulações de políticas públicas na preservação e promoção desse patrimônio imaterial brasileiro.

O problema central dessa pesquisa é como pensar políticas culturais para a capoeira no Brasil a partir de uma perspectiva intercultural, convidando mestres de capoeira para um diálogo de saberes? É possível pensar políticas de valorização e fortalecimento da capoeira a partir de outras lógicas que não apenas àquelas referentes ao conhecimento acadêmico dos especialistas e pesquisadores ou do saber técnico-burocrático dos gestores públicos?

Para isso partimos de algumas hipóteses, dentre as quais destacamos a necessidade de reconhecimento e valorização de saberes outros, como aqueles presentes na capoeira, para que possamos estabelecer uma ecologia de saberes, onde variadas formas de pensar e sentir o mundo são possibilitadas.

Dessa forma, pensar políticas voltadas para a diversidade cultural parte do pressuposto de que os valores, saberes e práticas das muitas culturas que conformam essa diversidade precisam ser ouvidos e alçados a qualidade de conhecimento, superando o atual estágio de hegemonia de determinados tipos de saberes.

Entendemos que as possíveis contribuições desse estudo seja propor formas de pensar as políticas de patrimônio imaterial sob outra lógica que não somente a estatal, nem mesmo a estabelecidas pelos padrões racionais ocidentais, exercitando em sua exaustão os preceitos das políticas participativas e de interação entre estado e sociedade, além do diálogo de saberes na formulação e desenvolvimento das políticas públicas de cultura.

## **MÉTODO**

A proposta dessa pesquisa é compreender a capoeira a partir dos seus mestres, ouvindo o que esses senhores e senhoras pensam do seu ofício e do seu lugar na sociedade e na cultura, os processos de transmissão do saber, para, a partir do “discurso do nativo”, ou seja, do mestre de capoeira, estabelecer um diálogo de saberes que subsidia a reflexão sobre políticas pública para a capoeira no Brasil. Por isso, foi escolhida a etnografia enquanto metodologia que conduzirá o processo de observação, escuta e registro da compreensão dos mestres sobre si mesmos e sobre a capoeira.

Portanto, lançaremos mão do método etnográfico que, embora não seja exclusivo da disciplina antropológica, tem nela sua origem e grande parte de sua difusão científica.

A proposta é realizar o que Uriarte chama de mergulho profundo no ofício dos mestres de capoeira, pois “o método etnográfico consiste num mergulho profundo e prolongado na vida cotidiana desses Outros que queremos apreender e compreender” (2012, p.4)

Mas esse mergulho será realizado com a lucidez de que não podemos ter a pretensão de passar despercebidos por entre eles, tendo claro o lugar de fala do observador é diferente do lugar de fala dos mestres.

Através desse mergulho, possibilitado por um intenso trabalho de campo, será possível ter acesso ao que Malinowski chamou de

“o ponto de vista do nativo”, ou seja, como os mestres de capoeira vem o próprio trabalho e a si mesmos:

o que costumamos denominar ‘ponto de vista do nativo’, não deve jamais ser pensado como atributo de um nativo genérico qualquer, negro, de classe popular, ilheense, baiano, brasileiro ou uma mistura judiciosa de tudo isso. Trata-se sempre de pessoas muito concretas, cada uma dotada de suas particularidades, e sobretudo, agência e criatividade. (GOLDMAN, 2003, p. 456).

Porém, Uriarte chama a atenção para o fato desse mergulho proposto não ser realizado aleatoriamente, mas que ele é organizado por etapas:

a primeira delas é um mergulho na teoria, informações e interpretações já feitas sobre a temática e a população específica que queremos estudar. A segunda fase consiste num longo tempo vivendo entre os ‘nativos’ (rurais, urbanos, modernos ou tradicionais); esta fase se conhece como ‘trabalho de campo’. A terceira fase consiste na escrita, que se faz de volta para a casa. (URIARTE, 2012, p.5)

Segundo Uriarte além das armadilhas que separam a experiência de campo da escrita, outra dificuldade intrínseca ao ato de escrever está no “fato de não sermos apenas registradores de falas, tradutores da palavra nativa, transcritores do Outro.”

Para a autora, os etnógrafos são antes de tudo autores, pois a etnografia é um “exercício criativo autoral. A criação faz dos textos antropológicos, ficções.”

Então, como a etnografia pode nos ajudar a compreender uma determinada realidade se a sua prática resulta em textos fictícios?

Para responder essa pergunta de forma favorável ao exercício etnográfico, Uriarte (2012) defende que o papel do etnógrafo compreende montar o quebra-cabeça, propondo uma ordem das coisas ouvidas e observadas em campo, sendo que ele deve ser “suficientemente honesto para apresentar tanto as peças soltas quanto as peças montadas”, ou seja, deve apresentar a realidade e a interpretação desta.

Para Uriarte a experiência de diálogo é o que marca a narrativa etnográfica. Por isso é preciso colocar-se no texto, o autor precisa aparecer claramente na escrita distinto dos demais analisados,

marcando o seu lugar de fala e as suas impressões enquanto próprias. Já os etnografados, ou nativos, precisam ter um espaço também com suas falas e discursos demarcados e claramente apartado da fala do etnógrafo.

Como a proposta é pensar política culturais para a capoeira a partir de um diálogo de saberes entre o saber acadêmico e o saber dos mestres de capoeira, a pesquisa etnográfica concentrará seus esforços na escuta desses mestres.

O recorte proposto busca limitar a pesquisa de campo em um tempo determinado estabelecido de 10 meses, adequado a capacidade da autora de realizar a proposta.

No universo dos Mestres de Capoeira brasileiros, nos restringiremos aos mestres baianos residentes na cidade de Salvador, exceto para alguns Mestres devido a sua importância para o campo.

Acreditamos que nesse perímetro já temos um vasto número de mestres das duas principais vertentes da capoeira, angola e regional, bem como de vertentes novas, como a contemporânea e outra menos estudada, a de rua.

Para auxiliar na seleção dos entrevistados alguns critérios serão preponderantes. O primeiro deles refere-se ao maior tempo de dedicação ao ofício, ou seja, os mestres com mais anos de vida na capoeira, independente da vertente de capoeira a qual é filiado.

Esse critério coincide com o segundo, o fato do Mestre ter filiação direta com os Mestres considerados estruturantes das duas vertentes: Mestre Aberrê e Mestre Pastinha (Capoeira Angola) e Mestre Bimba (Capoeira Regional).

A identificação dos Mestres das Linhagens de Mestre Pastinha será realizada através da utilização das Árvores Genealógicas da Capoeira Angola elaboradas por MAGALHÃES FILHO (2012).

Conforme MAGALHÃES (2012) são discípulo diretos de Mestre Pastinha, e que encontram-se ainda vivos: Mestre João Grande (Nova York), Mestre Gildo Alfinete (Salvador), Mestre Francisco 45 ou Bigo (São Paulo), Mestre Curió (Salvador), Mestre Bola Sete (Salvador) e Mestre Boca Rica (Salvador). Serão priorizadas as entrevistas com os Mestres que residem e trabalham em Salvador, já que para os demais casos será necessário captar recursos para

as viagens, e por isso não temos a garantia da realização das entrevistas. Como Mestre João Pequeno faleceu em 2011, será entrevistado algum Mestre formado por ele, indicado por seus pares.

Da linhagem de Mestre Aberrê, ainda segundo MAGALHÃES FILHO (2012), já que seus discípulos diretos, Mestres Caiçara e Canjiquinha, não encontram-se mais vivos, serão entrevistados os Mestre Geni e Mestre Lua Rasta, que foram alunos diretos de Mestre Canjiquinha e que residem em Salvador. Outro mestre aluno direto de Mestre Aberrê, muito conhecido e respeitado por seus pares, foi o Mestre Paulo dos Anjos, o qual tem uma importante contribuição na formação de outros mestres de Capoeira Angola. Como o mesmo já faleceu, será entrevistado um mestre formado por ele, Mestre Renê.

Já da linhagem de Mestre Bimba serão entrevistados discípulos diretos de Bimba e que atuam como líderes de importantes grupos de capoeira regional no país e no mundo: Mestre Nenel (Filhos de Bimba em Salvador) Mestre Camisa (Abadá Capoeira no Rio de Janeiro) Mestre Acordeon (EUA) Mestre Suassuna (Cordão de Ouro em São Paulo) e Mestre Bamba que, embora não tenha sido aluno direto de Bimba, foi formado por Mestre Vermelho 27 (aluno de Bimba), e é hoje o responsável pela Associação de Capoeira Mestre Bimba.

Um terceiro critério será identificar mulheres que sejam mestres de capoeira angola e regional para que elas também sejam ouvidas. As mestres mulheres são em menor número na capoeira, e menos ainda aquelas com muitos anos de atuação, haja visto que na primeira geração de mestres formados por Mestre Bimba, Pastinha e Aberrê não encontramos mulheres. Dessa forma, serão entrevistadas Mestre Janja, Mestre Paulinha e Mestre Jararaca, todas com mais de 20 anos de dedicação a capoeira Angola e residentes e atuantes em Salvador.

Um quarto critério para a escolha dos entrevistados será a diversidade de pontos de vistas e de locais de fala, ou seja, o que queremos é ouvir mestres e suas mais diversas perspectivas sobre o seu ofício e a capoeira, por isso buscaremos identificar aqueles que são reconhecidamente por seus pares como mais progressistas, que introduzem inovações na sua prática, e também mestres considerados mais conservadores, que prezam por manter a sua

prática o mais próximo do que aprenderam. No sentido da diversidade de pontos de vista serão entrevistados mestres das chamadas capoeira de rua e capoeira contemporânea, que embora possuam filiação com as vertentes principais, defendem as suas práticas como diferenciadas.

A nossa expectativa é ouvir entre 20 e 25 mestres de capoeira entre homens e mulheres, residentes ou não em Salvador, das diferentes vertentes, para que possamos contrastar e conciliar opiniões, colher e articular informações e, assim, construir uma reflexão conjunta que tem como principal foco valorizar as perspectivas desses mestres no pensamento em torno das políticas públicas para a capoeira no Brasil.

## **RESULTADOS E CONCLUSÃO**

A pesquisa encontra-se na fase de pesquisa de campo e , portanto, não podemos apresentar resultados definitivos ou mesmo conclusões. Por isso, elencamos alguns dos resultados pretendidos:

- a) Produção de conhecimento e reflexão sobre políticas culturais, capoeira e mestres de capoeira;
- b) Sistematização do pensamento dos mestres de capoeira quanto ao que pensam sobre capoeira, sobre seu próprio ofício e sobre o papel que desempenham na cultura brasileira;
- c) Subsídios endógenos do campo para pensarmos políticas culturais para a capoeira no Brasil;
- d) Diálogo de saberes entre o saber acadêmico, o senso comum e o saber dos mestres de capoeira, através de fontes científicas, da consulta aos estudiosos e pesquisadores da capoeira, inclusive fora da universidade, e da etnografia junto aos mestres de capoeira.

## O DIREITO DE AUTOR NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: UMA ANÁLISE ACERCA DE SUA FUNÇÃO SOCIALDIANTE DO *COPYRIGHT* E *COPYLEFT* E OUTRAS LICENÇAS.

Alice Wisniewski<sup>117</sup>

Grupo de Pesquisas Intersecções jurídicas entre o público e o privado - UNISC

Iuri Bolesina<sup>118</sup>

Grupo de Pesquisas Intersecções jurídicas entre o público e o privado - UNISC

**Resumo:** O presente trabalho se dedica ao estudo de questões contemporâneas relacionadas ao Direito de Autor. Para que se atinjam os objetivos, demonstrou-se necessário, primeiramente, o entendimento do que seria a função social do Direito de Autor. Diante das consequências trazidas ao direito pela Sociedade da Informação, a função social do Direito de Autor depara-se com certo conflito, visto que, atualmente, obras de cunho intelectual são facilmente compartilhadas, notadamente na rede, e, assim, a proteção aos autores muitas vezes é deficitária ou, de outro lado, restringidas ao ponto de impedir a difusão do conhecimento. Neste sentido, é tênue a linha que separa o excesso de proteção às obras, protegendo também os direitos patrimoniais e morais do autor, do imprescindível direito fundamental de acesso à informação. Concluída tal análise, passar-se-á ao estudo de medidas que se relacionam à tutela da propriedade intelectual dos autores, como, por exemplo, o *fair use*, as *creativecommons*, o *copyright* e o *copyleft*, que serão devidamente relacionados, conceituados e analisados no corpo do trabalho.

---

<sup>117</sup> Bolsista de iniciação científica PUIC - UNISC. Graduanda do 2º nível em direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisa "Intersecções jurídicas entre o público e o privado", coordenado pelo Prof. Pós-Dr. Jorge Renato dos Reis, vinculado ao CNPq.

<sup>118</sup> Doutorando e Mestre pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em direito Civil pela Faculdade Meridional – IMED. Integrante do Grupo de Pesquisa "Intersecções jurídicas entre o público e o privado", coordenado pelo Prof. Pós-Dr. Jorge Renato dos Reis, vinculado ao CNPq. Professor do curso de Direito na Faculdade Meridional – IMED.

**Palavras Chave:** DIREITO DE AUTOR. CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO. FUNÇÃO SOCIAL. COPYRIGHT. COPYLEFT.

## INTRODUÇÃO

A Sociedade da Informação representa, um dos principais aspectos do mundo (pós-)moderno.

As tecnologias da informação e da comunicação (TICs), como, por exemplo, a Internet, já fazem parte do cotidiano da maioria das pessoas, e, portanto, conseqüentemente, os resultados advindos dessa grande massificação tecnológica, nem sempre são benéficos a todos.

Exemplo disso é o fato de que, no ciberespaço, qualquer informação e conteúdo é facilmente compartilhado, inclusive aqueles que estão (ou deveriam estar) submetidos à tutela autoral.<sup>119</sup>

O controle, em tal âmbito, é tarefa árdua de ser efetivada, fazendo com que a Internet seja (re)conhecida como um lugar “aberto”.

Assim, o Direito de Autor encontra a necessidade de aumentar a proteção de suas obras porém, aumentando tal proteção, choca-se com possíveis reflexos à sua função social.

Pensava-se que, quanto maior a tutela das obras aos autores, maior seria o incentivo à criação de novas obras. Entretanto, não se pode atualmente ignorar as mudanças sociais, fazendo com que o Direito de Autor não as acompanhe.

A grande necessidade que possui a sociedade ao acesso à informação, ao acesso à educação e à cultura, traz ao Direito de Autora necessidade de adaptação a tais quesitos<sup>120</sup>, para que de fato, seja cumprida a sua função social.

Busca-se analisar, então, as licenças referentes à tutela autoral. Primeiramente, estuda-se o modelo do copyright, que é o

---

<sup>119</sup> WACHOWICZ, Marcos. Propriedade Intelectual do Software & Revolução da Tecnologia da Informação. Curitiba: Juruá, 2004, p. 216.

<sup>120</sup>BOFF, Salete Oro; PIRES, Eduardo. A função Social do Direito de Autor. In: REIS, J. R.; BOFF, S. O.; DIAS, F. V.; PELLEGRINI, G. K. F.; TOLOTTI, S. M. (organizadores). Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo. Curitiba: Multideia, 2011, p. 99.

modelo adotado pela América do Norte para tutelar os direitos sobre obras de autoria original, onde é concedido ao proprietário do copyright o total direito de reprodução, criação, modificação, distribuição e compartilhamento de sua obra<sup>121</sup>.

Tal método, entretanto, fundamenta-se no fator econômico do autor, sem fazer previsões à tutela do direito moral.

Como meio de exceção ao copyright, surge o *fair use*, constituindo uma espécie de “uso justo” da obra privada, também de origem norte-americana.

O copyright, apesar de sua exclusividade perante a tutela autoral, apresenta a possibilidade do *fair use*, que inclusive é regulamentado na legislação norte-americana, fazendo com que o interesse público de acesso a tais obras possa coexistir com a proteção do copyright<sup>122</sup>.

Ainda que não seja possível a inserção do *fair use* no legislação autoral brasileira, tal método pode representar uma direção a ser seguida, justamente, a partir do fundamento que baseia o uso justo, surgindo alternativas como, por exemplo, as *creativecommons*<sup>123</sup>.

As *creativecommons*, por sua vez, têm por objetivo disponibilização, a nível mundial, de obras intelectuais de acordo com licenças públicas que expressam a vontade do autor.

Entende-se que a tutela oferecida aos autores é, muitas vezes, demasiada, e os próprios autores podem vir a desejar a diminuição desta. Portanto, utilizam-se das *creativecommons* para que seja possível renunciar a certos direitos e manter outros.

Por exemplo, pode-se escolher autorizar sua música a ser baixada em computador para o uso pessoal, ou não<sup>124</sup>.

---

<sup>121</sup> U.S. GOVERNMENT. Copyright Law of the United States and related laws contained in Title 17 of the United States Code. Disponível em: < <http://www.copyright.gov/title17/>>. Acesso em: 21 agosto 2014.

<sup>122</sup> CARBONI, Guilherme. Função social do direito de autor. Curitiba: Juruá, 2006, p. 134.

<sup>123</sup> TOLOTTI, Stella Monson. O princípio do “Uso Justo” como alternativa às restrições legais. In: In: REIS, J. R.; BOFF, S. O.; DIAS, F. V.; PELLEGRINI, G. K. F.; TOLOTTI, S. M. (organizadores). Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo. Curitiba: Multideia, 2011, p. 171.

<sup>124</sup> TRIDENTE, Alessandra. Direito Autoral: Paradoxos e Contribuições para a Revisão da Tecnologia Jurídica no Século XXI. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 121.

Importante salientar que as medidas públicas, como são as *creativecommons*, baseiam-se no sistema do *copyleft* que, inicialmente, é apresentado através do movimento do software livre.

O *copyleft* determina o exato oposto do *copyright*. Apesar de não excluir a proteção autoral, o *copyleft* permite que os detentores dos direitos autorais e de propriedade intelectual disponibilizem suas obras e as licenciem de formas que vão além das previstas em lei – e desde que não ilegais, por evidente<sup>125</sup>.

## OBJETIVOS

Objetivos do presente estudo são:

- a) Analisar o contexto em que se insere o Direito de Autor perante a Sociedade da Informação;
- b) Conceituar a função social do Direito de Autor, correlacionando-a com os obstáculos enfrentados à sua concretização;
- c) Buscar possíveis soluções para os conflitos do Direito de Autor na contemporaneidade, apresentando a questão do interesse público x interesse privado do autor;
- d) Analisar e conceituar as licenças que regem a tutela dos direitos autorais, enfatizando a situação brasileira;
- e) Relacionar as licenças como alternativas solucionadoras para a tensão entre os direitos autorais e as liberdades/interesses de acesso às obras que circundam a função social do Direito de Autor na atualidade.

## MÉTODO

O método utilizado para a realização da pesquisa foi o hipotético-dedutivo. Como técnica de pesquisa, adotou-se a documentação indireta, através de pesquisa documental bibliográfica, sendo buscada em livros, revistas especializadas, artigos científicos, entre outros.

## RESULTADOS

---

<sup>125</sup> TOLOTTI, Stella Monson. O princípio do “Uso Justo” como alternativa às restrições legais. Op. cit., p. 171.

Não é possível a definição de resultados completos, visto que a pesquisa encontra-se em estágio inicial de desenvolvimento. Entretanto, alguns resultados parciais já foram obtidos.

Nota-se que o Direito de Autor no contexto do constitucionalismo contemporâneo, depara-se com a necessidade de certas adaptações como, por exemplo, o conflito existente entre o interesse público de acesso à obra e o interesse particular do autor sob a tutela de suas obras, que representa claramente uma questão a ser enfrentada para que o Direito de Autor cumpra sua função social.

As licenças, como o *copyright*, inicialmente com caráter de exclusividade, que não considerava os direitos morais do autor, somente os patrimoniais, necessitam abrir espaço a medidas que veem em oposição à exclusividade do *copyright*, como o *copyleft*, *fair use* e *creative commons*, em prol da formação de um cenário no qual se busca a coexistência do interesse público com o interesse privado.

## CONCLUSÃO

As conclusões alcançadas neste estágio embrionário da pesquisa são que o Direito de Autor enfrenta desafios de ordem globalizada fomentados pela (sociedade) em rede.

Dentre eles aqueles advindos das relações que circulam a função social das obras disponibilizadas na internet, especialmente as tesões entre direitos (fundamentais) autorais e direitos (fundamentais) ao acesso às obras e ao conhecimento.

Neste sentido, aparecem as licenças de uso que permitem dinâmicas diferentes e adaptáveis aos interesses em jogo.

Todavia, na perspectiva do constitucionalismo contemporâneo essas licenças precisam ser pensadas em um contexto e em uma matriz que, ao mesmo tempo, não beneficie/prejudique exclusivamente uma das partes (autor ou usuários) e proteja/promova seus interesses.

## REFERÊNCIAS

BOFF, Salete Oro; PIRES, Eduardo. *A função Social do Direito de Autor*. In: REIS, J. R.; BOFF, S. O.; DIAS, F. V.; PELLEGRINI, G. K. F.; TOLOTTI, S. M. (orgs.).

*Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Multideia, 2011.

CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2006.

TOLOTTI, Stella Monson. *O princípio do “Uso Justo” como alternativa às restrições legais*. In: REIS, J. R.; BOFF, S. O.; DIAS, F. V.; PELLEGRINI, G. K. F.; TOLOTTI, S. M. (orgs.). *Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Multideia, 2011.

TRIDENTE, Alessandra. *Direito Autoral: Paradoxos e Contribuições para a Revisão da Tecnologia Jurídica no Século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

U.S. GOVERNMENT. *Copyright Law of the United States and related laws contained in Title 17 of the United States Code*. Disponível em: < <http://www.copyright.gov/title17/>>. Acesso em: 21 ago. 2014.

WACHOWICZ, Marcos. *Propriedade Intelectual do Software & Revolução da Tecnologia da Informação*. Curitiba: Juruá, 2004.

## O SISTEMA DE TUTELA DO SOFTWARE COMO VETOR À MAIOR INOVAÇÃO E INCENTIVO À LIVRE CONCORRÊNCIA.

*Antônio Luiz Costa Gouvea*<sup>126</sup>

*Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial – GEDAI/UFPR*

**RESUMO:** O advento da Revolução da Tecnologia da Informação fez com que o Direito encontrasse grandes desafios na tutela dos bens decorrentes desse fenômeno. Era evidente que as regras utilizadas para a proteção de bens corpóreos não seriam satisfatórias na tutela de um dos principais bens que foram criados durante esse fenômeno: o programa de computador. Assim sendo, após diversas reflexões, foram pensadas várias formas de tutela, prevalecendo, no entanto, a preferência pela tutela intelectual. A discussão, porém, continuou, tendo em vista que nenhum dos dois sistemas de proteção intelectual fora criado para a tutela do *software*, bem como a proteção oferecida era, ora insatisfatória, ora excessiva. A tutela jurídica escolhida foi a tutela via Direito de Autor, tendo em vista que essa conferia uma proteção automática e independente de qualquer tipo de registro. Também escolheu-se esse sistema de proteção posto que esse não traria a indisponibilidade da ideia, demonstrando-se um sistema mais adequado na promoção de inovação e defesa da livre concorrência. **PALAVRAS CHAVE:** Propriedade Intelectual, Direito Concorrencial, Direito Autoral, Direito Industrial, Software.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho procura analisar uma questão de clara importância no estudo da propriedade intelectual, tendo em vista o

---

<sup>126</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Possui ensino-médio-segundo-grau pela Escola Modelo de Ensino Fundamental e Médio José Cesário Pimentel (2009). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Privado. Pesquisador do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial (GEDAI/PPGD-UFPR).

grande valor econômico e tecnológico que os programas de computador tem na atual conjuntura econômica.

O sistema de tutela intelectual do *software* já foi objeto de grandes estudos pela literatura jurídica. Entretanto, muito em função da proteção insatisfatória que o Direito Autoral confere ao programa de computador, a questão ainda não é pacífica entre os principais doutrinadores. No entanto, poucas são as vozes que ainda defendem a tutela pela via Industrial.

À partida, far-se-á um breve histórico do processo de regulamentação do *software*. Serão analisadas primeiras tendências doutrinárias sobre a matéria, bem como os primeiras legislações internas e tratados internacionais que dispuseram sobre os programas de computador. Também será analisado o processo de regulamentação no Brasil e a atuação da Secretaria Especial da Informática, a qual foi fundamental para que a regulação ocorresse.

Em segunda oportunidade, será explorada a Lei nº 9.609/1998. É importante frisar que apenas serão investigadas as questões que guardem relação com a propriedade intelectual, sendo elas o regime de tutela intelectual adotado, a definição e o conceito jurídico de *software*, e, por fim, o registro perante o INPI.

Logo após, serão analisados os sistemas de proteção intelectual existentes. Primeiramente, será feita a decomposição da relação do *software* com o Direito Autoral, bem como o estudo desse bem como um instituto de Direito Autoral *sui generis*, uma vez que, ora guarda semelhança com os bens tutelados por esse ramo da propriedade intelectual, ora difere diametralmente deles. Feito isso, será feita a análise à luz do Direito Industrial, dissecando-se os requisitos de patenteabilidade, bem como a possibilidade de patenteamento do programa de computador.

Em seguida, serão pesquisados os dois padrões existentes de licenciamento, ou seja, o *software*-proprietário e o *software*-livre.

Por fim, analisar-se-á os efeitos que a adoção de um desses sistemas terá na questão do incentivo à inovação tecnológica, bem como qual das duas formas de tutela será mais profícua na defesa do instituto da livre concorrência.

## **OBJETIVOS**

**Geral:** Analisar os sistemas de proteção intelectual, buscando-se encontrar o sistema mais adequado à realidade tecnológica do Software, a fim de que tal sistema funcione como um vetor de inovação e incentivo à concorrência no mercado de Software.

**Específicos:**

(a) – Analisar o sistema de proteção do Software pelo Direito de Autor.

(b) – Analisar o Software à luz do Direito Industrial, tendo em vista os requisitos de patenteabilidade.

(c) – Analisar os padrões proprietário e livre.

(d) – Analisar se a concessão de patentes de Software realmente promove mais inovação e incentivo à concorrência no mercado

## MÉTODO

Foram utilizados o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica.

## RESULTADOS

Os resultados demonstram que a concessão de mais patentes em medida alguma favorece o mercado de *software*, uma vez que impede o livre fluxo de ideias. Por conseguinte, há menos inovação tecnológica e uma concorrência menos justa.

## CONCLUSÃO

Diante de toda a literatura analisada, mostra que a questão aqui tratada ainda não é, de forma alguma, pacífica na doutrina especializada. Se, por um lado, a proteção ofertada pelo Direito de Autor não é satisfatória, além de haver uma série de obstáculos teóricos à sua aplicação quanto ao programa de computador; o Direito Industrial, por sua vez, é uma tutela excessiva, uma vez que haveria a apropriação da ideia pelo detentor da patente.

Assim sendo, como já explicitado, em momento algum a concessão de mais patentes fez com que o um Estado tivesse um desenvolvimento tecnológico maior do que aqueles em que a proteção é mais branda. Pelo contrário. A concessão de mais patentes apenas fez com que se barrasse a inovação tecnológica,

uma vez que houve apropriação de ideias por grandes agentes econômicos.

Dessa forma, apesar de não oferecer uma tutela que seja plenamente satisfatória, mostra-se que o Direito Autoral é o mais adequado à realidade tecnológica do software, pois deixa livre o fluxo de ideias, tutelado apenas a expressão dessas. Nada impediria que uma empresa se valesse de uma ideia de outra para criar programas semelhantes. Criar-se-ia um ambiente competitivo mais justo, favorável à inovação tecnológica.

## A COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE A PROTEÇÃO DAS OBRAS LITERÁRIAS E AS BIBLIOTECAS DIGITAIS COMO GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

*Bárbara Michele Morais Kunde* <sup>127</sup>

*Grupo de Estudo de Direito de Autor no constitucionalismo contemporâneo – UNISC*

*Luiz Gonzaga Silva Adolfo* <sup>128</sup>

*Grupo de Estudo de Direito de Autor no constitucionalismo contemporâneo – UNISC*

**RESUMO:** As sociedades contemporâneas são marcadas por inúmeras transformações ao longo da história, o presente estudo analisa a compatibilização entre a proteção das obras literárias e as bibliotecas digitais como garantia do direito fundamental à liberdade de expressão na Sociedade da Informação.

**PALAVRAS-CHAVE:** DIREITO DO AUTOR; SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO; FUNÇÃO SOCIAL; LIBERDADE DE EXPRESSÃO; BIBLIOTECA DIGITAL.

### INTRODUÇÃO

As sociedades contemporâneas são marcadas por inúmeras transformações. Ao longo da história, o ser humano tem procurado

---

<sup>127</sup> Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da UNISC, bolsista CAPES. Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Luterana do Brasil - ULBRA. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Integrante do Grupo de Pesquisas "Estudos de Direito de Autor", vinculado ao PPGD da UNISC, coordenado pelo Prof. Pós Doutor Jorge Renato dos Reis

<sup>128</sup> Doutor em Direito pela UNIVERSIDADE DO Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Professor do PPG em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professor do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil – ULBRA Gravataí/RS. Membro da Associação Portuguesa de Direito Intelectual – APDI. Membro da Associação Brasileira de Direitos Autorais – ABDA. Participante do grupo de Estudos de Direito de Autor, coordenado pelo Prof. Jorge Renato dos Reis

criar novos meios de comunicação, e aprimorando-os, melhorar seus padrões de vida.

A informação, portanto, passou a ser considerada um bem precioso em virtude de sua função destaque neste processo evolutivo.

Um novo paradigma foi estabelecido para a sociedade: a sociedade da informação, ou sociedade do conhecimento, se considerarmos que a informação é um meio de produção ou divulgação do conhecimento.

Relevantes são, pois, as mudanças que se prendem a novas tecnologias, adotando-se um novo modelo de relacionamento baseado, essencialmente, na informação impulsionada pelo progresso da internet, principalmente, que possibilita o acesso mais rápido, amplo e eficaz aos conteúdos das obras literárias.

É cada vez mais crescente no Brasil o interesse pela criação de bibliotecas digitais em razão dos benefícios proporcionados pela facilidade de pesquisa; disponibilidade, compartilhamento, instantaneidade e manutenção das informações; diminuição efetiva de custo; preservação do material de consulta; economia de espaço físico e facilidade de acesso.

Contudo, se tal desenvolvimento tecnológico representa esta intensa oferta de informações, por outro lado, não se pode olvidar a autoria das fontes utilizadas, e por isso a proteção ao direito do autor não pode ser mitigada a ponto de se admitir como natural a violação de seus direitos pela facilidade de acesso às obras.

Neste contexto, essa multiplicação da informação pode ocasionar um fenômeno oposto que é a sua própria redução, imposta justamente pela massificação. Dessa forma, necessário avaliar-se, sob o prisma da Lei de Direitos Autorais – LDA, e a própria Constituição Federal, a criação destes acervos literários, e a imprescindível compatibilização com os direitos fundamentais de acesso à informação e de proteção à propriedade intelectual, de modo a encontrar um ponto de equilíbrio que possibilite o fomento da cultura, uma das funções sociais do direito do autor.

O desafio reside em assegurar o direito à informação de qualidade e de capacitação com vistas a formar cidadãos plenos.

A criatividade precisa estar assegurada, por isso as ideias precisam ser mantidas livremente à disposição por serem indispensáveis ao diálogo social.

Sem ideias, o debate crítico, a multiplicidade de pontos de vista, os argumentos, perderiam campo e o próprio direito autoral estaria auto limitando-se na medida em que deixaria de contribuir para a atividade intelectual de outros indivíduos.

Em razão do desenvolvimento tecnológico, mais especificamente na área digital, onde o acesso à informação foi infinitamente facilitado pelo avanço e democratização dos meios digitais, vê-se no cenário atual a importância de compartilhar a informação pelo meio digital e discutir normas apropriadas para esse compartilhamento, sofrendo o direito do autor restrições toleráveis.

Reconhece-se que as bibliotecas digitais são um importante meio de promoção do progresso social, assegurando um espaço de liberdade para que a atividade intelectual siga seu curso e cumpra com o seu papel social que é o alargamento da cultura, a promoção da democracia, enfim, espaço que permite que as atividades técnicas possam se desenvolver.

Na medida em que se restringem as fontes de pesquisa, as ideias deixam de ser alimentadas por novas informações, e deixando de dar a sua valorosa contribuição na disseminação do conhecimento, matéria-prima da sociedade da informação. Este é, portanto, o ponto principal da discussão quando em liça direitos fundamentais de igual teor: a equalização do interesse privado do autor com a sua função de também promover e incentivar as experiências culturais dos demais membros da sociedade.

O ponto de equilíbrio deve ser encontrado para que não se concretize uma demasiada proteção à propriedade intelectual, como também uma escassa proteção que a viole, ambas perniciosas.

A Constituição Federal dispõe que a manifestação exterior, ou seja, a forma de exposição da ideia, deve ser observada em prol de seu criador. Também assegura a liberdade de expressão, conferindo autonomia aos indivíduos para livremente criarem.

No entanto, o pensamento humano é fruto de um processo de somatório, de modo que nenhuma ideia expressa nasce do ponto zero, necessitando, portanto, da contribuição de outras.

Na sociedade contemporânea, o acesso facilitado às informações pode levar à violação de direitos individuais, necessitando, portanto, do estabelecimento de um ponto de equilíbrio entre um e outro, de modo a não restringir demasiadamente o acesso, tampouco alargá-lo excessivamente ocasionando violações.

É notável que o direito do autor cumpra com determinadas funções sociais, dentre as quais se destaca a de fomentar o patrimônio cultural, contribuindo para que o processo de criação coletivo seja alimentado, formando, assim, uma identidade cultural.

Daí a importância de uma nova interpretação do direito de proteção à obra literária, observando-se, é claro, o direito individual.

Assim, é intuito desta pesquisa demonstrar a importância desta relevante ferramenta, que é a disponibilização de acervo literário pelas bibliotecas digitais, no atendimento aos ditames constitucionais.

## **OBJETIVOS**

Os objetivos do presente estudo são:

- examinar o direito do autor como direito fundamental, correlacionando-o com o cumprimento de sua função social na difusão da cultura;
- analisar a relação entre o direito do autor, a sociedade da informação e a liberdade de expressão;
- demonstrar a importância da criação das bibliotecas digitais no desenvolvimento de outras obras intelectuais e, de um modo geral, na construção da cultura de um país com a necessária proteção ao direito do autor.

## **MÉTODO**

O estudo é de natureza bibliográfica, baseado na utilização de documentação indireta, por meio de revisão de reflexões doutrinárias, que permitem dar suporte ao texto e suas possíveis conclusões.

O método de abordagem a ser utilizado no desenvolvimento da pesquisa será o hipotético-dedutivo, sustentado na leitura de doutrinadores.

Além disso, os procedimentos utilizados serão o analítico e o histórico, analisando o tema do estudo e fundamentando-o.

## **RESULTADOS**

Os resultados que se espera com o desenvolvimento da pesquisa se buscará a compatibilização da proteção do direito do autor e a disponibilização de sua obra através de bibliotecas digitais é importante meio de contribuição para o incremento da cultura e cumprimento de um dos objetivos constitucionais.

## **CONCLUSÕES**

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que o direito do autor deve ser protegido em face da grande facilidade com que os meios digitais permitem a sua divulgação, mas não podem receber proteção tão ampla que leve à limitação da difusão de ideias e comprometimento de outras obras intelectuais.

Dessa forma, ao se encontrar um ponto de equilíbrio, se estará cumprindo com a função social do direito do autor sob o aspecto da cultura, fator decisivo no enfrentamento do desafio de assegurar o direito à informação de qualidade que contribuirá na formação de cidadãos plenos. Todos aqueles que se dedicam à criação cultural utilizam-se de um patrimônio preexistente, não há como partir do ponto zero.

Além disso, para que haja uma efetiva contribuição, devem basear-se em obras atuais, sob pena de produzirem material obsoleto que inexoravelmente não contribuirá em nada e cairá no esquecimento ou desinteresse.

Diante do contexto da sociedade da informação, é de fundamental importância um equilíbrio entre a facilidade de acesso às obras literárias e a preservação do direito do autor, resguardando-se as fontes de informação como modo de se garantir a liberdade de expressão na sociedade contemporânea, servindo como incentivo ao desenvolvimento e continuidade da atividade criativa, o que contribui para o desenvolvimento cultural do país.

## REFERÊNCIAS

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

\_\_\_\_\_.; WACHOWICZ, Marcos (Orgs.). *O direito da Propriedade Intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2005.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da internet e da sociedade da informação: estudos*. Rio de Janeiro: Forense. 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito de autor e direitos conexos*. Coimbra: Coimbra Editores, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. *Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm). Acesso em 04 de setembro de 2014.

CARBONI, Guilherme. *Aspectos gerais da teoria da função social do direito de autor*. Disponível em: <[www.gcarboni.com.br/escritos](http://www.gcarboni.com.br/escritos)>. Acesso em: 08set. 2014.

\_\_\_\_\_. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2006.

CASTELLS. Manuel. *A era da informação: Economia, Sociedade e Cultura*. V. I: A sociedade em rede. 8ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

REIS, Jorge Renato dos. O direito de autor no constitucionalismo contemporâneo: considerações acerca de sua função social. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo. *Propriedade intelectual em perspectiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006.

WACHOWICZ, Marcos; PALAO MORENO, Guillermo; PEREIRA, Alexandre L.D. *Propriedade intelectual: inovação e conhecimento*. Curitiba: Juruá, 2010.

## O INSTITUTO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL EM FACE DAS POSSIBILIDADES TRAZIDAS PELA IMPRESSÃO 3D

*Bruna Castanheira de Freitas* <sup>129</sup>

*Grupo de Estudos da Pontifícia Universidade Católica de Goiás*

**RESUMO:** A impressora 3D é utilizada na indústria desde a década de 70, sendo conhecida pela manufatura aditiva e a prototipagem rápida. Em 2009 a patente desta perdeu eficácia e desde então está sendo desenvolvida para alcançar o mercado consumidor com preço e tamanho acessíveis, ganhando espaço nas casas e comércios locais. Pessoas a utilizam para imprimir desde canecas até próteses humanas - é uma tecnologia que traz um miríade de possibilidades. Uma destas é a reprodução de objetos que possam ter patente registrada pelo seu inventor ou direito autoral registrado pelo autor. Casos como estes já estão surgindo mundialmente e com eles surgem conflitos judiciais. De um lado o inventor requer a proteção patrimonial que adquiriu com o registro de sua patente ou direito autoral e de outro o consumidor da impressão 3D contempla em suas mãos uma infinidade de possibilidades de desenvolvimento criativo e tecnológico para toda a sociedade. Seria possível o equilíbrio entre esses interesses? A presente pesquisa busca por possíveis respostas para esta questão.

**PALAVRAS-CHAVE:** IMPRESSÃO 3D, IMPRESSORA 3D, PROPRIEDADE INTELECTUAL, DIREITOS AUTORAIS, PROPRIEDADE INDUSTRIAL, PATENTE, MARCA, MOVIMENTO MAKER.

---

<sup>129</sup> Pesquisadora formada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás, é autora de artigos a respeito dos reflexos da internet no instituto da Propriedade Intelectual. Também atuante na área de Direito Digital, presta consultoria jurídica para empresas de tecnologia, software, startup e direito robótico, bem como assuntos relacionados às novas tecnologias e seus reflexos no campo jurídico. É mestranda no programa Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, onde está desenvolvendo uma dissertação também a respeito dos reflexos das novas tecnologias na Propriedade Intelectual, com ênfase na Propriedade Industrial. Trabalhou como Assistente de Pesquisa do projeto Global Internet Program e é colaboradora do Projeto Oficina Antivigilância realizados pelo Instituto de Tecnologia & Sociedade do Rio (ITS) e apoiados pela Fundação Ford e Global Partners Digital, sob coordenação da pesquisadora Joana Varon.

## INTRODUÇÃO

A impressora 3D permite que o mundo dos *bits* ganhe forma no mundo dos átomos. Basta alguém fazer o design de um objeto em um programa de computador específico (AutoCAD, por exemplo), e simplesmente apertar o botão de “imprimir” para que o objeto ganhe forma no mundo físico.

Ainda, é possível que alguém use um scanner 3D em algo existente e forme um arquivo no computador, que conterà o design do objeto digitalizado.

Dessa maneira, a pessoa poderá reimprimir o objeto escaneado quantas vezes desejar. É claro que a impressão 3D ainda possui muitas barreiras funcionais - a demora na impressão, preço dos filamentos, pouca variedade de produtos que podem ser impressos domesticamente - mas ainda tem a propriedade intelectual como um de seus principais obstáculos.

Ora, a partir do momento que se permite que um objeto que existe seja escaneado e reproduzido tridimensionalmente, nasce o risco de que direitos da propriedade intelectual estejam sendo infringidos.

O objeto original pode ser uma obra de arte, protegida por direitos autorais, ou então um objeto funcional, protegido por patente, ou ainda, um objeto com design inovador, protegido por desenho industrial.

Deve-se considerar também que aquele que cria ou reproduz um design no AutoCAD, estará formando um arquivo de computador que, como qualquer outro, pode ser compartilhado online. E é isso que vem ocorrendo desde meados de 2009, com a chegada de impressoras 3D relativamente mais acessíveis no mercado de consumo. Comunidades estão sendo formadas nas quais as pessoas compartilham designs feitos no AutoCAD - sejam eles de sua própria autoria ou não - para que outros façam o download e imprimam em suas casas, tridimensionalmente.

Esse cenário obviamente se assemelha ao compartilhamento de músicas e filmes na internet. Porém, existe uma peculiaridade: obras como músicas e filmes violam apenas um ramo da propriedade intelectual (dos direitos autorais); a impressão 3D

estreia a possibilidade de violação dos dois ramos da propriedade intelectual: direitos autorais e propriedade industrial.

Pela primeira vez a impressão 3D traz para a propriedade industrial o "problema" da digitalização. Se em tempos de compartilhamento de músicas e filmes pessoas sofriam com a constante ameaça de ações judiciais multimilionárias, o que poderia acontecer com alguém que ao invés de comprar algo que é patenteado, apenas faz o download e imprime o objeto?

Pesquisadores dos EUA, Reino Unido e Canadá já se dedicam em realizar análises com o intuito de prevenir que aconteça com a impressão 3D tantas batalhas judiciais como aquelas ocorridas - e que ainda ocorrem - com a tecnologia p2p.

Torna-se necessário que essas pesquisas também se iniciem no Brasil, de maneira que interesses possam ser equilibrados, e o desenvolvimento tecnológico e cultural estimulado.

## **OBJETIVOS**

Elucidar maneiras de como o legislador e o judiciário deverão lidar com os conflitos oriundos do enfrentamento entre propriedade intelectual e as possibilidades trazidas pela impressora 3D, tais como inovação e incentivo tecnológico e criativo.

Analisar e concluir se seria benéfico:

- a) adotar uma postura na qual o legislador e o judiciário investem na proteção da propriedade intelectual em relação aos objetos e obras já registradas e que são reproduzidas pela impressora 3D;
- b) ou se seria possível adotar uma ideologia "laissez-faire" perante a impressora 3D, criando um sistema permissivo para os usuários da impressão 3D;
- c) ou ainda, pensar se existiria um meio-termo entre a liberalização de impressão e objetos registrados e a garantia de ressarcimento moral e patrimonial perante o autor.

## **MÉTODO**

O raciocínio metodológico adotado será o hipotético-dedutivo. Opta-se por este, haja vista que os conhecimentos e conclusões disponíveis para a realização da presente pesquisa ainda são hipotéticos e paliativos, não explicando ou oferecendo real solução

para o problema, qual seja: como tratar as possibilidades trazidas pela impressora 3D em face do instituto da propriedade intelectual.

Sendo assim, torna-se necessária a formulação de hipóteses e conjecturas.

Para que tal formulação se torne possível, será também usado o método bibliográfico, com o intuito de estabelecer um diálogo com a bibliografia especializada no objeto deste trabalho.

Pretende-se assim realizar uma imersão no universo teórico e conceitual onde se encontrarão coordenadas tanto antropológicas quanto epistemológicas da problemática aqui proposta.

Será utilizado como universo e amostra estudos, artigos, jurisprudências, documentos, diretrizes e leis promulgadas internacionalmente a respeito do conflito tratado.

Como instrumento de coleta de dados e técnica de pesquisa, serão também utilizadas as entrevistas, questionários e formulários com indivíduos de nacionalidade brasileira ou não que atuem tanto no âmbito da impressora 3D, seja ela industrial ou não, como no âmbito na propriedade intelectual.

## **RESULTADOS**

Com a presente pesquisa, pretende-se obter dados e ações conclusivas e a partir destas elaborar diretrizes que sejam capazes de orientar a conduta legislativa, produtora e consumidora da tecnologia da impressão 3D a respeito de:

- a) como poderá o legislador conceber, na letra da lei, as mudanças que serão ocasionadas no mundo físico pela impressora 3D;
- b) como equilibrar os interesses dos inventores detentores legais de patentes ou direitos autorais "versus" as possibilidades infinitas de reprodução, criação e inovação que os possuidores das impressoras 3D têm em suas mãos, sendo possível para estes reproduzir inventos patenteados ou obras registradas por aqueles;
- c) concluir quais serão os efeitos da existência da impressora 3D para o instituto da propriedade intelectual, especialmente no que se diz das patentes, marcas, direitos autorais, modelos de utilidade e desenho industrial.

## **CONCLUSÃO**

As possibilidades trazidas pela impressora 3D parecem fantásticas e infinitas, e de fato são. Porém, ainda existem vários desafios estruturais, econômicos e jurídicos que precisam ser superados antes que a impressão 3D alcance o mercado consumidor de maneira efetiva.

Torna-se necessário pensar desde já sobre as formas como a propriedade intelectual poderá recepcionar esta tecnologia, de maneira que as oportunidades por ela trazidas não sejam cerceadas ou os direitos daqueles possuidores de bens intelectuais prejudicados.

## O CONFLITO DE INTERESSES E OS BENEFÍCIOS PARTICULARES ENTRE OS DIREITOS DE PROPRIETÁRIO DE BEM IMÓVEL E OS DIREITOS AUTORAIS ARQUITETÔNICOS

*Charllinne Sgoda*<sup>130</sup>

*Grupo de Estudos das Faculdades Integradas Santa Cruz*

*Martinho Martins Botelho*<sup>131</sup>

*Grupo de Estudos das Faculdades Integradas Santa Cruz*

**RESUMO:** O presente artigo trata sobre a questão do conflito de interesses e os benefícios particulares entre os direitos de propriedade de bem imóvel e os direitos autorais de projetos arquitetônicos e/ou de engenharia, bem como o tratamento do tema no âmbito da instituição jurídica do repúdio na legislação e na jurisprudência. Para tanto, traz, em linhas gerais, as discussões sobre o direito autoral do arquiteto ou do engenheiro responsável pelo projeto de arquitetura e/ou engenharia, e os seus interesses individuais nos conflitos entre direito real de propriedade e direito autoral. Pretende-se demonstrar que a melhor medida a ser adotada em caso de conflito de interesses é preservar o interesse público transcendental, o que poderia ensejar a eventual responsabilização pelos prejuízos causados pela decisão em executar e em modificar o projeto arquitetônico original. A conclusão é que o assunto ainda não está pacificado, ainda sendo analisado no Superior Tribunal de Justiça por meio de decisão monocrática.

**PALAVRAS-CHAVE:** DIREITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL, DIREITO AUTORAL, ARQUITETURA, REPÚDIO.

---

<sup>130</sup> Pós-graduada em Administração de Pessoas pelo Centro Universitário Internacional Uninter. Graduada em Administração de Empresas com ênfase em Comércio Exterior, e em Ciências Contábeis pela Uninter. Gerente administrativa com experiência profissional de oito anos em propriedade industrial em Curitiba, PR.

<sup>131</sup> Doutor em Integração da América Latina no Programa de Integração da América Latina (Prolam) pela Universidade de São Paulo (USP). Doutorando em Teoria Econômica pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Professor das Faculdades Integradas Santa Cruz em Curitiba, Paraná.

## INTRODUÇÃO

O Direito de Autor consiste em neófito seara jurídica, tendo autonomia legislativa apenas na década de 1970, com a lei federal ordinária nº 5.988.

Na década de 1990, a lei federal ordinária nº 9.610, de 1998, passou a consolidar a lei anterior, inclusive alterando alguns dos conteúdos existentes, porém sem um melhor tratamento sobre temas relacionados, por exemplo, com a execução de obras autorais em negócios jurídicos.

É o caso da execução de projeto arquitetônico de obra relacionada com a construção civil, a qual poderia ser modificado por vontade do proprietário da obra e em desconformidade com o projeto original (CARRANCHO HERRERO, 2009, p. 11).

Em tal situação, pode-se questionar sobre os conflitos de interesses entre o autor do projeto e o proprietário do bem imóvel, e inclusive os choques de benefícios existentes, além da instituição jurídica do repúdio e do direito à indenização por utilização indevida de obra intelectual (ORTEGA DOMENECH, 2005, p. 21).

Tal tema já vem sendo objeto de discussões no âmbito doutrinário e no campo jurisprudencial, sem uma pacificação doutrinária no Brasil e em outros países (MacMURRAY, 2005, p. 112).

O foco central da questão é relacionado com a antinomia entre a lei federal ordinária nº 9.610, de 1998, nos seus arts. 24 e 26, combinados com o art. 18 da lei federal ordinária nº 5.194, de 1966, e com o art. 621 do Código Civil brasileiro de 2002.

Recentes decisões de tribunais estaduais vêm entendendo que o autor de projeto arquitetônico tem direito de indenização garantindo por alteração de projeto original, feito sem a concordância dos seus criadores, complementando o instituto do repúdio previsto na lei de 1998.

Existem, praticamente, duas correntes jurídicas doutrinárias que encaram o problema (DINWOODIE, 2002, p. 994).

A primeira corrente entende que o autor de projeto arquitetônico teria o direito de não ter a sua obra modificada.<sup>132</sup>

A segunda corrente defende a ideia de que existe o direito de indenização a favor do autor de projeto arquitetônico, com a condição de continuação da modificação da obra após o repúdio feito pelo seu autor.<sup>133</sup>

Na seara artística, a obra arquitetônica (também chamada de obra urbanística) não tem a sua construção material feita instantaneamente, tal como no caso de obra literária (ORTEGA DOMENECH, 2011, p. 11).

A mesma depende de uma execução posterior, a qual pode passar pela eventual modificação feita por terceiro, como o proprietário de um bem imóvel (PELLEGRINI, 1998, p. 43).

Em razão disso, o autor do projeto arquitetônico pode sofrer uma agressão de direitos autorais em função da dissonância entre a sua criação e a obra *in concreto*, vale dizer, entre arquitetura e construção (GARCIA ERVITIM, 2004, p. 09).

Essa falta de sintonia pode caracterizar um ato ilícito, nos termos da responsabilidade civil em direito autoral, ensejando indenização (DRATLER JUNIOR, 2006, p. 89).

Isso porque a acepção intelectual da edificação e a concepção prática da construção civil podem representar na alteração da ideia original, agredindo a instituição jurídica do direito de autor (ASCENSÃO, 2007, p. 15).

Tal desajuste entre projeto e obra traria prejuízos para o arquiteto, mas também poderia representar uma agressão ao interesse legitimamente protegido do proprietário de um bem imóvel submetido à construção baseada no projeto arquitetônico (ALONSO UREBA, 2010, p. 04).

É sobre tais questões que a presente pesquisa analisa, tendo foco nos conflitos de direitos, tal como enunciado nos objetivos adiante elencados.

---

<sup>132</sup> Trata-se de entendimento sustentado por Sílvio de Salvo Venosa e por Tereza Ancona Lopez.

<sup>133</sup> É o entendimento sustentado por Antônio Chaves e José de Oliveira de Ascensão.

## OBJETIVOS

Os objetivos da presente pesquisa são:

- a) Estudar os direitos do arquiteto, autor de obras intelectuais, na execução de obra de sua autoria;
- b) Analisar a questão da reprodução de obra arquitetônica, distinguindo-se o projeto original e a execução material da sua criação;
- c) Analisar o conflito de interesses existentes entre os direitos de proprietário de bem imóvel e os direitos autorais arquitetônicos.

## MÉTODO

O método a ser utilizado será o dedutivo, partindo-se do levantamento de informações bibliográficas na literatura de Direito Autoral, na legislação e na jurisprudência brasileiras. Como se trata de pesquisa teórica (não-empírica), não serão trabalhados bancos de dados e nem bases estatísticas para o trabalho, exceto eventuais contextualizações das informações e argumentações apresentadas. Visivelmente, o artigo adota a interdisciplinariedade como método apropriado na análise do seu objeto de estudo.

## CONCLUSÃO

A realidade atual do Direito Autoral é vista como um sistema ainda em construção, trazendo desconforto e insatisfação quando se encaram novos tipos de negócios jurídicos e, principalmente, antinomias em uma sociedade dinâmica.

É fundamental a modificação da legislação para se facilitar o acesso ao direito autoral do século XXI de forma consciente, humana e justa.

A sociedade contemporânea não pode se furtar da ideia de aperfeiçoamento dos direitos autorais no Brasil, sem que se consolide a perspectiva de vários interesses, inclusive o público.

Os atuais problemas jurídicos autorais devem passar por uma solução de processos e pela estabilização dos desafios na sociedade da informação.

No condizente, especialmente, aos direitos exclusivos de autores de projetos urbanísticos, a lei brasileira não é clara, demandando problemas de ordem interpretativa.

Trata-se de um cenário dinâmico e interdisciplinar, tendo em vista ter uma correlação com a arquitetura, a geografia, a antropologia e as ciências antropológicas em geral.

O melhor desempenho do desenvolvimento socioeconômico do Brasil depende também de um arcabouço institucional normativo, das regras do jogo, mais claras e isso também se aplica no caso dos direitos autorais.

A relevância do presente estudo reside na busca pela implementação de vetores jurídicos do desenvolvimento socioeconômico por meio de ambientes institucionais precisos, no fomento à tecnologia e à inovação do conhecimento, entre outros.

Para tanto, urge um regime jurídico institucional brasileiro voltado para um melhor tratamento sobre o direito de autor em projetos arquitetônicos, e dos seus conflitos entre as normas de direitos reais e os de direitos autorais.

O melhor desempenho do desenvolvimento socioeconômico no Brasil e no mercado internacional de produtos e serviços brasileiros está diretamente relacionado com a pauta de ações, motivações e um entorno institucional jurídico voltado para o fortalecimento da economia.

Os APLs podem representar um mecanismo para se alcançar tal objetivo, tal como aconteceu em outros países, tais como, Alemanha, Estados Unidos, França, Itália, Paquistão, Taiwan, entre outros.

## REFERENCIAS

ALONSO UREBA, Alberto. **Cuaderno de derecho para ingenieros V: derecho de la competencia e de la propiedad industrial, intelectual y comercial**. Madrid: La ley, 2010.

ASCENSÃO. José de Oliveira. **Direito autoral**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

CARRANCHO HERRERO, Maria Teresa. **Ingeniería y propiedad intelectual**. Madrid: Reus, 2009.

DINWOODIE, Graeme B. The architecture of the international intellectual property system. **Chicago-Kent Law Revue**, vol. 77, n. 3, p. 993-1014, January 2002.

DRATLER JUNIOR, Jay. **Intellectual property law: commercial, creative and industrial property.** New York: ALM, 2006.

GARCÍA ERVITI, Federico. **Compendio de arquitectura legal: derecho profesional y valoraciones inmobiliarias.** 2ª ed. Reverte: Barcelona, 2004.

MacMURRAY, Rashida Y. V. Trademarks or copyrights : which intellectual property rights affords of its owner the greatest protection of architectural ingenuity? **Northwestern journal of technology and intellectual property**, vol. 3, n. 2, p. 111-129, 2005.

ORTEGA DOMENECH, Jorge. **Arquitectura y derecho de autor.** Madrid: Reus, 2005.

\_\_\_\_\_. **Ideas, bocetos, proyectos y derechos de autor.** Madrid: Reus, 2011.

PELLEGRINI, Luiz Fernando Gama. **Direito autoral do artista plástico.** São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

## **DIREITO EMPRESARIAL VS DIREITOS HUMANOS: NOTAS SOBRE A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL**

*Fernanda Busanello Ferreira* <sup>134</sup>

*Grupo de Estudo da UFG*

**RESUMO:** A propriedade intelectual é um instituto que começa a ser redefinido a partir do princípio da função social o que coloca em confronto a lógica do direito empresarial e a dos direitos humanos. Os influxos de uma sociedade de risco e incertezas acaba por transformar as formas de se produzir conhecimento e de socializá-lo de forma que se perquiri as consequências e alternativas aos autores diante desse novo cenário. O confronto entre público e privado remonta tempos antigos e exige um retorno as origens da proteção à propriedade intelectual a fim de indagar se subsistem os mesmos fundamentos e, mais ainda, se os mesmos merecem uma reforma a partir da emergência da função social da propriedade, bem como dos direitos humanos.

**PALAVRAS-CHAVE:** PÚBLICO, PRIVADO, PROPRIEDADE INTELECTUAL

### **INTRODUÇÃO**

A pesquisa buscar revelar as origens da propriedade privada intelectual e verificar como a lógica inicial do instituto pode se repensada a partir do princípio da função social da propriedade e também pelas demandas de direitos humanos.

### **OBJETIVOS**

Verificar em que medida a sociedade hodierna coloca em confronto o público e o privado no que tange à função social da propriedade intelectual

---

<sup>134</sup> Doutora em Direito pela UFPR e pós-doutoranda pela UFG no Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos.

Analisar os paradoxos entre a proteção do direito empresarial e dos direitos humanos no que trata da propriedade intelectual.

## **MÉTODO**

O método de investigação será o bibliográfico, com revisão de literatura e teste de hipóteses.

## **RESULTADOS**

Na prática jurídica encontra-se uma proteção que não corresponde mais às práticas sociais.

## **CONCLUSÃO**

O instituto da função social da propriedade apresenta mais aproximações com a lógica dos direitos humanos do que com a lógica do direito empresarial.

## A UTILIZAÇÃO DO *FAIR USE* NO BRASIL A PARTIR DE UMA LEITURA FUNCIONALIZADA DO SISTEMA LEGISLATIVO BRASILEIRO

*Grace Kellen de Freitas Pellegrini* <sup>135</sup>

*Grupo de Estudos Interseções Jurídicas entre o público e o privado - UNISC*

*Michele Braun* <sup>136</sup>

*Grupo de Estudos Interseções Jurídicas entre o público e o privado - UNISC*

**RESUMO:** A pesquisa tem por tema a utilização do *Fair Use* no Brasil, ocupando-se, delimitadamente, da funcionalização do direito autoral a partir da utilização privilegiada desse instituto. Objetiva-se considerar o *Fair Use* como instrumento capaz de permitir que a função social do direito autoral seja realizada, eis que a abertura dada pelo uso justo, a partir de critérios específicos, permite ampliação das limitações que são taxativas no País. Pesquisa realizada no site do Superior Tribunal de Justiça verificou o pouco uso por parte das Cortes Superiores. No entanto, mesmo não havendo efetivo emprego por parte dos Tribunais, não desqualifica a aplicação do instituto e sua contribuição. O trabalho está dividido em três partes, além dos aspectos introdutórios e conclusivos. Num primeiro momento se analisa o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), que tem como fito a interação entre norma e realidade, resultado do crescimento do acesso à internet. Após, passa-se a estudar a constitucionalização do direito autoral, necessidade premente de que a norma que rege o Direito de Autor no Brasil (Lei nº 9.610/1998) seja interpretada conforme os princípios constitucionais. Por fim, o uso privilegiado do *Fair Use* será

---

<sup>135</sup> Professora Substituta de Direito do Instituto Federal Farroupilha - Campus Santo Augusto. Professora do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Mestre em Direito. Participante do grupo de estudo Interseções jurídicas entre o Público e Privado, coordenado pelo Professor Pós-Doutor Jorge Renato dos Reis.

<sup>136</sup> Mestranda em Direito – Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Participante do Grupo de Estudos Interseções Jurídicas entre o Público e o Privado e do Grupo de Estudos em Direitos Autorais no Constitucionalismo Contemporâneo, ambos coordenados pelo Prof. Dr. Jorge Renato dos Reis. Assessora Jurídica da APESC/UNISC.

verificado, sendo construído com base na aplicação realizada pelo Superior Tribunal de Justiça. O estudo é de natureza bibliográfica, o método de abordagem a ser utilizado no desenvolvimento da pesquisa será o dedutivo e o procedimento utilizado é o analítico.

**PALAVRAS-CHAVE:** DIREITO DE AUTOR. *FAIR USE*. FUNÇÃO SOCIAL. MARCO CIVIL DA INTERNET.

## INTRODUÇÃO

No decorrer do trabalho será desenvolvido tema que trata da utilização do Fair Use no Brasil. A funcionalização do direito autoral a partir da utilização privilegiada desse instituto é a delimitação temática, sendo que se objetiva com a aplicação do *Fair Use* ter um instrumento eficaz, pois possui critérios específicos de utilização, de possibilitar a função social do direito autoral, ampliando as limitações legais para uso de obras protegidas, pois na atualidade, o rol de limitações previsto Lei nº 9.610/98 é taxativo no País.

O trabalho está dividido em três partes, além dos aspectos introdutórios e conclusivos. Num primeiro momento se analisa o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), que tem como fito a interação entre norma e realidade, resultado do crescimento do acesso à Internet.

Afinal, a tecnologia permite a difusão rapidamente de ideias e de obras, com custo praticamente zero, sem diferenças em relação à qualidade do produto.

Após, passa-se a estudar a constitucionalização do direito autoral, necessidade premente de que a norma que rege este (Lei nº 9.610/1998) seja interpretada conforme os princípios constitucionais, tendo em vista o reduzido número de permissões concedidas para o uso de obras alheias.

O rol taxativo da Lei acaba excluindo condutas consideradas aceitas na sociedade e que servem ao fomento da cultura.

Por fim, o uso privilegiado do *Fair Use* será verificado, sendo construído com base na aplicação realizada pelo Superior Tribunal de Justiça. Pesquisa efetuada no site do referido Tribunal verificou o pouco uso por parte das Cortes Superiores.

No entanto, mesmo não havendo efetivo emprego por parte dos Tribunais, não desqualifica a aplicação do instituto e sua contribuição.

## **METODO**

O estudo é de natureza bibliográfica, baseado na utilização de documentação indireta.

O método de abordagem a ser utilizado no desenvolvimento da pesquisa será o dedutivo, fundamentado na leitura de doutrinadores, com os apontamentos pertinentes do tema, qual seja, o *Fair Use* como meio de consecução dos preceitos constitucionais.

Por fim, o procedimento utilizado é o analítico.

## **RESULTADOS**

A necessidade de adequação da LDA com os acontecimentos atuais a partir da utilização cláusulas gerais.

## **CONCLUSÃO**

A partir dos pressupostos do Marco Civil da Internet e da necessidade de se pensar em como estabelecer relação a partir dos princípios constitucionais de acesso à cultura, à educação e ao desenvolvimento e as limitações ao uso do direito autoral, em consonância com a funcionalização da propriedade e a socialização do direito.

O *Fair Use* se apresenta não como meio pronto, mas que pode ser aplicado a partir de uma hermenêutica constitucional, como meio de concretização dos preceitos constitucionais, pois a taxatividade da LDA acaba por tornar condutas aceitas socialmente, violações ao direito de autor.

O preceito de Uso Justo e se apresenta como meio de solução, ampliando as alternativas do julgador na análise do caso concreto.

Antes de se pensar no enrijecimento legal e já com uma interpretação extensiva do que prevê o Marco Civil da Internet, deve-se prever situações que permitam uma leitura mais aberta da lei, com intuito de permitir o acesso ao desenvolvimento social e cultural, permitindo que o sistema legal e judicial brasileiro estejam em

consonância com a funcionalização e socialização prescritos na Constituição Federal.

## REFERENCIAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Obras privadas, benefícios coletivos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BITTAR, C. A.; BITTAR FILHO, C. A. Direito Civil Constitucional. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao)>. Acesso em: 26 abr. 2012.

CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede – A Era da Informação: economia, sociedade e cultura*. Traduzido por Roneide Majer. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011, p. 413. v. I.

CARBONI, Guilherme. Função social do direito de autor. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

REIS, Jorge Renato dos. A constitucionalização do direito privado e novo Código Civil. In: LEAL, Rogério Gesta. Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. In: Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003. p. 771-792.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Traduzido por Carlos Irineu da Costa. 3. ed. São Paulo: 34, 2011

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: \_\_\_\_\_. (Org). A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Princípios Constitucionais e Propriedade Intelectual: o regime constitucional do Direito Autoral. In: ADOLFO, L. G. S.; WACHOWICZ, M. (Coord.). Direito da Propriedade Intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006. p. 11-31.

TRIDENTE, Alessandra. Direito Autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RAUCH, Wolf. Ética da informação – o problema sob a ótica da ciência da informação. In: KOLB, A.; ESTERBAUER, R.; RUCKENBAUER, H-W. *Ciberética: responsabilidade em um mundo interligado pela rede digital*. Traduzido por Paulo Soethe, Maurício Cardozo e Maria de Almeida-Müller. São Paulo: Loyola, 2001.

## A SOBREPOSIÇÃO DE DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL NA SOCIEDADE INFORMACIONAL: DIREITO DE AUTOR E PATENTE NA PROTEÇÃO DO SOFTWARE.

*Heloísa Gomes Medeiros* <sup>137</sup>

*Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial – GEDAI/UFSC*

**RESUMO:** O presente trabalho analisa o fenômeno da sobreposição na proteção do software por direito de autor e patente. Observa-se o prejuízo que esta estratégia causa ao equilíbrio entre os direitos de propriedade intelectual acumulados sobre o mesmo objeto ao não observar os limites intrínsecos e extrínsecos do sistema de propriedade intelectual. Os elementos que envolvem a proteção dos direitos de propriedade intelectual relativos às novas TIC's também devem ser considerados tendo em vista as características da sociedade informacional, evitando a sobreposição de proteção sobre a mesma funcionalidade de um objeto.

**PALAVRAS-CHAVE:** SOBREPOSIÇÃO; PROPRIEDADE INTELECTUAL; SOCIEDADE INFORMACIONAL; DIREITO DE AUTOR; PATENTE; SOFTWARE.

### INTRODUÇÃO

O início do apoderamento privado dos bens intelectuais é marcado pela existência de poucos tipos individuais de proteção, delineados de forma precisa quanto ao âmbito de proteção.

Nesse sentido, verifica-se que até pouco tempo era suficiente a divisão tradicional da propriedade intelectual em propriedade industrial, abrangendo a patente, a marca, o desenho industrial e a indicação geográfica, de um lado, e direito de autor, de outro.

---

<sup>137</sup> Doutoranda e Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pesquisadora do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDAI/UFPR). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

Tais direitos são o cerne da formação do sistema internacional da propriedade intelectual, materializados na Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, de 1883, e na Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 1886.

Porém, este cenário sofre considerável transformação com as mudanças que a sociedade passa entre o final da era industrial e o começo da era pós-industrial ou era da informação.

Surgem novas tecnologias baseadas no uso da informática e da telemática, transformando definitivamente as relações sociais e econômicas.

As novas tecnologias da informação e comunicação (TIC's) provocaram uma revolução na forma como a sociedade se organiza e se expressa, constituindo a base da denominada Sociedade da Informação.

Esta realidade trouxe transformações paradigmáticas para os direitos que visam a proteção dos bens intelectuais.

Se por um lado, com a facilidade de cópia e distribuição por meio da internet de toda espécie de conteúdo, ficou mais difícil a proteção destes bens nas formas convencionais de propriedade intelectual, por outro lado, e pelas mesmas razões, permitiu que um maior número de pessoas desfrutasse dos bens intelectuais de forma mais ampla, compartilhada e colaborativa.

No âmbito da propriedade intelectual, tal transformação é acompanhada por uma tentativa de padronização de proteção de normas entre os países, bem como pela proliferação de novas espécies de propriedade intelectual, designadas em muitos casos como *sui generis*, ou seja, única em seu gênero, e que conseqüentemente não se encaixam em nenhum dos gêneros já existentes.

Como exemplo desses novos direitos temos a proteção das obtenções vegetais, o software, a topografia de circuito integrado, bases de dados entre outros.

Entretanto, observa-se que nessa miscelânea entre velhos e novos tipos individuais de propriedade intelectual constrói-se um ambiente no qual os limites entre a proteção por um tipo ou outro são bastante tênues.

Dentre as consequências diretas desse fenômeno encontra-se a sobreposição de direitos de propriedade intelectual.

## **OBJETIVOS**

Verificar a possibilidade e parâmetros para a sobreposição na proteção do software por direito de autor e patente tendo em vista o desenvolvimento da sociedade informacional e o sistema de propriedade intelectual no ordenamento jurídico brasileiro.

## **MÉTODO**

Método de abordagem dedutivo. Método de procedimento monográfico. Técnica de pesquisa bibliográfica.

## **RESULTADOS**

Sobrepor direitos de propriedade intelectual significa proteger a matéria ou o objeto reivindicado de um único bem intelectual por diversos títulos diferentes de propriedade intelectual. Por exemplo, a embalagem de um produto pode receber a proteção do seu formato por meio de marca tridimensional, desenho industrial e direito autoral, ou sobre um aparelho de telefonia móvel pode incidir uma infinidade de patentes e softwares protegendo um grande número de funções, muitas vezes de dubitável diferenciação que justifique qualquer proteção.

Observa-se que, em alguns casos, a sobreposição de direitos de propriedade intelectual enfraquece o sistema em seus aspectos funcionais, já que comumente a falta de precisão quanto ao tipo que deve ser utilizado para proteção de determinado bem vem proporcionando o uso inadequado e abusivo pelos titulares de direitos de propriedade intelectual.

A “guerra de patentes” entre indústrias de software que se encontra em curso no âmbito de diversos países é manifestação desse fenômeno, que pode induzir a diversos questionamentos quanto a legitimidade do sistema, principalmente do ponto de vista concorrencial. Outro exemplo do prejuízo ao equilíbrio do sistema diz respeito ao domínio público, pois, uma vez findada a proteção de um bem sob um dos tipos de propriedade intelectual passa a incidir o período de outro tipo que possui proteção mais longa, prejudicando o interesse público geral no uso do bem.

No Brasil, em decorrência do comportamento do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) na concessão de patentes para software, em expressa afronta as normas brasileiras sobre a proteção deste bem, acirra-se o debate sobre a possibilidade do patenteamento do programa de computador cumulado com a proteção pelo direito de autor. Tema que precisa ser aprofundado sob pena de causar sérios prejuízos ao desenvolvimento da indústria de software brasileira.

As legislações de diversos países, bem como a jurisprudência e a doutrina, não possuem um posicionamento concreto e uníssono sobre o assunto, apresentando lacunas, divergências e inconclusões.

Assim, é necessário proceder a uma análise precisa dos casos individuais, nos quais o sistema da propriedade intelectual deve ser observado na sua unidade sistêmica, e a interação entre todos os tipos que envolvem proteção a bens intelectuais, e elementos que os constituem, devem ser considerados.

Nesse sentido, é indispensável serem exploradas as diferenças e semelhanças do sistema de propriedade intelectual. Desta forma, deve-se ter em conta que existem diferenças profundas nos elementos individuais de cada tipo de direito (como em relação ao tempo, escopo, requisitos de proteção e, principalmente, função), ao mesmo tempo em que há um fundamento comum em que os mesmos são baseados.

Diversos estudos nacionais e internacionais tratam do tema da sobreposição de direitos de propriedade intelectual, como será possível verificar na bibliografia sobre o assunto.

No Brasil, apenas alguns artigos foram desenvolvidos, dos quais destacam-se dois pontos de vista polarizados que caracterizam os debates sobre a matéria: o realizado por Patrícia Porto<sup>138</sup> e o de Maitê Cecília Fabbri Moro<sup>139</sup>.

Patrícia Porto, alerta para os limites de forma geral que deve ocorrer quanto a sobreposição numa perspectiva dos interesses da

---

<sup>138</sup>PORTO, Patrícia. Limites à sobreposição de direitos de propriedade intelectual. *In: Revista da ABPI*, v. 109, p. 03-15, 2010.

<sup>139</sup> MORO, Maitê Cecília Fabbri. Cumulação de regimes protetivos para as criações técnicas. *In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro. (Coord.). Criações industriais, segredos de negócio e concorrência desleal*. São Paulo: Saraiva, 2007.

sociedade, e em decorrência disso a autora estabelece alguns condicionantes para a sobreposição. Por sua vez, Maitê Cecília Fabbri Moro analisa a cumulação entre direito autoral e desenho industrial, e defende a possibilidade de cumulação numa visão voltada ao interesse dos titulares do direito.

Porém, destaca-se que outros autores anteriores aos referidos trabalhos já se preocupavam com o tema. Nesse sentido, João da Gama Cerqueira<sup>140</sup> aponta para a necessidade de traçar limites entre as espécies de propriedade intelectual, e Denis Borges Barbosa também traça alguns delineamentos sobre o tema que considera “um dos mais espinhosos em Direito” e exalta o princípio da especificidade da proteção para análise do caso<sup>141</sup>.

Outro artigo brasileiro que trata do tema da sobreposição de direito de propriedade intelectual tem como autores Charlene Maria Coradini de Avila Plaza e Nivaldo dos Santos, porém referido trabalho discute apenas patentes de invenção e cultivares. Mas é incisiva ao negar a possibilidade de sobreposição em decorrência da funcionalidade que esses tipos buscam proteger<sup>142</sup>.

Até o momento os trabalhos nacionais encontrados sobre o assunto se mostraram incipientes para tratar o tema de forma compatível com a importância e densidade que este assume na sociedade informacional. Há necessidade também de serem analisados de forma adequada os entendimentos proferidos pelos tribunais brasileiros.

No âmbito internacional a produção acadêmica é mais vasta e diversa, o que justifica a necessidade de estudar o fenômeno da sobreposição pela ótica da doutrina<sup>143</sup> e tribunais estrangeiros.

Diante do exposto, o trabalho que se pretende desenvolver irá aprofundar a questão da sobreposição no âmbito das novas TIC's,

---

<sup>140</sup> CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial: da propriedade industrial e do objeto dos direitos*. vol. 1. 3. ed. atualizada por Denis Borges Barbosa e Newton Silveira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>141</sup> BARBOSA, *op. cit.*, p. 310.

<sup>142</sup> PLAZA, Charlene Maria Coradini de Avila; SANTOS, Nivaldo dos. Interpenetração de direitos de proteção em propriedade intelectual: o caso das patentes de invenção e cultivares. In: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI/UFC – Fortaleza. 2010. p.7821-7841.

<sup>143</sup> DERCLAYE, Estelle; LEISTNER, Matthias. *Intellectual property overlaps: an European perspective*. Oxford e Portland: Hart publishing, 2011. WILKOF, Neil; BASHEER, Shamnad. (Ed.) *Overlapping Intellectual Property Rights*. Reino Unido: Oxford University Press, 2012. TOMKOWICZ, Robert J. *Intellectual property overlaps*. Routledge, 2011.

especialmente o software, nas quais as consequências apontadas acima se aprofundam devido às características destas tecnologias na Sociedade da Informação, e levará em consideração o aspecto concorrencial da propriedade intelectual.

## **CONCLUSÃO**

A partir do desenvolvimento da sociedade informacional, a proteção às criações por meio de direitos de propriedade intelectual ganha nova dimensão. Faz-se necessário uma concepção dos direitos de propriedade intelectual de forma a reatribuir coerência sistêmica aos seus fundamentos, levando em consideração as características da infraestrutura da rede na sociedade informacional.

Observa-se ainda uma mudança sobre a própria natureza da criação intelectual nas novas TIC's. Tais tecnologias são híbridas e não se encaixam com precisão na divisão tradicional da propriedade intelectual em propriedade industrial e direito de autor, cunhando mais situações de sobreposição.

Nessa perspectiva, ao invés do direito se adaptar as características que a rede apresenta (aberta, interativa e internacional), as leis que regulam o direito de exploração exclusiva das obras artísticas, científicas e tecnológicas permanecem tais como foram concebidas ou são maximalizadas - maiores prazos de proteção, novos tipos individuais e mais regras de controle são criados.

Como estratégia para alcançar maior proteção, surge a questão da sobreposição de diferentes categorias de direitos de propriedade intelectual sobre a mesma função do bem protegido. Isto é, cada vez mais um único bem intelectual recebe proteção por diversos títulos de propriedade intelectual sobre o mesmo objeto reivindicado, cuja consequência é a perda da delimitação tradicional de cada direito de propriedade intelectual.

Como consequência desta sobreposição incidirão problemas relacionados a inconsistências jurídicas, provocadas pela falta de equilíbrio entre os direitos de propriedade intelectual acumulados sobre o mesmo objeto, que não observam os limites intrínsecos e extrínsecos do sistema.

Desta forma, os elementos que envolvem a proteção dos direitos de propriedade intelectual relativos às novas TIC's devem

ser considerados tendo em vista as características da sociedade informacional, evitando a sobreposição de proteção sobre a mesma funcionalidade de um objeto.

## REDES SOCIAIS DIGITAIS E O DIREITO DE AUTOR: DESAFIOS E PERSPECTIVAS

*Jorge Renato dos Reis*<sup>144</sup>

*Grupo de Estudos Interseções Jurídicas entre o Público e Privado - UNISC*

*Monique Pereira*<sup>145</sup>

*Grupo de Estudos Interseções Jurídicas entre o Público e Privado – UNISC*

**Resumo:** O texto que aqui se apresenta objetivou abordar os direitos autorais, sob a ótica da tecnologia que a sociedade encontra ao seu dispor, levando-se em conta de uma forma especial as redes sociais digitais. Tais redes modificaram como um todo a comunicação entre as pessoas na contemporaneidade, pois interliga, sem quaisquer fronteiras, milhões de pessoas nas redes. Dessa forma, o que se pretendeu no presente trabalho foi demonstrar que o avanço do uso dessas ferramentas tecnológicas sem um marco regulatório jurídico atualizado e/ou novo cede espaço para o surgimento de conflitos de interesses, envolvendo a violação de direitos autorais, que podem ameaçar a estabilidade social e a segurança jurídica do indivíduo.

**Palavras Chave:** DIREITO DE AUTOR; DIREITOS AUTORAIS; REDES SOCIAIS; DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO;

---

<sup>144</sup>Pós-Doutor pela UniversitàDegli Studi si Salerno-Itália. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Especialista em Direito Privado pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul. Professor na graduação da UNISC. Coordenador do Grupo de Estudos “Interseções Jurídicas entre o Público e Privado”, vinculado ao programa de Pós Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

<sup>145</sup>Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, com bolsa promovida pelo CNPQ (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Advogada. Integrante do Grupo de Estudos “Interseções Jurídicas entre o Público e Privado” coordenado pelo professor Pós-Doutor Jorge Renato dos Reis, vinculado ao programa de Pós Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

## **INTRODUÇÃO**

O presente trabalho possui como tema central o instituto do Direito Autoral, expressamente reconhecido na Constituição Federal de 1988, e regulado pela lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998, analisado em um contexto diferente do qual nasceu, ou seja, à luz do momento tecnológico que a humanidade hodiernamente perpassa.

Levam-se em conta, aqui, as redes sociais, este verdadeiro “turbilhão” de informações e exposição da vida cotidiana contemporânea.

As redes sociais digitais modificaram todo o sistema e a concepção da comunicação contemporânea, transformando-a num sistema novo e dinâmico, estabelecendo “teias” de informação que interligam diversos grupos sociais em redes.

O avanço do uso dessas ferramentas tecnológicas sem um marco regulatório jurídico próprio tem cedido espaço para o surgimento de conflitos de interesses, envolvendo a violação de direitos de personalidade, como o direito à privacidade e a à imagem, perpassando à violação de direitos de propriedade intelectual, assim como direitos autorais.

Assim, revela-se de grande importância para os usuários dessa ferramenta tão popular, um estudo sobre um possível obstáculo que tais ferramentas digitais podem causar ao direito de autor.

## **OBJETIVOS**

Objetivo Geral:

Investigar, de maneira sistemática e coordenada, a mudança social e cultural causada na sociedade contemporânea como um todo, através do surgimento das novas ferramentas sociais da internet e sua vinculação à violação ou não à concretização dos direitos autorais.

Objetivos Específicos:

Analisar a ampla e efetiva proteção e concretização dos direitos autorais;

Identificar quais são os seguimentos que tiveram sua paisagem modificada através do surgimento das redes sociais e qual é o papel que essas ferramentas exercem no mundo contemporâneo.

Investigar de que maneira esses dispositivos virtuais podem lesar o direito de autor;

## **MÉTODO**

O método adotado no presente trabalho será o método hipotético-dedutivo, onde a partir das hipóteses levantadas será explorada a legislação e doutrina a fim de comprovar ou falsear as hipóteses elencadas. A técnica empregada será a pesquisa bibliográfica a partir da consulta de referências bibliográficas, disponíveis no acervo bibliotecário das instituições de ensino superior, bem como através da aquisição de obras.

## **RESULTADOS**

A função social do direito de autor é, sobremaneira, de promover o desenvolvimento econômico, tecnológico, cultural e intelectual, através de concessões de uso exclusivo de um direito de utilização de determinada obra, por um certo período de tempo.

No entanto, no que diz respeito ao uso da internet, mais precisamente das redes sociais virtuais, essas deixam uma noção para seus usuários de que nesse espaço pode-se tudo. A transparência virtual e a abertura que se tem na rede fazem com que os usuários confundam a realidade virtual com a virtualidade real.

Claro que não se pretende aqui ser extremista ao ponto de não reconhecer diversos avanços que as redes sociais proporcionam à sociedade, principalmente no âmbito dos movimentos sociais, como a construção de identidades coletivas e a não limitação de fronteiras espaciais que a rede proporciona, caracterizando seu dinamismo e até mesmo a propagação da democracia, através de movimentos políticos, sociais, fóruns de discussões, de relacionamento, entre outros. (Winck, 2012)

No entanto, há de se existir mecanismos de proteção quando se fala de direitos autorais na internet. É necessário que obras e direitos autorais sejam efetivamente protegidos, da mesma forma

com que se deve, também, que o instituto cumpra com sua função social.

Assim, há de se encontrar um equilíbrio entre interesses públicos e privados na esfera redes sociais/direitos autorais para que, além do acesso a cultura ser promovido, que interesses econômicos dos autores/descobridores também esteja envolvido e protegido nas esfera virtual.

## CONCLUSÃO

As pessoas, conduzidas pelo espírito livre e democrático do mundo contemporâneo, ao depararem-se com as novas tecnologias e técnicas de utilização/propagação da informação, acabam expostas a um universo novo e cheio de possibilidades.

Em decorrência do uso desenfreado de uma importante ferramenta da internet, das redes sociais digitais, a propagação de informações da vida privada se dá de forma muito rápida e de uma forma capaz de privar terceiros do uso e gozo de direitos a eles conferidos, como os direitos autorais.

Assim, caracteriza-se de suma importância a construção de um novo marco legal e/ou atualização da legislação autoral vigente para solução de conflitos na esfera digital/autoral, principalmente no âmbito das redes sociais, pois seu uso pode, sim, ser um obstáculo à concretização dos direitos autorais.

## REFERÊNCIAS

- ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras privadas benefícios coletivos**: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. **Direito à própria imagem**. Curitiba: Juruá, 2010.
- BOFF, Salete Oro; PIMENTEL, Luiz Otávio; **Propriedade do conhecimento científico e tecnológico**. Direitos Culturais, v. 1, p. 161-180, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 17/01/2014.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo; **A Sociedade em Rede: Do Conhecimento à Ação Política**. Imprensa Nacional: Belém, 2005.

KEEN, Andrew. **Vertigem Digital: por que as redes sociais estão nos dividindo, diminuindo e desorientando**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Trad. Carlos Irineu da Costa. São Paulo: 1999.

MATIAS, Eduardo Felipe P. **A Humanidade e suas Fronteiras: do Estado Soberano à Sociedade Global**. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

MORAES, Walter. **Direito da personalidade**. Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 26.

PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

RECUERO, Raquel. **Redes sociais na Internet**. Porto Alegre: Sulina, 2009.

REIS, Jorge Renato dos; DIAS, Felipe da Veiga. A hermenêutica como substrato dos conflitos de direitos fundamentais: liberdades comunicativas vs. Direitos de personalidade. **Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito**. v. 4. p. 65-80, 2012.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988.

SCHIRMER, Candisse; TRENTIN, Taise Rabelo Dutra. **Participação cidadã: potencializando os atores sociais na esfera local**. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; RODRIGUES, Hugo Thamir (Organizadores). *Direito & Políticas Públicas VII*. Curitiba: Multideia, 2012.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução: Laura Teixeira Motta. Revisão técnica: Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Controle judicial dos limites constitucionais à liberdade de imprensa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TELLES, André. Precisamos padronizar as definições entre Redes Sociais e Mídias Sociais! Midiatismo. Disponível em: <<http://www.midiatismo.com.br/comunicacao-digital/definicao-de-rede-social-e-midia-social>>. Acesso em: 18 nov. 2013.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2007.

WINK, Fernando Pritsch. Redes Sociais na Sociedade da informação: a solidariedade na atuação dos movimentos sociais no ciberespaço. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga. **Direitos Fundamentais na Sociedade da Informação**. Florianópolis: UFSC/GEDAI, 2012. p. 11-27

## **A ENGENHARIA REVERSA DE PROGRAMAS DE COMPUTADOR NO BRASIL. UMA ANÁLISE A RESPEITO DA SUA VIABILIDADE LEGAL.**

*Luca Schirru* <sup>146</sup>

*Grupo de Estudos do NEDAC - PPED/UFRJ*

**RESUMO:** Não obstante estar sendo verificado na Indústria Brasileira de Software e Serviços de TI (IBSS) um crescimento constante no número de empresas envolvidas no desenvolvimento de softwares, os esforços de inovação sofreram quedas em determinados períodos por conta de condições de mercado. O presente trabalho tem por objetivo estudar uma importante fonte de inovação adotada no setor de software: a engenharia reversa. Tal prática encontra um cenário de insegurança jurídica na legislação específica sobre programas de computador em vista do fato de que, mesmo após a assinatura do Acordo TRIPS pelo Brasil, o arcabouço legal brasileiro não abordou de maneira expressa tal prática. A análise aqui proposta será sob a perspectiva de verificar se a engenharia reversa de programas de computador encontra respaldo legal, seja da legislação especial, seja através sob os preceitos constitucionais.

**PALAVRAS-CHAVE:** DIREITO AUTURAL – PROGRAMAS DE COMPUTADOR – INOVAÇÃO TECNOLÓGICA – ENGENHARIA REVERSA

### **INTRODUÇÃO**

Segundo dados da SOFTEX, a Indústria Brasileira de Software e Serviços de TI (IBSS), no período entre 2003 e 2009 contou com o crescimento de um número de empresas de, em média, 4,3% a.a. e, caso mantida tal taxa de crescimento, em 2014 serão cerca de 80

---

<sup>146</sup> Pesquisador do NEDAC, cursando a pós-graduação em propriedade intelectual pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ) e o Mestrado em Inovação e Propriedade Intelectual na Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPED-IE).

mil empresas envolvidas no desenvolvimento de *softwares* customizáveis, não customizáveis e sob encomenda, licenciamento de *softwares*, consultorias, suporte técnico e manutenção em *softwares*, dentre outras atividades relacionadas a essa indústria (SOFTEX, 2012).

Não obstante os esforços para o desenvolvimento do setor de *software* no Brasil, verificou-se que no período de 2006 a 2008 a taxa de inovação da IBSS teve uma queda de 9,4 pontos percentuais em comparação com o período de 2003 a 2005<sup>147</sup> (SOFTEX, 2012).

Dentre as razões da não-realização de inovações pelas empresas pesquisadas para o período de 2006 até 2008, 59,4% das empresas afirmaram que não inovaram por conta das condições de mercado<sup>148</sup> (SOFTEX, 2012).

Nesse ponto, a engenharia reversa de programas de computador pode se configurar como uma importante ferramenta no desenvolvimento de ferramentas competitivas e acessíveis.

Inclusive, Haynes (1999) aponta que a inovação é fomentada basicamente por três condutas:

- (i) a engenharia reversa;
- (ii) as patentes e
- (iii) a literatura técnica.

Bloquear qualquer uma dessas condutas seria o mesmo que bloquear qualquer possibilidade de inovação por parte de qualquer indivíduo que não o detentor de direitos autorais (HAYNES, 1999).

O problema verificado, e que fundamenta o presente estudo, é o fato de que a prática de Engenharia Reversa em programas de computador encontra um cenário de insegurança jurídica na legislação específica sobre programas de computador que, após a assinatura do Acordo TRIPS pelo Brasil, não abordou de maneira expressa tal prática.

---

<sup>147</sup> Dados obtidos a partir de informações do Observatório SOFTEX, a partir de IBGE – Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Indústria, Pesquisa de Inovação Tecnológica (PINTEC), anos 2005 e 2008.

<sup>148</sup> Observatório SOFTEX, a partir de IBGE – Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Indústria, Pesquisa de Inovação Tecnológica (PINTEC) 2008.

## OBJETIVOS:

O presente estudo tem, portanto, como objetivo geral a verificação a respeito da viabilidade legal da engenharia reversa de programas de computador no Brasil.

## METODOLOGIA DE ANÁLISE

Para a verificação a respeito da existência de regulação legal da engenharia reversa de *software* no Brasil será necessária, em um primeiro momento, a análise do texto do Acordo TRIPS (1994) para verificar se tal acordo dispõe de normas específicas sobre a engenharia reversa de programas de computador, bem como para situar o referido acordo em um determinado cenário político e econômico.

Posteriormente, far-se-á necessária a análise da Legislação Nacional sobre Propriedade Intelectual no Brasil elaborada a partir da assinatura do TRIPS, notadamente as Leis nº 9.609/98 e nº 9.610/98, cuja questão da engenharia reversa de programas de computador foi devidamente analisada por autores nacionais como Denis Borges Barbosa (2010) e Santos (2008).

A análise das referidas leis buscará identificar disposições favoráveis ou não à engenharia reversa de *software*.

Por fim, será realizada uma busca jurisprudencial através de pesquisa nos *websites* dos Tribunais de Justiça dos vinte e sete estados, no *website* do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, bem como serão pesquisadas jurisprudências de Tribunais Federais, como é o caso do STF, STJ, TRF1, TRF2, TRF3, TRF4, TRF5, TNU, TRU e TR.

## RESULTADOS:

Não obstante algumas disposições do TRIPS terem sido prejudiciais às práticas de engenharia reversa adotadas no Brasil, principalmente pelo setor farmacêutico<sup>149</sup>, tal prejuízo se deu de

---

<sup>149</sup> Conforme aponta RYAN (2010, p. 1082): "Brazilian pharmaceutical makers were at liberty to reverse-engineer, manufacture, and Market products under patent in the United States and Europe because pharmaceutical compositions were not patentable subject matter in Brazil. But, in 1996 the Cardoso administration led the Brazilian congress to amend the patent laws with Law no. 9.279 to allow for the patentability of pharmaceutical product patents so that, subject to precedural processes and some restrictions, only patent-holders or their licensees would be permitted to Market under-patent medicines."

maneira indireta, seja através da estipulação de novas matérias patenteáveis ou através da determinação de um prazo mínimo de proteção de patentes.

Nos casos dos Programas de Computador, sob TRIPS, caso seja elaborado um novo programa com as mesmas funcionalidades, mas codificado de maneira totalmente independente, não constitui uma infração aos direitos do titular do primeiro programa.

Isso implica, portanto, em uma não proibição de TRIPS para a engenharia reversa em programas de computador, desde que realizada através de meios honestos (UNCTAD – ICTSD, 2005, p. 156).

O Brasil, como membro da OMC e signatário do TRIPS, teve que alterar a sua legislação interna de forma a atender os requisitos mínimos de proteção impostos pelo referido Tratado.

Juntamente com a Lei n 9.279 (1996) (Lei de Propriedade Industrial) foram elaboradas outras Leis referentes à proteção de bens intangíveis, como é o caso da Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610, 1998) e a Lei de Software (Lei nº 9.609, 1998), tendo esses diplomas legais que se adequar aos requisitos mínimos impostos pelo TRIPS.

Em uma primeira análise, a proteção pelo direito autoral para os programas de computador se revela como um fator benéfico à prática de engenharia reversa, pois a proteção garantida pelo Direito Autoral não se estende ao conteúdo tecnológico daquele programa, estando, portanto, aberto à desmontagem conceptual e à evolução técnica desta resultante (Barbosa, 2010).

Portanto, merece destaque o entendimento de Barbosa (2010) ao afirmar que a proteção autoral não protegerá o programa de computador contra a engenharia reversa.

Caso ocorresse tal blindagem, estaria frustrado o desenvolvimento tecnológico (Barbosa, 2010).

Por outro lado, a interpretação de determinadas disposições da Lei de Software pode implicar em uma ilegalidade de atos necessários para a prática da engenharia reversa de programas de computador, como é o caso do art. 6º, I.

Segundo Santos (2008, p.388-389) “a descompilação envolve a geração de uma nova versão do código fonte, tal ato pode ser

considerado como uma forma de reprodução não autorizada”, o que, sob o referido art. 6º, I, só é permitido para fins de salvaguarda ou armazenamento eletrônico.

Não bastassem as disposições específicas contidas na Lei de Software, a Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610, 1998) traz consigo algumas hipóteses prejudiciais à engenharia reversa de software, especificamente em seu art. 107 e incisos, que buscam proteger os Métodos de Gestão de Direitos Digitais (ou DRM – Digital Rights Management), que podem ser caracterizados como sistemas de gestão de direitos que restringem o acesso e cópias de obras visando garantir a proteção dos direitos de propriedade intelectual ali compreendidos.

No que se refere à pesquisa jurisprudencial, ao contrário do que pode ser observado da análise de casos norte-americanos, onde a engenharia reversa de programas de computador figurava como protagonista, a engenharia reversa de programas de computador não foi objeto de análise aprofundada por nossos Tribunais.

A contribuição para a discussão a respeito da viabilidade legal da engenharia reversa de programas de computador no Brasil se deu, basicamente, de maneira indireta e por meio de laudos periciais.

Não obstante a tímida jurisprudência sobre o tema, a partir da análise dos casos analisados trazidos, podem ser resumidos alguns dos pontos verificados no Poder Judiciário Brasileiro ao se deparar com essa questão.

A maior parte dos julgados abordados contribuiu para a discussão do tema a partir dos seguintes entendimentos:

- (i) Um programa de computador desenvolvido a partir da Engenharia Reversa de Programas de Computador não se configura como uma cópia servil, cópia ilegal ou pirataria;
- (ii) A engenharia reversa por si só, bem como a análise funcional de um programa de computador não se constituem como atividades ilegais, desde que não sejam utilizadas com o objetivo de violar direitos autorais de terceiros;
- (iii) A finalidade experimental, educacional, bem como aquelas relacionadas à pesquisa científica e tecnológica de uma prática de

engenharia reversa de programas de computador afasta ainda mais a possibilidade de enquadramento de tal prática como um ato ilegal;

(iv) Um programa de computador desenvolvido a partir da prática da engenharia reversa e que apresentasse similaridades funcionais ao programa original não caracterizaria uma violação de direito autoral, desde que a linguagem de programação fosse diversa.

Não obstante os entendimentos acima, o número reduzido de casos identificados em nossa Jurisprudência dificulta a observação de entendimentos já consolidados pelos Tribunais, principalmente pela existência de julgados que ainda consideram necessária autorização prévia para o desenvolvimento de um programa de computador que se baseie em programa anterior.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho não pretende esgotar as discussões sobre os entraves legais para a engenharia reversa, mas sim apontar para a inexistência de artigo específico sobre o tema na Lei de Software, o que acarreta em dúvidas a respeito da viabilidade legal ou não da prática da engenharia reversa em programas de computador no Brasil.

Ao contrário do que foi observado quando da análise dos casos pré-DMCA na Justiça Norte-Americana, os casos aqui expostos não fornecem ainda uma estrutura sólida o bastante para debater o tema sob as mais diversas perspectivas, seja do Direito Autoral, da concorrência, da inovação e do desenvolvimento científico e tecnológico do País.

Em vista do que foi acima exposto, e ressaltando-se a ausência de disposição específica sobre o tema, deverá ser levada em conta a importância da observância do princípio constitucional da função social da propriedade e a incidência da cláusula finalística do art. 5º, XIX da Constituição Federal de 1988 sobre os programas de computador<sup>150</sup> quando da análise a respeito da viabilidade legal da prática da engenharia reversa de software.

---

<sup>150</sup> Barbosa (2010, pp. 1860-1861): "Quando nos foi dado propor a redação do que acabou por incluir-se na Constituição de 1988 com seu art. 5º, XXIX, ou seja, a tutela da propriedade industrial, entendemos adequado fazer previsão específica para a proteção de criações industriais, outras que a da patente, possibilitando assim a criação de proteções específicas. A natureza do regime constitucional que ampara a Lei 9.609/98, assim, não é a do art. 5º XXVII, que tutela a criações autorais, mas regime específico, consentâneo com a natureza tecnológica dessa criação.

**REFERENCIAS:**

ANDERSEN, Birgitte. If "Intellectual Property Rights" is the Answer, What is the Question? Revisiting the Patent Controversies. *Economics of Innovation and New Technology*, 2004, Vol. 13(5), July, pp. 417-442

ASSOCIAÇÃO PARA PROMOÇÃO DA EXCELÊNCIA DO SOFTWARE BRASILEIRO (SOFTEX). Software e Serviços de TI. A Indústria Brasileira em Perspectiva. n.2. Observatório SOFTEX - Campinas. 2012. Disponível em <http://www.softex.br/wp-content/uploads/2013/07/2012-Observatorio-Softex-Industria-Brasileira-Software-Servicos-TI-em-perspectiva-Versao-Completa-Portugues.pdf>.

BARBOSA, Denis B. Tratado da Propriedade Intelectual. Tomo III. Rio de Janeiro, RJ. Editora Lumen Juris, 2010. p. 349.

CORIAT, Benjamin; ORSI, Fabienne. The New Role and Status of Intellectual Property Rights in Contemporary Capitalism in INFORMATION, INTELLECTUAL PROPERTY, AND ECONOMIC WELFARE. Turin, Italy. May 15-16 2006 , Fondazione Luigi Einaudi. Pp.1-22

DRAHOS, Peter. Global Property Rights in Information: the story of TRIPS at the GATT. *Prometheus*, v.13, n.1, jun. 1995.

HAYNES, Mark A. Commentary: Black Holes of Innovation in the Software Arts. *Berkeley Technology Law Journal*. Vol .14. issue 2. 1999. Pp.567-575. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol14/iss2/3>

RYAN, Michael P. Patent Incentives, Technology Markets, and Public-Private Bio-Medical Innovation Networks in Brazil. *World Development*. Vol. 38. No. 8. 2010. Elsevier Ltd. Pp. 1082-1093.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. A proteção autoral de programas de computador. Rio de Janeiro, RJ: Editora Lumen Juris, 2008. 454 p. (Coleção: Propriedade Intelectual, Org. Denis Borges Barbosa).

SAMUELSON, Pamela; SCOTCHMER, Suzanne. The law and economics of reverse engineering. *Yale Law Journal*, 2002, 111.7, May, pp.1575.

TIGRE, Paulo B. Gestão da Inovação: A economia da tecnologia no Brasil. 2ª Edição. Rio de Janeiro, RJ: Elsevier, 2014. 296 p.

UNCTAD - ICTSD. Resource Book On Trips And Development. New York, Cambridge University: Cambridge University Press, 2005, 811 p.

WORLD TRADE ORGANIZATION. Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. Marrakesh, 1994. Disponível em: [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/trips\\_e/t\\_agm0\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm0_e.htm). Acesso em 10 abr. 2014.

ZIEMINSKI, Craig E. Game Over for Reverse Engineering?: How the DMCA and Contracts have affected Innovation. *Journal of Technology Law and Policy*. December, 2008. 13 (2). Pp. 289-339

## DISPOSITIVOS TECNOLÓGICOS DE PROTECÇÃO, INFORMAÇÕES PARA A GESTÃO ELECTRÓNICA DE DIREITOS E UTILIZAÇÕES LIVRES NO DIREITO PORTUGUÊS: UM DESIQUILÍBRIO PARADOXAL EM DESFAVOR DOS UTILIZADORES

*Maria Victória Rocha* <sup>151</sup>

*Grupo de Estudos da Escola de Direito da Católica Porto*

**RESUMO:** A protecção das medidas tecnológicas e da informação para a gestão eletrónica de direitos, introduzida no Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos português em 2004 - como consequência dos Tratados OMPI de 1996 e da transposição da Diretiva 2001/29/CE - é demasiado ampla. Isto permite aos titulares aumentar os seus direitos de exclusivo de exploração para áreas tradicionalmente livres de direitos de autor e de direitos conexos e, inclusive, a protecção da informação organizada pelo direito *sui generis* do produtor de bases de dados, o que afeta o equilíbrio entre os titulares de direitos e os utilizadores, com graves danos para estes últimos e para a sociedade, em geral, afetando o desenvolvimento da cultura, da educação, da liberdade de expressão e de informação. Deste modo, cria-se uma situação paradoxal: na Sociedade da Informação, em que a informação digitalizada é acessível apenas à distância de um clique, o utilizador pode estar menos protegido que na era analógica. A legislação nacional, no entanto, é apenas reflexo do que ocorre a nível da União Europeia e não só (cf. por exemplo, os EUA). A gravidade da situação requer uma reflexão sobre todos estes aspectos à escala internacional.

**PALAVRAS CHAVE:** Código do Direito de Autor e Direitos Conexos Copyright, Copyleft, Creative Commons, Fair Use, Diretiva; DRM (Digital RightsManagement).

---

<sup>151</sup> Licenciatura em Direito pela Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, em 1986. Licenciatura em Línguas e Literaturas Modernas (Inglês/Alemão) pela Faculdade de Letras da Universidade do Porto, em 1983. Mestre em Direito pela Escola de Direito de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa, na área do Direito Comercial, em 1993. Doutora em Propriedade Intelectual pela Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela, em 2000. - See more at: <http://www.direito.porto.ucp.pt/pt/Maria-Victoria-Rocha#sthash.UcDAuHBZ.dpuf>

## INTRODUÇÃO

### I. Noções Gerais: Dispositivos Tecnológicos De Protecção, Informações Para A Gestão Electrónica De Direitos E Utilizações Livresno Direito Internacional E No Direito Português

Os dispositivos tecnológicos de protecção e de informação para a gestão dos direitos de autor e direitos conexos são regulados em Portugal, como nos restantes países da União Europeia, de acordo com os Tratados OMPI 1996 (respectivamente, arts. 11.º e 12.º do Tratado sobre Direito de Autor e arts. 18.º e 19.º do Tratado sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas) e a Directiva 2001/29/CE, de 22 de Maio, relativa à harmonização de determinados aspectos dos direitos de autor e direitos conexos na sociedade da informação (arts. 6.º e 7.º)<sup>152</sup>.

De acordo com os Tratados em causa, os dispositivos tecnológicos de protecção só podem ser tutelados se forem eficazes, utilizados por autores, artistas intérpretes, executantes ou produtores de fonogramas, no exercício dos direitos de autor ou direitos conexos previstos nos Tratados ou na Convenção de Berna e restringirem actos não autorizados pelos titulares dos direitos em causa ou não permitidos por lei.

Quanto aos dispositivos tecnológicos de protecção, aparentemente, a Directiva foi mais longe do que os Tratados OMPI 1996. Não se limitou a proibir actos de neutralização dos dispositivos tecnológicos, mas também a abranger os actos preparatórios dessa neutralização, como fabrico e venda, aluguer, publicidade para efeitos de venda ou aluguer ou posse para fins comerciais desses produtos<sup>153</sup>. A tutela é extensiva ao fabricante da base de dados, não

---

<sup>152</sup> Tratados aprovados em Portugal pelas Resoluções da Assembleia de República, respectivamente, 53/2009 e 81/2009, ambas de 5 de Fevereiro, ratificadas pelos Decretos do Presidente da República 68/2009, de 30 de Julho, e 77/2009, de 27 de Agosto. Directiva transposta para o nosso Ordenamento pela Lei 50/2004, de 24 de Agosto (doravante designada por Directiva).

<sup>153</sup> Os Tratados OMPI apenas se referem a actos de neutralização, tendo sido o consenso possível resultante da forte discussão que envolveu todos os interessados, em que se destaca a pressão exercida pelos fabricantes dos dispositivos de neutralização. Daí que não seja estranho terem ficado, aparentemente, de fora, os denominados «actos preparatórios», ou seja, os actos de produção, comercialização, oferta ou distribuição de medidas tecnológicas dos dispositivos tecnológicos de protecção de fabrico e comercialização de produtos susceptíveis de a realizar, embora estes possam

abrangidos nos Tratados OMPI 1996. Ainda, é admitida a protecção dos dispositivos tecnológicos de protecção contra formas de utilização livres de acordo como Direito de Autor e Direitos conexos, não consentidas pelos autores, titulares de direitos de autor ou titulares de direitos conexos<sup>154</sup>.

Com a transposição da Directiva, os dispositivos tecnológicos de protecção e as medidas para a informação e gestão de direitos passam a ser previstos no Código do Direito de Autor e Direitos Conexos (doravante designado por CDADC), no Título VI, sob a epígrafe

---

ser mais lesivos do que os actos individuais de neutralização. Com mais pormenor, entre outros I. Garrote Fernández-Díez, in R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, págs. 2047-2051. Para este autor, a solução permitiu aos Estados que ratificaram os Tratados chegarem a soluções alternativas ou cumulativas. Por exemplo, o Japão e a Austrália apenas sancionam as actividades de fabricação e comercialização de aparelhos e instrumentos destinados a neutralizar as medidas. Já nos Estados Unidos e na EU, também se proíbem os actos individuais de neutralização. Veja-se, também, D. Moura Vicente, «Direito de Autor e Medidas Tecnológicas de Protecção», Apdi e J. de Oliveira Ascensão (coord.), *Direito da Sociedade da Informação*, VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pág. 506 e L. M. Teles Menezes Leitão, *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2011, págs. 368-369. Ambos consideram que os Tratados OMPI apenas se referem às medidas individuais de neutralização. Dão conta, nos EUA, do *Digital Millennium Copyright Act*, de 1998, afirmando que foi mais longe, proibindo as tais medidas de produção, comercialização, oferta ou distribuição dos dispositivos tecnológicos de protecção. Os tribunais aplicaram pela primeira vez esta proibição no caso *Universal Studios Inc. v. Corley*. Erick Corley, editor da revista *online 2600 The Haker Quarterly*, que foi sancionado pela divulgação do programa DeCSS, possibilitador da neutralização do *ScrambleSystem* (CSS).

No entanto, na doutrina há quem afirme que o cumprimento dos Tratados OMPI impõe a proibição de neutralização de actos preparatórios e que a previsão nas legislações nacionais de sanções apenas contra actos de neutralização implica incumprimento do Tratado. Portodos, M. Ficsor, «The Wipo “Internet Treaties”: the United States as the Driver; the United States as the main Source of Obstruction», *John Marshall Review of Intellectual Property Law*, vol. 6, 2006, pág. 25 ss.

<sup>154</sup>A referência à terminologia DRM (Digital Rights Management) não tem reflexo legal no nosso país, pelo que não se deve substituir à aos conceitos legais de medida tecnológica de protecção e informação para a gestão de direitos, ambos perfeitamente ajustados ao nosso sistema. Assim também em Espanha, como testemunha I. Garrote Fernández-Díez, in R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, pág. 2041. Os DRM traduzem-se num conjunto de medidas tecnológicas que permitem identificar e seguir a obra/prestação colocada *online* com o objectivo de facilitar a exploração comercial desta, em ligação com a contratação *online*. Em pormenor, entre outros, S. Bechtold, «Multimedia und Urheberrecht. Einige grundsätzliche Anmerkungen», *GRUR*, 1998, pág. 19 ss. (também referido por I. Garrote Fernández-Díez, *Comentario*, *op. cit.*, pág. 2041, nota 4) e, mais recentemente, C. May, *Digital Rights Management. The Problem of Expanding Ownership Rights*, Chandos, Oxford, 2007. O DRM é um esquema complexo que inclui a combinação de medidas tecnológicas, sistemas de contratação em linha e sistemas de informação para a gestão de direitos de modo a identificar as obras/prestações/produtos protegidos que são objecto de exploração, os titulares de direitos, os utilizadores, e sistemas de monitorização de cada concreta utilização da obra/prestação efectuada pelo utilizador que obtém uma licença para desactivar a medida tecnológica dos titulares de direitos (noção bastante conseguida de I. Garrote Fernández-Díez, *Comentario*, *op. cit.*, págs. 2042-2043, nota 4). Com muito detalhe sobre DRM, C. May, *Digital...*, *op. cit.*, pág. 27 ss., pág. 46 ess., e pág. 67 ss.

«Protecção das medidas de carácter tecnológico e das informações para a gestão electrónica de direitos», arts. 217.<sup>o</sup> a 228.<sup>o</sup>.

Nos termos do art. 217.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 1 CDADC, é assegurada a protecção jurídica prevista no CDADC, para os autores e titulares de direitos conexos, bem como a protecção assegurada pelo direito *sui generis* ao fabricante da base de dados (prevista no D.L. 122/2000, de 4 de Julho)<sup>155</sup>, exceptuados os programas de computador, contra a neutralização de qualquer medida de carácter tecnológico eficaz. Para que as medidas sejam eficazes, basta que permitam algum grau de controlo da utilização dos bens protegidos, não é necessário que impeçam o acesso aos bens em causa.

Os Tratados OMPI de 1996 e a Directiva não indicam directamente quem são os titulares da protecção. Embora o artigo 8.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 2 da Directiva indirectamente refira «os titulares dos direitos cujos interesses sejam afectados por uma violação», tal não implica que outros sujeitos não possam estar abrangidos. OCDADC resolveu a questão no n.<sup>o</sup> 1 do art. 217.<sup>o</sup>, abrangendo os autores, os titulares de direitos de autor, os titulares de direitos conexos e o fabricante da base de dados protegida pelo direito *sui generis*, exceptuados os programas de computador, por terem legislação própria<sup>156</sup>.

De acordo com o n.<sup>o</sup> 2, as «medidas de carácter tecnológico» compreendem toda a técnica, dispositivo ou componente que, no decurso do seu funcionamento normal, se destinem a impedir ou restringir actos relativos a obras, prestações e produções protegidas, que não sejam autorizadas pelo titular dos direitos de propriedade intelectual, excluídos os protocolos, formatos, algoritmos e métodos de criptografia, de codificação ou de transformação<sup>157</sup>.

Nos termos do n.<sup>o</sup> 4, a aplicação destas medidas de controlo de acesso é voluntária e opcional para o detentor de direitos de reprodução da obra, enquanto tal seja expressamente autorizado pelo criador intelectual. Esta disposição implica que a autorização do criador intelectual seja essencial para a lícita introdução de medidas

---

<sup>155</sup>Que transpôs a Directiva 96/9/CE.

<sup>156</sup>DL núm. 252/94, de 27 de Novembro, que transpôs para o nosso ordenamento a Directiva 91/250/CEE.

<sup>157</sup>Exclui-se a qualificação, como medidas tecnológicas protegidas, de um protocolo, formato, algoritmo ou método de criptografia de codificação ou de transformação. D. Moura Vicente, «Medidas...», *op. cit.*, pág. 507, deixa a questão pertinente de saber qual o conteúdo útil que, feita aquela exclusão, fica reservado às medidas tecnológicas previstas no CDADC, a que acresce a questão da conformidade dessa exclusão com a Directiva, que não a prevê.

tecnológicas de restrição do acesso à obra. No entanto, a decisão sobre a sua utilização compete aos titulares dos direitos de distribuição, não podendo o autor, que haja permitido essa distribuição, impor a implementação de tais medidas.<sup>158</sup> Ao exigir autorização expressa, o artigo 217.º, nº. 4, vai além do imposto pela Directiva<sup>159</sup>. No entanto, uma vez que o CDADC já reserva ao titular de direitos de autor o poder de escolher livremente os processos e condições de exploração da obra, nos termos do artigo 68.º, nº. 3, e, quanto ao contrato de edição, que o mesmo deve mencionar o número de edições, o número de exemplares de cada edição e o preço de venda ao público de cada exemplar (art. 86.º, nº. 1 CDADC), a exigência do art. 217.º, nº. 4 não se afasta do regime anterior.

O art. 219.º estende a protecção aos actos preparatórios, tais como fabrico, importação, distribuição, venda, aluguer, publicidade para venda ou aluguer ou posse para fins comerciais de produtos ou componentes, bem como à prestação de serviços com a finalidade de neutralização e o art. 220.º aos acordos, decisões de autoridades, ou de aplicação voluntária pelos titulares de direitos.

O art. 223.º, nº 1, alarga a protecção jurídica aos titulares de direitos de autor e de direitos conexos, bem como ao fabricante das bases de dados protegidas pelo direito *sui generis*, contra as violações dos dispositivos de informação para a gestão electrónica de direitos, com excepção dos programas de computador, entendendo-se como tal, nos termos do nº 2, toda a informação prestada pelos titulares dos direitos que identifique a obra, a prestação e a produção protegidas, a informação sobre as condições de utilização destes, bem como quaisquer números ou códigos que representem essa informação.

O nº3 esclarece que a protecção jurídica incide sobre toda a informação para a gestão dos direitos presente no original ou cópias das obras, prestações ou produções protegidas ou, ainda, no âmbito de qualquer comunicação pública.

Nos termos do artigo 228.º, a tutela do CDADC não prejudica outros tipos de tutela, designadamente, a Propriedade Industrial, caracteres tipográficos, acesso condicionado, acesso ao cabo de serviços de radiodifusão, protecção do património nacional, depósito legal, concorrência, concorrência desleal, segredo comercial,

---

<sup>158</sup>Neste sentido, L. M. Teles Menezes Leitão, *Direito de Autor, op. cit.*, págs. 370-371.

<sup>159</sup>Com mais detalhe, D. Moura Vicente, «Medidas...», *op. cit.*, pág. 508.

segurança, confidencialidade, protecção dos dados pessoais e da vida privada, acesso aos documentos públicos e ao direito dos contratos.

## II. Razão De Ser Destas Medidas

A protecção das medidas de tecnológicas e dos sistemas de informação e gestão de dados insere-se na questão mais vasta da criminalização dos *downloads* não autorizados (nomeadamente, através das redes P2P) e das iniciativas para cortar o acesso à *Internet* (cfr. Lei HADOPI, em França<sup>160</sup> e Lei SINDE, em Espanha<sup>161</sup>, projectos PIPA<sup>162</sup> e SOPA<sup>163</sup> nos EUA, e Tratado ACTA<sup>164</sup>).

A ideia de base é a de que as redes internacionais de comunicações electrónicas e a digitalização implicaram o acesso fácil do público em geral à informação, máxime, que circula na *Internet*, e também aos bens culturais protegidos pelo Direito de Autor e pelos Direitos Conexos. No entanto, este acesso maciço implica um enorme risco de violação à escala mundial das obras, prestações ou informação protegidas, nomeadamente, dado o fácil acesso a tais bens e à realização de cópias idênticas aos originais. Aos riscos tecnológicos pode-se responder com a própria tecnologia (na frase conhecida de Charles Clark: *the answer to the machine is the machine*)<sup>165</sup>, desde que sancionada pela lei. Daí as tecnologias destinadas a impedir e a controlar o acesso aos utilizadores não autorizados. Mas, a tecnologia só por si não é suficiente, uma vez que é sempre possível criar novas tecnologias destinadas a neutralizar as já existentes. Impõe-se a intervenção do sistema jurídico, para sancionar a

---

<sup>160</sup>Para uma visão global da lei: [http://en.wikipedia.org/wiki/HADOPI\\_law](http://en.wikipedia.org/wiki/HADOPI_law), consultada em 30 de Abril de 2013

<sup>161</sup>Para uma visão global da lei: [http://en.wikipedia.org/wiki/Ley\\_Sinde](http://en.wikipedia.org/wiki/Ley_Sinde), consultada em 30 de Abril de 2013

<sup>162</sup>Para uma visão global do projecto: [http://en.wikipedia.org/wiki/PROTECT\\_IP\\_Act](http://en.wikipedia.org/wiki/PROTECT_IP_Act), consultado em 30 de Abril de 2013

<sup>163</sup>Para uma visão global do Projecto: [http://en.wikipedia.org/wiki/Stop\\_Online\\_Piracy\\_Act](http://en.wikipedia.org/wiki/Stop_Online_Piracy_Act), consultado em 30 de Abril de 2013.

<sup>164</sup>Para uma visão global do Tratado, que não está em vigor por falta das necessárias ratificações: [http://en.wikipedia.org/wiki/Anti-Counterfeiting\\_Trade\\_Agreement](http://en.wikipedia.org/wiki/Anti-Counterfeiting_Trade_Agreement), consultado em 30 de Abril de 2013.

<sup>165</sup>Ch. Clark, «The answer to the machine is the machine», P. B. Hugenholtz (coord.), *The future of Copyright in a Digital Environment*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, pág. 139 ss.

neutralização dos dispositivos tecnológicos e dos sistemas de informação e gestão de dados <sup>166</sup>.

O problema surge quando estas sanções impostas pelo Direito vão além do desejável, criando uma protecção hipertrofiada que coloca

---

<sup>166</sup>Não entraremos na questão da criminalização de *downloads* para uso privado, nem nas iniciativas de cortar o acesso à *Internet*, medidas com as quais estamos em absoluto desacordo, apenas porque excederiam os objectivos deste estudo. Todavia, deixamos como apontamento que o dogma de que «uma cópia pirata é uma cópia perdida», muito difundido pelas entidades de gestão, como forma também de protegerem os seus próprios interesses, há muito tempo foi colocado em causa pelos próprios titulares de direitos e por diversos estudos universitários (entre os quais, trabalhos da prestigiada Universidade de Harvard), funcionando o *download* para uso privado, muitas vezes, como forma de ascensão de artistas não conhecidos e de controlo, pelas próprias produtoras multinacionais que tanto se queixam, do sucesso dos seus produtos a lançar no mercado físico. A coexistência de um mercado de serviços *online* com um mercado no mundo físico não aniquila este segundo, desde que as empresas saibam mudar a forma de fazer o seu negócio, nomeadamente, dando valor acrescentado aos bens que vendem, baixando os preços, e acrescentando, por exemplo, na área da música, mais músicas de sucesso em cada CD/DVD, sob pena de os titulares de direitos fazerem eles próprios a produção ou recorrerem apenas a produtores executivos e os utilizadores preferirem fazer *downloads*, mesmo não autorizados. Acresce a venda dos CDS/ DVDs logo quando terminam os espectáculos ao vivo, aproveitando o entusiasmo do público, eventualmente com a assinatura dos autores, intérpretes ou executantes. Quanto ao mercado *online*, a solução passa por baixar drasticamente os preços (o que já começa a acontecer, nomeadamente, como *spotify* e as operadoras de redes telefónicas, que praticam preços muito mais baixos do que o *i-Tunes*), e pela remuneração através de receitas publicitárias, por cada clique, em vez dos tradicionais *royalties*. O *copyleft*, está muito longe de ser a causa da crise, nomeadamente no âmbito musical, como atestou a revolução *Radiohead*, um de muitos exemplos que poderíamos mencionar, mas que se tornou emblemático, (<http://pt.wikipedia.org/wiki/Radiohead>, consultado em 30 de abril de 2013), bem como a posição dos MontyPython, no audiovisual, lançando o *MontyPythonyoutubechannel* (<http://www.techdirt.com/articles/20081119/0307122880.shtml>, consultado em 30 de abril de 2013).

O mesmo se se diga das *creativecommons* (entre nós: <http://creativecommons.pt/>, consultado em 30 de Abril de 2013), em que os titulares, a um nível intermédio entre *open source/copyleft* e *copyright*, optam por conceder licenças *standart*, mais abertas ou mais fechadas, para o utilizador saber o que pode ou não fazer.

Em todo o caso, criminalizar não resolve o problema: se é fechada uma rede P2P hoje, no próprio dia abre outra. Por isso, saudamos a decisão do DIAP de não acusar milhares de utilizadores privados por *downloads* não autorizados para uso privado (<http://www.publico.pt/tecnologia/noticia/diap-arquiva-processo-contrapartilha-de-ficheiros-por-ser-impossivel-identificar-responsaveis-1564850>, consultado em 30 de Abril de 2013).

Sobre o caso mundialmente famoso *Megaupload*, consulte-se J. Bahati, *L'affaire MEGAUPLOAD et la question du téléchargement illégal sur Internet*, CreateSpace Independent Publishing Platform, Bélgica 2012, também disponível em <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.0/be/>. Veja-se também <http://en.wikipedia.org/wiki/Megaupload>, e sobre o novo Mega, <https://mega.co.nz/> consultados em 30 de Abril de 2013.

Quanto ao corte da *Internet*, parece-nos, inclusive, inconstitucional, pois exclui indiscriminadamente os utilizadores do acesso à informação, numa época em que quase toda ela passa por este meio digital, na denominada Sociedade da Informação. Por outro lado, também não resolve o problema da crise do negócio dos bens culturais.

A solução deveria antes passar pelo pagamento de um montante destinado aos titulares de direitos de autor e direitos conexos quando se fazem e renovam contratos de acesso, como acontece, entre nós, com o pagamento às entidades de radiodifusão, que aparece, uma vez por ano, na conta da electricidade.

em causa os direitos dos legítimos utilizadores das obras prestações e produtos protegidos. Cria-se, então, um paradoxo na própria Sociedade da Informação: uma protecção excessiva injustificada dos titulares direitos que asfixia a circulação da informação, prejudicando os utilizadores e, indirectamente, a sociedade em geral, condenando-os à infoexclusão, numa época em que praticamente toda a informação relevante passa por meios digitais, em particular pela *Internet*.

Os titulares de direitos de autor e direitos conexos nunca tiveram o direito de controlar o uso privado, há limites ao direito de autor e direitos conexos que sempre foram impostos e obras e prestações que não são protegidas, por não satisfazerem os requisitos de protecção ou por os direitos de exploração já terem caído no domínio público.

Os dispositivos tecnológicos e os sistemas de gestão e informação, aplicados indiscriminadamente, fazem com que se corra o risco sério, paradoxal e irónico, de a Sociedade da Informação se transformar numa sociedade *pay-per-view*, em que o acesso à informação, às ideias e bens culturais tradicionalmente livres na era analógica, têm que ser pagos, numa época em que a *Internet*, meio, por excelência, de comunicação pública, permite um fluxo cada vez maior e mais imprescindível de informação digitalizada e à distância de um clique.

Só um adequado balanço entre os interesses dos titulares de direitos e dos utilizadores permite a promoção e difusão da cultura e da informação, imprescindíveis para a evolução da sociedade, se revela aceitável. Este equilíbrio, em nosso entender, está colocado em causa pela legislação vigente, que restringeem demasia a liberdade de utilização das criações intelectuais e da própria informação pelo público em geral. O livre acesso à informação, convém não esquecer, faz parte dos direitos, liberdades e garantias, em democracia.

### **III. Regime E Críticas Relativamente Aos Dispositivos Tecnológicos Em Portugal**

Independentemente de outras classificações possíveis, Koelmane Helberger, dividem os dispositivos tecnológicos em quatro

tipos, a que aderem, em Portugal, Moura Vicente e Menezes Leitão<sup>167</sup>, sendo certo que alguns aparecem combinados com sistemas de informação para a gestão de direitos (o que é normal acontecer na prática), ou se traduzem predominantemente em medidas de informação e gestão, pelo que a classificação deveria ter um título mais abrangente. Usá-la-emos, contudo, por motivos de facilidade de exposição. Encontramos, de acordo com classificação exposta:

a) Mecanismos que colocam o acento no controlo do acesso. Alguns exemplos: permite-se o acesso a um conteúdo colocado *online* através da própria fonte, exigindo uma senha de acesso, normalmente em conexão com um contrato de licença que tem como contrapartida um pagamento; controla-se o acesso através do receptor, como acontece quando é necessário um descodificador para aceder a determinadas utilizações via TV; ao controlo de acesso a um exemplar de uma obra já adquirido, como as medidas que impedem reproduções de um CD-ROM, de um dado *software*, ou de acessos subsequentes, neste último caso, pense-se nos CD-ROM de instalação de programas quando o programa de instalação se destrói após a primeira utilização.

b) Mecanismos que se destinam a controlar determinadas utilizações, tais como, por exemplo, a impressão de textos e a sua reprodução em suporte digital. Estes mecanismos podem impedir que determinado documento digital possa ser impresso, ser objecto de cópia integral, ou possa ser colocado *online*. O objectivo é impedir que cópias excessivas do documento, por exemplo, permitindo cópias apenas a partir do original, ou instalando um *worm* no computador que destrói as cópias do documento.

c) Mecanismos que visam proteger a integridade e genuinidade, nomeadamente, impedindo a modificação da obra ou prestação. Normalmente, estão ligados à protecção de direitos morais, impedindo, por exemplo, o *morphing*. Também se encontra aqui a autenticação exigida por autores de determinados blogues ou a limitação à

---

<sup>167</sup>Com mais detalhe, veja-se J. K. Koelman e N. Helberger, «*Protection of technological measures*», P. B. Hugenholtz (coord.), *Copyright and Electronic Commerce. Legal aspects of Electronic Copyright Management*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2000, págs. 165-227; L. M. Teles Menezes Leitão, *Direito de Autor*, op. cit., pág. 366 e ss.; L. M. Teles Menezes Leitão, «Dispositivos tecnológicos de protecção e direito de acesso ao público», Apdi e J. de Oliveira Ascensão (coord.), *Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor*, vol. X, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 137 e ss., em especial, págs. 139-140; D. Moura Vicente, «Direito...», op. cit., pág. 500 ss., autores que seguimos muito de perto na exposição.

supressão de conteúdos numa obra em regime de *opensource* (como, por exemplo, a *Wikipedia*).

d) Mecanismos que permitem a contabilização do número de acessos ou a duração desses acessos, facilitando a exploração económica das obras, prestações ou produtos protegidos. Estamos já no domínio da gestão e informação de direitos, uma vez que se controla o uso que se faz da obra, prestação ou produto, cobrando do utilizador as utilizações excessivas, desconformes com a licença a que este tipo de utilizações está ligado.

A doutrina nacional critica a concessão destas medidas ao fabricante da base de dados protegido pelo direito *sui generis* acima referido, uma vez que se alarga a protecção para fora do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, passando a proteger a organização de produtos de carácter informativo, para tutela do investimento contra actos de concorrência desleal, em especial actos de concorrência parasitária, e actos de utilizadores finais que prejudiquem o investimento, esforço e trabalho (*sweatofthebrow*), colocando em causa o domínio público, cada vez mais em crise<sup>168</sup>.

Enquanto o direito *sui generis* do fabricante da base de dados é desprovido de tutela penal, a retirada não autorizada de medidas tecnológicas que o protejam é punida. A incongruência é total<sup>169</sup>. Os dispositivos tecnológicos são tutelados pela via penal e civil<sup>170</sup>.

<sup>168</sup>Cfr. L. M. Teles Menezes Leitão, *Direito de Autor*, op. cit., pág. 371; A. Libório Dias Pereira, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 633 ss., questiona a inconstitucionalidade da extensão.

<sup>169</sup>Cfr. P. Dias Venâncio, *Direito Especial do Fabricante de Bases de Dados*, Tese de Mestrado (Pré-Bolonha), Orientadora M. Victória Rocha, no prelo, págs. 184-188. A Tese encontra-se depositada na Universidade Católica Portuguesa.

<sup>170</sup>Os Tratados OMPI 1996 e a Directiva não definem a natureza das sanções a aplicar à neutralização de dispositivos tecnológicos ou actos preparatórios, exigindo apenas protecção jurídica adequada, sanções eficazes, proporcionadas e dissuasoras, não seria forçoso o recurso a uma tutela penal.

O anteprojecto do CDADC era particularmente criticável porque a neutralização de medidas tecnológicas tinha a mesma pena que a violação de direitos patrimoniais de exclusivo de autor ou direitos conexos. A equiparação não tinha sentido. Algumas medidas tecnológicas, por exemplo, as medidas de acesso, não têm por objectivo a tutela em si de direitos de autor ou de direitos conexos, mas garantir o pagamento da remuneração devida pelo acesso, sendo certo que estas medidas são aquelas em que assenta a base tecnológica do comércio electrónico. Os bens tutelados são, quando muito, direitos de crédito dos que exploram *online* obras ou prestações. Com mais detalhe D. Moura Vicente, «Medidas..», op. cit., págs. 510-511. Em sentido semelhante, J. de Oliveira Ascensão, *Estudos sobre direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Almedina, Coimbra, 2001, pág. 117 e ss., e pág. 163 ss.

Isto, num momento em que em Portugal, e não só, muitos autores são favoráveis à descriminalização de condutas socialmente reprovadas e autores de renome questionam a penalização da violação dos próprios direitos de autor e direitos conexos<sup>171</sup>.

Quanto à tutela penal, a neutralização de tais medidas é considerada crime pelo art. 218.º, nº 1 CDADC. No tipo legal exige-se falta de autorização para a neutralização da medida, conhecimento dessa falta de autorização ou existência de motivos razoáveis para essa falta de conhecimento (elementos objectivo e subjectivo). A pena vai até um ano de prisão ou multa até 100 dias.

A tentativa à punida com multa até 25 dias, nos termos do nº 2 do art. 218.º CDADC.

Como os actos preparatórios também são proibidos, o artigo 219.º também os pune com pena de prisão até 6 meses ou multa até 20 dias.

Não parece razoável, como refere Menezes Leitão (que considera a solução paradoxal), que a tentativa apenas seja punida com multa e os actos preparatórios, num tipo autónomo, com pena de prisão<sup>172</sup>. Podem ser aplicadas penas acessórias de apreensão e perda de coisas, no caso de prática dos crimes referidos, nos termos do art. 225.º CDADC

Quanto à tutela civil, aplicam-se as regras gerais da responsabilidade civil que, de acordo com o art. 226.º CDADC, é independente do procedimento penal a que haja lugar, embora possa ser exercida em conjunto com a acção penal.

O CDADC também prevê a possibilidade de interposição de procedimentos cautelares, de acordo com o art. 227º. Retomando a questão colocada *supra*, os dispositivos tecnológicos de protecção, bem como a criminalização da sua retirada, desde o início que levantaram a questão de alteração grave ao equilíbrio de interesses previsto pelo Direito de Autor e Direitos Conexos em desfavor da comunidade, dos utilizadores em geral.

---

<sup>171</sup>Neste sentido, J, Miranda e M. Pedrosa Machado, *Constitucionalidade da protecção penal dos direitos de autor e da propriedade industrial (Parecer)*, Lisboa, 1995; J.deOliveiraAscensão, «Direito Penal de Autor», *Estudos em Homenagem a Manuel Gomes da Silva*, Lisboa, 2001, pág. 457 ss.; D. Moura Vicente, «Medidas...», op. cit., pág. 512.

<sup>172</sup>Direito de Autor, op. cit.,pág. 373

Os Direitos de Autor e os Direitos Conexos sempre estiveram limitados pelos requisitos de protecção, pelo uso privado, pelos limites impostos por lei e pelo domínio público.

Não podem servir para violar direitos e liberdades fundamentais consagradas constitucionalmente, em que se destacam a liberdade de expressão, de divulgação do pensamento e de informação, tanto no sentido de informar como de ser informado (cfr. art. 37.º da Constituição da República Portuguesa, doravante designada CRP).

Em circunstâncias normais, não há essa violação. Mas já não se passa o mesmo quando haja uma protecção injustificada.

Se o direito de autor tiver uma duração excessiva, a comunidade é privada de bens culturais que ficam em regime de monopólio privado até à queda no domínio público. Para Oliveira Ascensão, por exemplo, a duração dos direitos patrimoniais de autor na União Europeia (doravante designada UE) ser já a vida do autor mais setenta anos contados a partir de 1 de Janeiro do ano seguir à morte deste é manifestamente excessiva. A protecção poderá atingir 150 anos ou mesmo mais. Basta pensarmos numa obra realizada na juventude de um autor que morre muito velho. Podemos acrescentar as situações de colaboração, em que o prazo começa a correr após a morte do último de uma série de colaboradores, e este morre em idade provectora, a protecção ainda pode durar mais. Também achamos um exagero. Isto, todavia, não é privativo do Direito de Autor. Em matéria de Direitos Conexos, a Directiva nº211/77/EU, transposta em Portugal pela Lei nº 82/2013, de 6 de Dezembro, implica que a tutela dos direitos dos artistas intérpretes ou executantes passe de 50 para 70 anos, com falsos argumentos de protecção dos artistas. O que se pretende é reutilizar gravações antigas que ainda têm um mercado e podem ser tecnicamente reutilizadas, com o objectivo de recuperar o investimento. Mas que necessidade há de recuperar um investimento que já foi pago durante 70 anos? <sup>173</sup>.

No domínio da Propriedade Industrial, a tutela de certas criações em que o mercado é muito curto, torna excessiva, mesmo uma protecção aparentemente curta de 20 anos via patentes, ou de 25 anos via modelos ou desenhos (não é por acaso que surgiu a protecção

---

<sup>173</sup>J. de Oliveira Ascensão, «Dispositivos tecnológicos de protecção, direitos de acesso e uso de bens», APDI e J. de Oliveira Ascensão (coord.), *Direito da Sociedade da Informação*, vol. VIII, Coimbra Editora, Coimbra, págs. 101-122, em especial págs. 107-110.

comunitária dos desenhos e modelos não registados, com um prazo curto de 3 anos). Se houver cúmulo de protecções, por exemplo em matéria de *design*, aos vinte e cinco anos decorrentes da protecção como desenho ou modelo ainda pode acrescer todo o prazo de exploração decorrente do direito de autor, que se soma ao primeiro, mesmo quando já não há mercado para o bem em causa, porque este ficou desactualizado ao fim de poucos meses ou anos. Trata-se de uma forma ilógica de tentar proteger intermediários, sem que nada o justifique e à custa da evolução da comunidade<sup>174</sup>.

Retornando aos dispositivos tecnológicos, não está em causa contestar estes meios. Faz parte da normalidade pagar para obter um bem, material ou imaterial. Já não é normal que o acesso e uso desse bem seja despropositadamente dificultado ou impedido.

Como salienta Oliveira Ascensão, o problema de fundo está na forma como se perspectiva o domínio público. Este não deve ser visto «como um cemitério de obras que perderam valor comercial: é antes o destino normal das obras, quando se esgotam as razões de atribuição de protecção autoral»<sup>175</sup>. Há todo o interesse em que tais obras/prestações, estejam disponíveis no domínio público de modo a fomentar a criatividade e a evolução da comunidade.

No contexto da UE, as restrições à concorrência traduzidas nos direitos de exclusivo (economicamente, monopólios individuais) apenas se justificam porque a tutela da criatividade e do investimento que potenciam são benéficas, mas só enquanto forem benéficas. Cumprida da função de tutela dos direitos de autor e dos direitos conexos, prevista no artigo 42.º, nº 2 CRP, nada justifica o seu alargamento. E isto também para protecção dos próprios consumidores. A hipertrofia dos direitos de autor, dos direitos conexos e do direito *sui generis* do fabricante da base de dados faz-se à custa da liberdade da concorrência e da protecção do consumidor.

---

<sup>174</sup>Por isso, faz todo o sentido a restrição proposta por L. M. Couto Gonçalves, *Manual de Direito Industrial, Propriedade Industrial e Concorrência Desleal*, 3.ª ed., Revista e aumentada, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 145. Para os casos de cúmulo, em que o mercado já não justifica que ao prazo como desenho ou modelo, de 25 anos, já caducado, ainda acresça o prazo de protecção via direito de autor, propõe, *de iureconstituto*, uma solução que considera ser de compromisso, por recurso à figura do abuso de direito (entre nós previsto no art. 334.º do Código Civil), no sentido de considerar a possibilidade de um direito de recusa, atentas as circunstâncias do caso concreto, «em situações mais graves e relevantes para o funcionamento do mercado e da salvaguarda do interesse público da livre concorrência».

<sup>175</sup>J. de Oliveira Ascensão, *Dispositivos*, *op. cit.*, pág. 110.

Este exagero de protecção é tradicionalmente impedido pelos limites ou restrições, que são manifestações da liberdade de uso e acesso a ser protegida.

Em certos casos dispensa-se o consentimento do autor para a utilização da obra, com as hipóteses previstas no artigo 75.º CDADC, as utilizações são lícitas, com ou sem remuneração, consoante os casos (cfr. art. 76.º), por razões de interesse público, como sejam assegurar o direito de informação e expressão, fomentar a circulação das obras para fins culturais, ou de ensino, ou outros; o mesmo se passa com as limitações introduzidas em matéria de direitos conexos pelo art. 189.º n.º 1 e n.º 3, este último remetendo para as excepções e limitações decorrentes do próprio direito de autor, caso se justifiquem.

Fica subtraído ao direito de autor o uso privado da obra, desde que se verifiquem determinados requisitos, previstos no arts. 75.º, n.º 2, al. a), n.º 4, 81.º, al. b), e 108.º, n.º 2 CDADC, aplicável aos direitos conexos na medida em que com eles seja compatível, nos termos do art- 189º n.º 3.

Também estão fora de protecção determinadas obras, previstas nos artigos 7º e 8º CDADC, e as obras e prestações caídas no domínio público já atrás referidas (art. 31ºss e art. 183º), bem como as obras e prestações que não preencham os requisitos de protecção (cfr. art. 1º ss e 176º ss CDADC)

A Directiva prevê também, no art.5º, vinte excepções e limitações aos direitos de reprodução, comunicação ao público e distribuição (previstos nos arts. 1º, 2º e 3º), uma obrigatória para os Estados-Membros e as restantes com carácter facultativo.

Embora longo, o enunciado das excepções taxativas representa apenas o mínimo a que a Comissão não pôde fugir.

E a cláusula, aparentemente aberta, prevista no artigo 5º, n.º 3, que admite, sob condição, restrições já existentes nos direitos nacionais, é desprovida de significado útil, pois que se refere a situações de menor importância e não têm qualquer aplicação no Direito português.

Para além de um limitado e insuficiente número de restrições admitidas, cria-se um outro problema. O de não se criarem restrições

adequadas ao ambiente digital, situação paradoxal em plena Sociedade da Informação<sup>176/177</sup>.

Por muito que gostássemos de desenvolver mais a relação entre as medidas tecnológicas, o direito da concorrência e o direito do consumo, não podemos afastar-nos do objectivo central: a questão do desequilíbrio gerado pelas medidas tecnológicas e sistemas de informação e gestão de dados em desfavor do utilizador.

Tal como estão previstas, é caso para dizer que o utilizador estaria melhor no âmbito analógico do que no domínio digital, por muito paradoxal que tal se afigure.

Se uma obra existe no domínio analógico e estamos perante um limite ou restrição ao direito de autor ou aos direitos conexos (por exemplo, no âmbito do artigo 75º), o utilizador poderá usar a obra sem ter que pedir qualquer autorização; no entanto, se a obra em causa só existir no domínio digital, o que se vai tornando cada vez mais comum, nomeadamente com os *e-articles* e *e-papers* e mesmo *e-books*, mesmo que a lei permita o livre acesso, de nada adianta ao utilizador se a obra estiver protegida por uma medida tecnológica, uma vez que não lhe é permitida a retirada dessa medida, nem mesmo para utilizações livres, sob pena de se arriscar a uma pena de prisão até um ano ou multa (art. 218º CDADC). O mesmo se diga se a obra, por força dos arts. 7º ou 8º, não for susceptível de protecção, ou se já tiver caído no domínio público, ou nem satisfizer os requisitos de protecção. A menos que haja exemplares no mundo analógico, ao utilizador será vedada a retirada das medidas tecnológicas, não obstante ser livre a utilização.

A solução parece-nos inaceitável.

---

<sup>176</sup>Com mais pormenor, J. de Oliveira Ascensão, «Dispositivos...», *op. cit.*, em particular p.111 e pág. 113.

<sup>177</sup>A Directiva preocupou-se com a questão, no artigo 6º, nº. 4, mas estabeleceu uma importante distinção consoante a natureza do suporte. No tocante às reproduções em papel, ou suporte semelhante, resulta do 1º parágrafo do art. 6º, em conjugação com o art. 5º, nº 2, al.a), que os Estados-Membros devem tomar as medidas adequadas para que os utilizadores beneficiem das excepções ou limitações ao direito de reprodução previstas na legislação nacional respectiva; quanto às reproduções noutros suportes, em particular em suporte digital, determina-se no segundo parágrafo do nº 4, do art. 6º que os Estados-Membros podem (já não devem) tomar essas medidas relativamente aos beneficiários dessa excepção para uso privado. Ou seja, há um claro desfasamento em detrimento dos utilizadores no âmbito digital. Acresce que, nos termos do 2º parágrafo, parte final, as ressalvas em causa não impedem os titulares de direitos de adoptarem as medidas adequadas quanto ao número de reproduções efectuadas nestas disposições. Com mais detalhe, D. Moura Vicente, «Direito de Autor ...», *op. cit.*, págs. 514-515.

O direito de citação, limite supremo em matéria de direitos de autor e direitos conexos, não é, sequer, incluído no domínio digital para efeitos de aplicação do art. 6<sup>o</sup><sup>178</sup>.

Quanto aos meios facultados aos beneficiários das restrições para efectivar o seu direito, o legislador nacional foi confrontado com o art. 6<sup>o</sup> da Directiva, nos termos do qual, a regra só se aplica quando os beneficiários tenham legalmente acesso à obra ou a outro material protegido, excluindo a disponibilização de meios que permitam beneficiar das restrições obras ou outros materiais disponibilizados ao público ao abrigo de condições contratuais acordadas e por tal forma que os particulares possam ter acesso àqueles a partir de um local e num momento por eles escolhido, isto porque no 4<sup>o</sup> parágrafo do art. 6<sup>o</sup> se prevê que o disposto no 1<sup>o</sup> e 2<sup>o</sup> parágrafos não se aplica a estes casos.

Uma vez que o acesso nestas condições tende a ser a forma mais comum de utilizar as obras, as prestações e outros bens disponíveis em rede, isto implica que, de algum modo, o uso privado de todos estes bens fica na disponibilidade dos titulares de direitos sobre os mesmos<sup>179</sup>.

A norma deu origem ao art. 222<sup>o</sup> CDADC, segundo o qual, o disposto no artigo 221<sup>o</sup> não se aplica às obras, prestações ou produções protegidas que forem disponibilizadas ao público na sequência de acordo entre titulares e utilizadores, de tal forma que a pessoa possa aceder a elas a partir de um local e num momento por ela escolhido.

A norma é bastante ambígua, refere-se a obras disponibilizadas *online* e tanto pode ter por base, aparentemente, acordos prévios colectivos ou individuais como a mera adesão forçada do utilizador a

---

<sup>178</sup>Em sentido idêntico, J. de Oliveira Ascensão, «Dispositivos...», *op. cit.*, pág. 115, mais desenvolvidamente, expressa a sua revolta p. 119 ss, defendendo a criação de um Direito da Cultura.

<sup>179</sup>O legislador Comunitário teve consciência do problema criado, daí a previsão do art. 12<sup>o</sup>, n.º. 1, no sentido de seguir atentamente a aplicação da Directiva e, no tocante ao art. 6<sup>o</sup> a preocupação com o eventual desequilíbrio criado pelas medidas tecnológicas. Também o Considerando 15 da Directiva demonstra preocupação, no sentido de os Estados-Membros tomarem medidas adequadas para evitar o desequilíbrio. Como salienta D. Moura Vicente, «Direito de Autor...», *op. cit.*, pág. 516, pode-se afirmar que a Directiva se inclinou para o primado das excepções e limitações aos direitos de exclusivo sobre as medidas de carácter tecnológico, o que seria a única postura correcta. Todavia, esta interpretação é colocada em causa e afastada pelo Considerando 39 da Directiva, nos termos do qual, as excepções e limitações não devem inibir a utilização de medidas de carácter tecnológico, nem a repressão dos actos destinados a neutraliza-las. De uma penada, deitou-se o edifício abaixo, diríamos nós, hipertrofiando as medidas em causa mesmo para casos em que não têm qualquer justificação.

cláusulas gerais pré-definidas *online*, a que não pode escapar, sob pena de não celebrar o contrato <sup>180</sup>.

Se o titular de direitos não puser à disposição dos beneficiários voluntariamente as utilizações livres previstas, mantendo-as protegidas por medidas tecnológicas, a Directiva não impõe qualquer sanção. Cada Estado-Membro procede como achar melhor.

Como as restrições salvaguardadas praticamente não têm interesse económico, o recurso a processos judiciais nem sequer é solução, pois os utilizadores não estarão dispostos a suportar os custos e demora do processo para uma utilização que o mais provável é, entretanto, ter perdido interesse.

O CDADC, deste ponto de vista, aparece com uma solução, aparentemente interessante, mas desprovida de qualquer interesse prático.

O art. 221<sup>o</sup> impõe aos titulares de direitos protegidos o depósito junto da Inspeção Geral das Actividades Culturais (doravante designada por IGAC) dos meios que permitam aos utilizadores beneficiar das utilizações permitidas por lei para as hipóteses previstas no seu n<sup>o</sup> 1, a saber: utilizações livres do n<sup>o</sup> 2 do artigo 75<sup>o</sup>, als. a), e), f), i), n), p), q), r), s) e t), do art. 81<sup>o</sup>, b), do artigo 152.<sup>o</sup>, n<sup>o</sup>. 4 e do art. 189<sup>o</sup>, als. a), c), d) e e) <sup>181</sup>.

---

<sup>180</sup>J. de Oliveira Ascensão, «Dispositivos...», *op. cit.*, págs. 116-117, considera artigo 6 pressupõe um acordo específico, seja colectivo, seja individual entre o prestador do serviço *online* e o utilizador. Ou seja, tem que ser um acordo prévio negociado. Defende, por isso, a aplicação restritiva do art. 222<sup>o</sup>. Não basta a adesão a cláusulas contratuais gerais, modo que tende a ser o normal na exploração das obras por esta via, de outro modo não faria qualquer sentido a relação entre o art. 222<sup>o</sup> e o artigo 75<sup>o</sup>, n<sup>o</sup>. 5, que considera nula toda e qualquer cláusula contratual que vise impedir ou eliminar o exercício normal pelos beneficiários das utilizações mencionadas nos n<sup>os</sup> 1, 2 e 3 do artigo em questão, sem prejuízo de as partes acordarem livremente as respectivas formas de exercício, designadamente, os montantes das remunerações equitativas. Todavia, o problema continua por resolver, havendo dispositivos tecnológicos que impeçam o acesso a tais utilizações.

<sup>181</sup>Ou seja: as utilizações livres previstas no n<sup>o</sup> 2 do art.75<sup>o</sup> nas alíneas a) reprodução para fins privados, em qualquer suporte, realizada por pessoa singular; e) reprodução e colocação à disposição do público para fins de informação de discursos, alocações ou conferências, que não se incluam no artigo 7<sup>o</sup>, por extracto ou resumo; f) reprodução, distribuição e disponibilização pública para fins exclusivos de ensino em dado estabelecimento, de partes de uma obra publicada; i) reprodução, comunicação pública e colocação à disposição do público a favor de pessoas com deficiência e na medida estritamente relacionada com essa deficiência; n) utilização da obra para fins de segurança pública ou para assegurar o bom desenrolar ou o relato de processos administrativos, parlamentares ou judiciais; p) reprodução da obra por instituições sociais sem fins lucrativos, como hospitais ou prisões, quando a mesma seja transmitida por radiodifusão; q) utilização de obras, por exemplo, de arquitectura ou escultura, feitas para ser mantidas em locais públicos; r) inclusão episódica de obra ou outro material protegido noutra material; s) utilização da obra relacionada com a demonstração ou reparação de equipamentos; t) utilização de obra artística sob a forma de edifício, desenho ou planta do mesmo para efeitos da sua reparação ou reconstrução.

Ressalvam-se, do regime processual geral uma série de utilizações livres previstas no CDADC, embora as mesmas sejam muito modestas relativamente ao acervo das medidas previstas, não incluindo, sequer, o direito de citação<sup>182</sup>.

De acordo com o nº 1 do art. 221º *in fine*, nº 2 e nº 3 do mesmo artigo, o interessado, embora não possa retirar a medida tecnológica, pode dirigir-se à Inspecção-Geral das Actividades Culturais (doravante designada por IGAC) para obter a utilização pretendida, dado que, os titulares de direitos protegidos por medidas tecnológicas devem aí depositar os meios que permitam beneficiar as formas de utilização legalmente previstas (nº 1), devendo os titulares de direitos adoptar medidas voluntárias adequadas, tais como acordos entre si ou seus representantes e os utilizadores interessados no sentido de possibilitar o livre acesso (nº 2).

Se por omissão de conduta por parte do titular de direitos, a medida tecnológica impedir ou restringir o livre acesso, a IGAC é a entidade a quem o utilizador se deve dirigir, solicitando o acesso aos meios aí depositados (nº 3).

---

Em todo o caso, sempre deverá ser respeitada a regra dos três passos da Convenção de Berna (nº 4 do art. 75.º) e efectuados e as remunerações exigidas no art. 76º nº 1, para os limites das als. a) e p); e no caso da al. f) as obras reproduzidas não se devem confundir com a obra de quem as utilize, nem a reprodução ser tão extensa que prejudique o interesse por tais obras. Também se abrange al. b) do artigo 81º, ou seja, a reprodução para uso exclusivamente privado, desde que respeitados os três passos da Convenção de Berna e o nº 4 do art. 152º, ou seja, fixações de obras radiodifundidas que tenham interesse excepcional a título de documentação. Quanto aos direitos conexos, contemplam-se as limitações das als. a) uso privado; c) reprodução para fins exclusivamente científicos ou pedagógicos; d) fixação efémera efectuada por organismo de radiodifusão; e) fixações ou reproduções efectuadas por entes públicos ou concessionários de serviços públicos por interesse excepcional de documentação ou para arquivo.

<sup>182</sup>A título de exemplo, não são incluídas a reprodução pelos meios de comunicação social de discursos, alocações e conferências pronunciadas em público (art. 75º. nº2, al.b); as revistas de imprensa (art. 75º, nº. 2, al. c); a inclusão de fragmentos de obras literárias ou artísticas em relatos de acontecimentos da actualidade (art. 75º, nº. 2, al. d); a inserção de citações ou resumos de obras alheias em apoio das próprias doutrinas (art. 75º, nº 2, al.g); a inclusão de peças curtas ou fragmentos de obras alheias em obras próprias destinadas ao ensino (art. 75º, nº 2, al.h). O uso privado também é atingido, pois que o art. 221.º, nº 8 determina que o disposto nos restantes números não impede os titulares de direitos de aplicarem medidas tecnológicas para limitarem o número de reproduções autorizadas relativas ao uso privado. Ainda, temos a *vaexatiaquestio* do artigo 222º, cuja interpretação proposta por Oliveira Ascensão está longe de ser a garantidamente seguida pela doutrina e jurisprudência e que, se for interpretado em sentido amplo, pelo seu potencial restritivo de utilizações livres de obras, prestações e produtos, na esmagadora maioria, disponíveis *online*, aniquila paradoxalmente, o uso livre era digital, com importantes reflexos negativos no direito de acesso à informação e, em consequência, na investigação e no ensino. Encara com preocupação o artigo, D. Moura Vicente, «Direito...», *op. cit.*, págs. 518-519, referindo-se ao facto de o nosso país ser particularmente carenciado e dependente do estrangeiro nesta matéria.

O objectivo da norma é permitir aos interessados o recurso a um meio mais expedito e menos dispendioso do que o recurso aos meios processuais normais, para situações em que tal recurso nem sequer se justificará, pelo menos no caso das limitadas situações previstas no artigo 221.º.

No entanto, a norma, infelizmente, não tem qualquer interesse, ou terá um interesse desprezível, por várias razões: a IGAC não tem competência para decidir; o titular de direitos não sofre qualquer sanção caso não disponibilize os meios de livre acesso, ou seja, por omissão de conduta, portanto, o acervo do IGAC será zero, ou próximo disso, mesmo em matéria de bens imateriais nacionais, para além de que, não havendo uniformização deste tipo de procedimentos a nível Comunitário, e muito menos mundial, o acervo em causa não abrangerá, sequer, as obras, prestações ou produtos estrangeiros; a resolução de litígios está sujeita a arbitragem necessária, sendo para tal competente uma Comissão de Mediação e Arbitragem, cujos membros são designados por despacho do Primeiro-Ministro, nos termos do artigo 30.º da Lei 83/2001, de 3 de Agosto, ou seja, os árbitros nem sequer podem ser livremente escolhidos pelas partes, pelo que mais valeria o recurso à arbitragem voluntária<sup>183</sup>; das decisões da Comissão cabe recurso para o Tribunal da Relação, com efeito meramente devolutivo (nº. 4 e nº 7 do art. 221º, o último, quanto ao regulamento da dita Comissão); o incumprimento das decisões da Comissão pode dar lugar, quando muito, à sanção compulsória prevista no art. 829.º-A do Código Civil (nº 5), já de si bastante restrita, ou seja, apenas prevista para os casos em que não é possível o recurso à execução específica e para obrigações infungíveis limitadas, que significa que o art. 221º afasta, sem que nada o justifique, o recurso à execução específica; embora a tramitação dos processos previstos tenha natureza urgente, de modo a permitir a sua conclusão no prazo máximo de 3 meses (nº 6), há que colocar em causa o interesse de tal urgência, se não há qualquer sanção caso o prazo seja ultrapassado, o que, como a prática nos ensina, será altamente provável (também os procedimentos cautelares têm natureza urgente, com duração máxima prevista de 2 meses, e chegam a durar dois anos

---

<sup>183</sup>Esta limitação ao princípio da autonomia da vontade não tem qualquer justificação e não agiliza o processo. Teria sido preferível a aplicação do comum regime da arbitragem voluntária. No mesmo sentido, D. Moura Vicente, «Disposições...», *op. cit.*, pág. 520; do mesmo autor, «Meios extrajudiciais de composição de litígios emergentes do comércio electrónico», APDI y J. de Oliveira Ascensão (coord.), *Direito da Sociedade da Informação*, vol. V, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pág. 145 ss.

ou mais, eventual inutilidade superveniente da lide. Já para não questionar se 3 meses não é um prazo excessivo, atenta a eventual urgência do utilizador, como será o caso normal).

Ou seja, o legislador bem poderia ter ficado quieto.

O sistema é tão desadequado que se cai no mesmo sistema de recurso às vias jurisdicionais tradicionais.

*De iurecondendo*, OLIVEIRA ASCENSÃO<sup>184</sup> propõe atribuir à IGAC competência para autorizar o acesso ou a utilização pretendidos quando os pressupostos legais se verificarem, bastando para tanto uma apreciação sumária.

Se continuasse a haver conflito entre o utilizador e o titular de direitos é que interviria uma solução processual, por intermédio ou não, de uma Comissão de Mediação e Arbitragem.

No entanto, mesmo esta solução não nos satisfaz por completo, uma vez que não há qualquer garantia de que o beneficiário das medidas tecnológicas deposite o que quer que seja junto da entidade administrativa, cujo acervo pode ser zero. O depósito de obras/prestações livres de constrangimentos tecnológicos deveria constituir uma obrigação, abrangida como contravenção sujeita a coimas e geradora de responsabilidade civil.

Além disso, a entidade administrativa deveria ser obrigada a decidir num prazo muito curto, no máximo 48h, valendo o silêncio (ou a falta de acervo, caso não se optasse por sancionar o beneficiário) como autorização para a retirada das medidas pelo utilizador.

Sem um via célere e eficaz: «Seria mais verdadeiro dizer que no digital não funcionam quaisquer restrições, pelo menos em benefício da arraia miúda»<sup>185</sup>.

#### **IV. Regime Das Informações Para A Gestão Electrónica De Direitos Em Portugal.**

Os sistemas de informação e gestão de dados têm por técnica base a estenografia digital, que consiste em esconder a identificação da obra, prestação ou produto protegido num arquivo que não seja

---

<sup>184</sup>J. de Oliveira Ascensão, «Dispositivos...», *op. cit.*, pág. 118.

<sup>185</sup>J. de Oliveira Ascensão, «Dispositivos...», *op. cit.*, pág. 118.

perceptível para o utilizador e não possa dissociar-se do arquivo a que se adere.

Dentro destas técnicas, a mais conhecida é a «marca de água» ou «tatuagem digital», que permite a identificação com um código numérico especial não detectável pelo utilizador.

A técnica permite ao titular de direitos saber onde está situado o código e pode ter a certeza se a cópia é autorizada ou se se trata de um exemplar pirateado.

Nas versões mais desenvolvidas, «a tatuagem electrónica» permite aplicar um número de identificação único quer no suporte, quer na própria obra, prestação ou informação incorporada no suporte<sup>186</sup>.

Como são facilmente vulneráveis, basta ter conhecimentos rudimentares de informática para as eliminar sem deixar rasto, entendeu-se, por isso, que careciam de protecção. Estão protegidos no art. 223.º CDADC.

A sua retirada é sancionada com responsabilidade civil, nos termos gerais, e penal. Quanto à pena, o artigo 224.º, als.a) e b), abrange também os actos preparatórios e a tentativa. A retirada das medidas e os actos preparatórios são punidos com uma sanção idêntica de pena de prisão até um ano ou multa até 100 dias. A tentativa apenas é punida com multa.

Ao contrário do que se passa com as medidas tecnológicas, aqui a retirada e os actos preparatórios estão sujeitos à mesma pena, embora a tentativa continue a não ser punida com pena de prisão.

Exige-se também, nos termos do artigo 224.º n.º 1, como elemento subjectivo, a prática do acto intencional ou tendo motivos razoáveis para saber da falta de autorização.

O art. 228º é precioso, não permitindo que as medidas para a informação e gestão de dados ilícitas sejam protegidas, designadamente quando violem a vida privada, como é o caso das

---

<sup>186</sup>Seguimos de perto I. Garrote Fernández-Díez, *Comentário, op. cit.*, pág. 107. O autor refere, por exemplo, dentro de um CD musical, a possibilidade de identificação de cada canção com um número irrepitível. Com mais detalhe, veja-se o autor citado, pág. 107 e ss., que afirma estarem as técnicas de tatuagem electrónica em constante evolução e se refere às múltiplas variedades das mesmas. «A grandes rasgos, baste decir que están basadas en algoritmos y tienen tres funciones relevantes para los derechohabientes (...). En primer lugar, sirven de "aviso para navegantes", cuando son visibles, informando de que la obra se encuentra protegida por el derecho de propiedad intelectual. En segundo lugar, sirven para identificar una obra como original (...). Y, en tercer lugar, sirven para probar *prima facie* la titularidad de los derechos patrimoniales sobre una obra, así como la paternidad sobre la misma».

medidas draconianas que retiram dados pessoais do utilizador, ou as usadas para impedir a interoperabilidade com outros produtos, o que também será ilícito, porque violador da concorrência<sup>187</sup>.

Em situações de medidas ilícitas, designadamente, por violação do direito da concorrência ou por lesão dos dados da vida privada ou do consumidor, deveria haver uma forma expedita de poder retirar o dispositivo, de modo a não se cair nas delongas e custos das formas processuais tradicionais.

Todavia, o CDADC não prevê nenhum meio processual específico, limitando-se a remeter para as regras gerais sobre as respectivas matérias, indirectamente, por força do artigo 228º.

## CONCLUSÕES

A protecção das medidas tecnológicas e dos sistemas de informação e gestão de dados introduzida no CDADC, por força dos Tratados OMPI 1996 e da transposição da Directiva 2001/29/CE, é excessivamente ampla, possibilitando aos titulares de direitos ampliar os seus exclusivos de exploração para áreas tradicionalmente livres, hipertrofiando o Direito de Autor e os Direitos Conexos, e a própria protecção da informação organizada através do direito *sui generis* do fabricante de dados, pondo em causa o equilíbrio entre os titulares de direitos e os utilizadores, com grave prejuízo para estes últimos e para a sociedade em geral, afectando o desenvolvimento da cultura, da educação, do ensino, da liberdade de expressão e de informação e criando uma situação paradoxal: na Sociedade da Informação, em que a informação digitalizada está à distância de um clique, o utilizador fica menos protegido do que na era analógica.

A legislação nacional, no entanto, é apenas o reflexo do que se passa a nível da União Europeia e fora dela (por exemplo, nos EUA) pelo que urge repensar toda esta matéria a uma escala internacional.

---

<sup>187</sup>Entre outros, são conhecidos os casos da Sony no mercado das consolas de jogos e da Lexmark, para as impressoras, no sentido de tentar impedir o uso de cartuchos de tinta genéricos. Trata-se de situações que não se podem admitir à luz das regras Comunitárias do direito da Concorrência. Em pormenor, C. May, *Digital...*, *op. cit.*, pág. 130.

## A GOVERNANÇA DOS COMUNS – ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO

*Patricia Carvalho da Rocha Porto* <sup>188</sup>

*Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito, Artes e Políticas Culturais - NEDAC  
Instituto de Economia – Universidade Federal do Rio de Janeiro (IE-UFRJ)*

**RESUMO:** Os bens intelectuais apresentam características que torna desafiadora e complexa a tarefa de se estabelecer um sistema eficiente de gestão, de proteção, de produção e de distribuição destes bens. Principalmente, porque esse sistema deve promover o aumento da valorização econômica do bem, proteger e estimular a livre e leal concorrência e incentivar a criação de mais bens dessa natureza. Mas ao mesmo tempo, o sistema também deve garantir o acesso e a fruição destes bens pela da sociedade na medida necessária para garantir os direitos fundamentais da coletividade, bem como para atender aos interesses sociais e ao desenvolvimento econômico e tecnológico do país. O atual sistema de proteção dos bens intelectuais não tem obtido êxito em atingir tais objetivos. Em vista desse desafio, é necessário estudos em busca de um sistema alternativo de proteção, gestão e de governança adequado às características desse bem e que atinja os objetivos acima mencionados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Propriedade Intelectual; bem informacional; Commons; Conhecimento; Gestão; Arranjos Institucionais

### INTRODUÇÃO

Os bens intelectuais, em especial os bens informacionais e de conhecimento, apresentam características de bens públicos econômicos.

---

<sup>188</sup> Doutoranda em Políticas Públicas, Estratégia e Desenvolvimento - Área de Concentração: Propriedade Intelectual, pela UFRJ; Mestre em Propriedade Intelectual e Inovação pela Academia do Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI; Especialista em Direito da Propriedade Industrial pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro - CEPED/UERJ; Especialista em Direito da Propriedade Intelectual da PUC/RJ . Advogada associada, atuante na área de propriedade intelectual.

Tais características são a não exclusão do bem, a sua não rivalidade e o caráter cumulativo do conhecimento (Heisicovici, 2011). Esses bens também apresentam especificidades relacionadas com o domínio de aplicabilidade de cada ativo intelectual<sup>189</sup>. Devido às características indicadas acima, esses bens s geram deficiência de escala, assimetria de informação, e externalidades positivas ou negativas (ou custo para uma parte ou ganho para) para agentes externos à transação (Fiani, 2011).

Nesse contexto, como o mercado não é capaz de resolver sozinho todos os desequilíbrios causados pelos elementos acima. Essa incapacidade do mercado em solucionar tais problemas é denominada pela economia de falha de mercado<sup>190</sup>.

As características acima fazem com que esses bens sejam subutilizados e mal distribuídos, não apresentando a utilizada social desejada. Tal disfunção ocorre tanto pela baixa demanda no consumo posterior desses bens, como pelo comportamento oportunista de outros produtores (Fiani, 2011).

A coibição desses comportamentos, bem como os custos para o reequilíbrio do processo de produção de tais bens, ou seja, os custos de transação<sup>191</sup> são muito altos. Tais custos desestimulam a produção e manutenção de tais bens por parte dos produtores. Quando esse desequilíbrio no mercado acontece, verificamos dois tipos de alternativa apresentada pelos estudiosos do tema para o equilíbrio de tais bens.

A primeira corrente é a utilitarista, que defende um sistema de proteção por meio da intervenção estatal para a concessão e proteção de uma exclusividade temporária do uso e outros atributos proprietários sobre do bem, para que, a partir da escassez, o bem possa agregar valor econômico.

Os objetivos imediatos desse sistema são a garantia da devida recompensa pelos investimentos efetuados pelos autores ou titulares desses bens, para que se permita a continuidade do fluxo criativo e da

---

<sup>189</sup> A especificidade de uma patente difere e muito da de uma marca

<sup>190</sup> Vide neste sentido: Denis Barbosa, Op. Cit, 2003; GORDON, Wendy. Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors, Columbia Law Reviw. n. 82, 1982, p. 1600-1657 .

<sup>191</sup> Williamnson, 1985: Custos de transação são os custos da organização de um sistema economico ou de um processo produtivo.

transação econômica mais eficiente desses bens no mercado. Os objetivos a longo prazo, após o fim da exclusiva do bem e com este em domínio público é o livre uso e gozo desses bens pela sociedade, estimulando o seu desenvolvimento científico, cultural, artístico e tecnológico, bem como a livre e leal concorrência. Este é o sistema vigente.

A outra alternativa apropriação, governança e gestão coletiva do bem, que garanta o acesso, o uso, a fruição e a produção eficiente do bem por toda a coletividade, ao mesmo tempo, que estabelece regras que garantam que tais usos sejam realizados sem abusos, de forma a preservação do bem e de seu valor econômico. O uso coletivo do bem de fruição comum não é algo novo. Remonta da época Romana, onde se protegia do *Compáscuo* ou direito comum de pastagem<sup>192</sup>.

Entretanto, a alternativa que hoje se discute e a forma como ela é apresentada veio a ser discutida somente a partir dos anos 50. A teoria atual de governança coletiva dos bens de fruição comum, foi construída meio do estudo Elionor Ostrom (1990) e é conhecida como “commons”. Nesse sistema a ordem privada teria uma papel relevante na gestão e governança do bem (Ostrom, 1990) e o estado garantiria o mínimo necessário para viabilizar a realização dessa governança e gestão pela ordem privada.

Ocorre, que temos consistentes estudos<sup>193</sup> que apontam que o sistema utilitarista vigente não está atingindo o seu objetivo. De forma contrária, está desestimulado a inovação e a criação de novos bens e não está promovendo o livre uso e acesso desse bem pela sociedade.

O sistema de governança e gestão do bem intelectual por meio do commons tem apresentado evidências (Stiglitz, 2002; Boyle, 2005) de ser o mais eficiente e adequado para a atingir aos objetivos que justificaram a criação sistema de exclusiva vigente. Entretanto, estudos apontam (Fiani, 2011, p. 3682; Elkin-Koren, 390), que é necessário certos ajustes nesse sistema, para que ele atinja os objetivos mencionados em sociedades de médio e grande porte e que precisam continuar a desenvolver o seus sistema de inovação (Fiani,

---

<sup>192</sup> Vide *Tractatus* (Edição de 1698, Cap. 3, p. 6,)

<sup>193</sup> Sobre o tema, dentre diversos autores de renome vide: Drahos (2011); Maskus & Reichman (2005); Heller & Eisenberg (1998) Dosi & Stiglitz (2014), Coriat & Orsi (2006).

2011) para propiciar meios adequados para o seu desenvolvimento econômico e tecnológico.

O bem-estar social é também objetivo primordial dessas sociedades. Este corresponde à maximização da utilidade coletiva, independentemente de qualquer lógica de redistribuição e de um eventual aumento da desigualdade (alain heisicovici, 2012; Coase, 1960). Portanto, somente a ordem privada ou os mercados não fazem a gestão de tais direitos de forma eficiente (Fiani, 2011) e justa (Barbosa, 2010).

Estudos apontam (Fiani, 2011. Heisicovici, 2011) que qualquer que seja o sistema de governança e de gestão dos bens intelectuais, sobretudo em sociedades de médio e grande porte, este deve levar em consideração também o papel ativo do Estado na gestão e governança dos bens intelectuais. E esta deve ser feita de forma conjunta e coordenada com a sociedade e com o mercado. Essa constatação é especialmente importante com relação a alguns bens intelectuais que apresentam alta especificação e complexidade, resultados econômicos de grande incerteza, bem como características que propiciam situações de assimetria de informação.

Ainda, com relação ao sistema dos comuns e o alcance pleno do seu objetivo de promover a proteção e a difusão do bens intelectuais por meio da gestão e da governança econômica coletiva, com ênfase nas relações de ordem privada, encontramos na teoria econômica institucional, por meio de estudos originados por Williamson (1985) e, posteriormente aperfeiçoados pelos estudos de outros autores, como os de Fiani (2011) bases para formularmos um das hipóteses a serem confirmadas pelo estudo proposto.

De forma livre e resumida, essa teoria defende que para se promover a cooperação e para se reduzir o conflito em relações que envolvam bens de alta especificação e complexidade, cujos resultados econômicos destes sejam de grande incerteza, bem como tenha características que propiciam situações de assimetria de informação (Fiani, 2011. Heisicovici, 2011), é necessário de se identifique o ambiente institucional, bem como a estrutura de governança mais adequada na promoção de tais objetivos.

Esses estudos demonstram que por meio da identificação do ambiente institucional e do arranjo adequados é possível promover a cooperação e reduzir o conflito nas relações mencionadas acima. A

consequência disto é a redução dos custos de transação que envolvem estas relações e a possibilidade da alocação mais adequada dos bens produzidos nessas relações. Essa teoria nos informa ainda, que, nos casos dos bens caracterizados, onde os intelectuais se encaixam, a estrutura de governança deve ser híbrida ou hierárquica, dependendo da complexidade e incerteza e especificação do bem (ver tabela no livro de Fiani, 2011).

Sem esquecer que, ao par desse papel na economia dos bens intelectuais, o Estado, principalmente o Estado Brasileiro, por força da Constituição Federal têm a função de garantir e promover a justiça social e essa, também se faz, garantindo o acesso e a fruição justa do bem intelectual pela coletividade.

Dessa forma, o Estado, por norma constitucional, art. 215 da CF, tem o dever não só de garantir que o que está em domínio comum seja mantido disponível a todos, como também de zelar pela manutenção desse bem comum (BARBOSA, 2010).

## **OBJETIVOS**

O presente estudo tem o objetivo de realizar, sob o enfoque análise econômica do direito, uma pesquisa que examine a forma de gestão e de governança mais eficiente para a proteção, produção e distribuição dos bens intelectuais, notadamente, os informacionais e os de conhecimento.

Levando em consideração as hipóteses formuladas na introdução, a pesquisa pretende analisar quais as características dos bens intelectuais e de que forma essas características se comportam com relação à dinâmica de alocação e de distribuição desses bens para a coletividade.

Estudaremos a relevância desses bens para a sociedade. Analisaremos os elementos que devem ser considerados com relação aos interesses privados e públicos, individuais e coletivos envolvidos quando da gestão e governança de bens dessa natureza.

Investigaremos ainda as falhas do sistema de proteção atual e como essas influenciam nos custos de transação envolvidos para a definição de direitos de propriedade intelectual, assim como para evitar comportamentos oportunistas com relação aos bens intelectuais.

Discutiremos ainda as lições e sugestões da doutrina relevante acerca das alternativas a este sistema de proteção.

Por fim, examinaremos a partir dos conceitos e das abordagens da escola econômica institucionalista, quais seriam as estruturas de governança, bem como os ambientes institucionais mais adequados para regular e gerir de forma eficiente a alocação e distribuição desses ativos intelectuais, visando maximizar a sua utilidade coletiva em busca do bem-estar social e do desenvolvimento do Estado.

O objetivo final do estudo é tentar identificar o melhor sistema de gestão e proteção do bem intelectual que promova o desenvolvimento da inovação do país e que garanta o amplo acesso e fruição da coletividade aos bens intelectuais.

## **MÉTODO**

A pesquisa proposta tem natureza exploratória e, a princípio, será baseada em análise de dados e revisão bibliográfica.

O presente estudo será desenvolvido a partir da revisão bibliográfica da literatura relevante e da análise de multi casos para a emergência do problema e sua melhor visualização dentro da abordagem estruturalista e dos parâmetros de uma pesquisa qualitativa com caráter exploratório do fenômeno a ser investigado. Esse é um estudo inicial a ser desenvolvido junto ao grupo NEDAC, como parte de uma das linhas de pesquisa do grupo.

## **RESULTADOS**

Espera-se que a pesquisa consiga comprovar as hipóteses indicadas na parte inicial do item 11, que versa sobre os objetivos do estudo. Alternativamente, caso as hipóteses não se comprovem, esperamos que os resultados do estudo possam apresentar discussões, definições, e sugestões consistentes para auxiliar, direcionar e fundamentar futuros estudos para a solução dos problemas existentes na governança e na gestão do bem intelectual, de forma que se consiga identificar o melhor sistema que promova o desenvolvimento da inovação do país e que garanta o acesso da coletividade a esses bens intelectuais.

## CONCLUSÃO

Concluimos o projeto apresentando, a partir de todo o exposto na introdução, duas hipóteses de estudo que entendemos importantes serem pesquisadas para verificar a sua confirmação. Partimos de duas Hipóteses. A primeira é a de que o sistema de propriedade intelectual vigente não é o mais adequado para servir de ambiente institucional que abrigue as estruturas de governança adequadas para a proteção e para a gestão mais eficiente dos bens intelectuais. Nesse sentido, a nossa segunda hipótese é a de que por meio da identificação (a) do ambiente institucional, bem como (b) da estrutura de governança (ou do arranjo institucional) adequados a cada função (ou conjunto de funções) atribuída ao bem intelectual<sup>194</sup> é possível se obter a maximização da utilidade coletiva desses bens atingindo assim, o bem-estar social (alain heiscovici, 2012; Coase, 1960) e o desenvolvimento do Estado..

## REFERÊNCIAS

- BARBOSA, D. B. Tratado da Propriedade Intelectual, v. I., Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010;
- FIANI, R. Cooperação e Conflito. Rio de Janeiro: eLSEVIER
- OSTROM, E. Governing the Commons. Cambridge: Cambridge University Press. 1990
- STIGLITZ, Joseph E. Information and the Change in the Paradigm in Economics American Economic Review, 92. 2002.
- NIVA ELKIN-KOREN, What Contracts Cannot Do: The Limits of Private Ordering in Facilitating a Creative Commons, 74 FordhamL. Rev. 375 (2005). Available at: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol74/iss2/3>
- HESCOVICI, Alain. Informação, conhecimento e Direitos de Propriedade Intelectual: os limites dos mecanismos de mercado e das modalidades de negociação privada - A contribuição de Williamson à análise dos Direitos de Propriedade Intelectual. Economia e Sociedade, Campinas:, v. 21, n. 3 (46), p. 667-694, dez. 2012

---

<sup>194</sup> Parte considerável da doutrina relevante que estuda os bens intelectuais tem concluído que o sistema "One size fits all" não é adequado para a proteção e gestão dos bens protegidos por direitos de propriedade intelectual, como se pode verificar, dos estudos feitos por Kur & Mizaras ( 2011) e por Dinwoodie(2011). Essa doutrina verifica a necessidade de tratamento personalizado para proteção dada à cada função do bem intelectual, por meio de um sistema "Self Tailored".

## OS CONFLITOS NA GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS AUTORAIS NO BRASIL: A CONSTRUÇÃO SOCIAL DE UM SISTEMA A PARTIR DE CATEGORIAS JURÍDICAS

*Pedro Augusto Pereira Francisco*<sup>195</sup>

*Centro de Tecnologia e Sociedade – FGV DIREITO RIO*

*Mariana Giorgetti Valente*<sup>196</sup>

*Centro de Tecnologia e Sociedade – FGV DIREITO RIO*

**RESUMO:** Neste trabalho, pretendemos, a partir de uma análise da história do sistema de gestão coletiva de direitos autorais no Brasil, demonstrar como os conflitos entre os agentes atuantes sempre estiveram presentes e foram determinantes para o surgimento da sua atual configuração. Além disso, mostramos que esses conflitos evidenciam percepções distintas sobre o funcionamento do sistema, nas quais categorias como “corrupção”, “direito público” e “direito privado” são operacionalizadas de modo estratégico pelos mesmos agentes. A utilização dessas categorias acaba tendo um papel na construção discursiva do sistema como um todo.

**PALAVRAS CHAVE:** GESTÃO COLETIVA; ECAD; DIREITO AUTORAL; DIREITOS DE EXECUÇÃO PÚBLICA; CORRUPÇÃO.

### INTRODUÇÃO

É preciso olhar mais profundamente para o sistema brasileiro de gestão coletiva dos direitos autorais. Essa foi uma das conclusões que pesquisadores do Centro de Tecnologia e Sociedade da FGV (CTS-FGV) chegaram após 9 anos de estudos em cenas musicais periféricas.

---

<sup>195</sup> Pesquisador do Centro de Tecnologia e Sociedade, onde é um dos líderes do projeto Open Business Models. Mestre em Antropologia pelo IFCS/UFRJ.

<sup>196</sup> Pesquisadora do Centro de Tecnologia e Sociedade, onde é uma das líderes do projeto Open Business Models. Mestre em Sociologia Jurídica pela USP.

Diante do atual cenário de discussão deste tema no Brasil – que culminou com a promulgação da Lei 12.853, em 2013 – essa afirmação pode soar leviana ou ingenuamente evidente. Contudo, é interessante observar como ela surgiu, para nós, de contextos muito particulares.

Desde 2006, o CTS-FGV desenvolve pesquisas com cenas musicais que operariam dentro de um modelo de negócios classificado como “aberto”, por meio de um projeto de pesquisa intitulado *Open Business Models* (OBM). A abertura dos modelos em questão se constituiria no fato dos titulares de direitos autorais envolvidos nesses cenários dispensarem os royalties advindos da reprodução e do compartilhamento das criações intelectuais.

A primeiro caso analisado foi o do Tecnobrega. Ritmo originário das periferias de Belém do Pará, seu estudo revelou que os artistas utilizavam a produção e reprodução de mídias físicas como meio de divulgação, tendo sua principal fonte de renda nas exposições ao vivo. Posteriormente, na segunda fase do projeto OBM, a análise foi ampliada para outros ritmos periféricos latino-americanos: a CumbiaVillera, na Argentina, a Champeta, na Colômbia, e o Funk Carioca, no Brasil. Em todos os casos, observamos modelos semelhantes – ainda que com suas particularidades – ao que encontramos no Tecnobrega.

Nos dois gêneros musicais brasileiros, uma questão que emergia era a gestão coletiva de direitos autorais. Apesar da “abertura” com relação aos direitos de reprodução, grande parte dos artistas do tecnobrega e do funk estavam preocupados com os royalties advindos da execução pública das suas obras, seja ela nos shows ao vivo ou por meio de rádio, TV e outras modalidades.

Essa preocupação tendia a crescer na medida em que os artistas ultrapassavam o limite das suas cenas e atingiam públicos mais amplos. Para eles, o sistema de arrecadação e distribuição dos direitos de execução pública era obscuro e complexo. Na pior das hipóteses, tratava-se de um sistema corrupto. Não por acaso, esses argumentos a respeito da gestão coletiva não são exclusivos dos artistas periféricos, mas aparece de modo predominante entre autores, compositores e músicos de abrangência maior.

A partir destas percepções, decidimos desenvolver na terceira e última fase do OBM uma investigação densa sobre todo o sistema de gestão coletiva de direitos autorais – o ECAD, as associações de

titulares e os próprios, incluindo autores, produtores fonográficos, editoras e gravadoras.

No curso da pesquisa, percebemos a escassez de literatura sobre o tema, no que tange o cenário brasileiro.

Sendo assim, optamos por realizar um estudo que não se resumisse a uma análise jurídica da questão.

A ideia foi ir além, buscando compreender o funcionamento do sistema a partir da percepção dos atores envolvidos e de nossas observações sobre o comportamento dos mesmos.

Neste artigo, pretendemos apresentar uma evolução histórica desse sistema, demonstrando que uma série de questões ora presentes são derivadas de arranjos e processos passados. Simultaneamente, mostraremos como os atuais discursos analisados – dos titulares aos funcionários – refletem diferentes enquadramentos sobre o funcionamento da gestão coletiva no Brasil.

Trata-se, assim, de problematizar a categoria “corrupção”, na medida em que ela oculta a complexidade de práticas e percepções dentro do sistema.

Essa análise vai nos permitir observar como as categorias jurídicas de “direito público” e “direito privado” não são absolutas para os agentes, sendo operacionalizadas de acordo com a posição dos mesmos no sistema de gestão coletiva.

## **OBJETIVOS**

O objetivo geral do trabalho aqui apresentado é a análise, a partir dos dados gerados pela pesquisa do projeto *Open Business Models*, do funcionamento do sistema de gestão coletiva no Brasil, a partir de uma perspectiva histórica e social.

Os objetivos específicos são:

- Demonstrar como as disputas entre diferentes atores estiveram presente desde o surgimento do sistema de gestão coletiva, ainda que tenham adquirido configurações distintas ao longo do tempo;
- Demonstrar os diferentes enquadramentos sobre o sistema de gestão coletiva brasileiro, a partir da perspectiva dos atores envolvidos;

## **MÉTODO**

A pesquisa completa do projeto *Open Business Models*, na qual trabalho se baseia, foi iniciada em maio de 2013. A proposta inicial era a realização de entrevistas com representantes dos diversos segmentos que compõe este sistema: autores, intérpretes, produtores, músicos, usuários de diversos tipos e, sobretudo, representantes das associações de gestão coletiva.

Contudo, nem o ECAD nem as associações designaram representantes para serem entrevistados, apesar dos nossos contatos e insistências. Em muitos casos não houve retorno para as mensagens e telefonemas enviados.

Em outros casos, houve uma negativa formal como resposta. Todos os funcionários que foram diretamente contatados se negaram a conceder uma entrevista, alegando que esta seria uma orientação da “*empresa*”.

Contudo, entrevistamos dois ex-funcionários da instituição, que se propuseram a falar na medida em que não fossem identificados.

Dada a negativa do ECAD e das associações, optamos por analisar o conteúdo dos documentos públicos da instituição. Estes documentos foram acessados entre julho e novembro de 2013.

É importante ter em mente que a pesquisa acompanhou uma mudança significativa na configuração do sistema de gestão de direitos autorais, tendo sido realizada no decorrer da promulgação da Lei 12.853/2013 que altera a lei de direitos autorais de 1998. Apesar disto, até o fim de dezembro de 2013, não observamos nos documentos orientações advindas em função da nova lei.

Por fim, também realizamos um levantamento bibliográfico para reconstruir, em um só documento, a trajetória histórica da construção do sistema de gestão coletiva no Brasil.

## **RESULTADOS**

Inicialmente, precisamos delimitar o conceito de sistema adotado neste trabalho.

O sistema de gestão coletiva dos direitos autorais, evidentemente, engloba o conjunto de leis que regulamentam atividade em si, bem como os dispositivos de regulação interna das instituições – atas, regulamentos e comunicados.

Trata-se, enfim, do sistema jurídico da gestão coletiva, que inclui também as instituições e atores envolvidos.

No entanto, optamos por ampliar a concepção para dar conta de uma realidade mais complexa do que aquelas estabelecidas pela lei.

Entendemos sistema como uma forma organizada de pensamento compartimentado e integrado, que pode ser reconhecido por meio de suas partes, porém difícil de ser percebido no todo.

Assim, é possível observar o sistema de gestão coletiva a partir de suas partes – ao olharmos o ECAD, por exemplo – mas teríamos dificuldade para delimitá-lo em sua totalidade.

De fato, o todo se dilui constantemente nas partes. Mesmo os agentes que reconhecem a totalidade do sistema – tais como alguns titulares de direitos que foram entrevistados – desdobram a gestão coletiva em uma série de segmentos que agem de forma descompassada: gravadoras, autores, funcionários de associações etc.

Logo, a coerência desse tipo de sistema é resultado das descrições que têm o objetivo exato de constituí-la.

Tudo isso implica no fato de que o sistema de gestão coletiva aqui analisado vai além do sistema jurídico, transformando-se em uma categoria heurística que engloba as instituições e seus agentes, titulares, os usuários de obras autorais e o próprio Estado.

Essa maneira de conceber a gestão coletiva foi importante para compreender o processo histórico de acordos e disputas que resultou na atual configuração do sistema. Por meio de um longo desenrolar de relações entre as diversas categorias de atores – muitas vezes agindo de modo conflituoso – é que se chegou à coerência da gestão coletiva.

Como dissemos, esta coerência só pode ser percebida quando olhamos o processo histórico a partir de uma perspectiva totalizante.

Desde o seu início, com a fundação da hoje extinta ABCA (Associação Brasileira de Compositores e Autores), em 1938, da UBC, em 1942, da Sbacem (Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Editores de Música – depois Escritores de Música), em 1946, e da Sadembra (Sociedade Administradora Direitos Execução Musical), em 1956, o sistema de gestão coletiva no Brasil se constituiu e se transformou a partir de disputas.

Ele começa com o conflito entre as próprias associações, passando para um conflito com os editores, para posteriormente se transformar em luta entre associações, gravadoras e radiodifusores. Entre idas e vindas, também existiram os conflitos entre titulares – originários e derivados – grandes usuários (as grandes empresas de rádio e TV) e o Estado, que por vezes é compreendido como uma pairante ameaça à independência das associações.

Identificamos que a percepção sobre esses conflitos vai variar conforme a posição que determinado ator ocupa no sistema. Daí a importância da noção de enquadramento.

Podemos argumentar que os fenômenos observados são resultado dos diferentes enquadramentos (*frames*) que os atores em questão dão para a situação em que estão vivendo.

Um enquadramento pode ser compreendido como uma lente através da qual se observa e se interpreta a vida social.

Assim, indivíduos diferentes vivenciariam os mesmos eventos de forma diferente e – baseados em experiências e conhecimentos anteriores – reagiriam de formas distintas.

Agentes do ECAD, funcionários de associações, titulares de direitos autorais, editores, produtores, usuários e agentes do governo enquadram e reagem ao sistema de gestão coletiva de modo distinto.

Nesse sentido, as definições do que é transparente e legal adquirem diferentes matizes de acordo com o observador.

Da mesma forma, a reação ao ilícito e ao informal também irão variar.

A partir daí, podemos problematizar a categoria de corrupção, tão empregada quando lidamos com este tema.

Os ex-funcionários do ECAD que foram entrevistados, por exemplo, sentiam-se felizes por terem contribuído para que os autores tivessem acesso aos seus direitos e defendiam que faziam parte de algo que apresentava um valor social maior.

Apesar de estarem completamente imbuídos do discurso sobre a defesa dos direitos autorais, se referirem ao ECAD continuamente como uma *empresa*, e não como uma *instituição* ou *organização*, como é comum entre funcionários de instituições sem fins lucrativos.

Não se tratava de uma postura ingênua: ambos teceram críticas à instituição e afirmaram que “no passado deve ter muita coisa errada”. Mas também acreditavam que a instituição vinha passando por mudanças e corrigindo seus erros, em função da crescente visibilidade dos direitos autorais na mídia.

Para eles a corrupção era um problema individualizado, restrito a funcionários que agiriam de modo ilícito por interesse próprio, porém sem o respaldo institucional. Era uma perversão dos objetivos originais do ECAD.

Observando as falas desses funcionários e as próprias atas do ECAD, fica subentendida a percepção de que os critérios de arrecadação e distribuição não seriam obscuros, uma vez que existe um regulamento.

A publicação das atas e dos balanços serviria como prova da transparência do sistema. Corruptos seriam aqueles que se recusariam a pagar os valores devidos pela execução pública obras protegidas.

O discurso sobre corrupção se transforma então em uma arena pela qual todos os atores do sistema passam a ser imaginados uns pelos outros. Ao invés de tratar a corrupção como um aspecto disfuncional das instituições, optamos por tratá-lo como um mecanismo pelo qual as instituições são discursivamente construídas.

Finalmente, ainda mantendo os enquadramentos como ponto de discussão, as categorias de direito público e direito privado são relativizadas de acordo com os discursos.

Apesar do pensamento jurídico compreendê-los como conceitos e esferas bem delimitadas – e de ser capaz de identificar eventuais conflitos que surgem quando interesses privados invadem a esfera dos direitos públicos – tais categorias não são tão rígidas dentro do sistema de gestão coletiva.

Mais precisamente, as categorias existem e são operacionalizadas de modo estratégico pelos agentes.

Diante de uma possível atuação do Estado, o sistema de gestão coletiva pode ser visto como objeto de direito privado.

Por outro lado, torna-se objeto de direito e interesse público quando as instituições se posicionam como responsáveis por garantir

a proteção do autor e assegurar um ambiente de criação intelectual sustentável.

Essas reflexões serão debatidas de modo mais amplo no artigo completo. O que mostramos aqui é uma ilustração do que pretendemos discutir na apresentação oral deste trabalho.

## **CONCLUSÃO**

Os conflitos e as divergências de percepção sempre fizeram parte do funcionamento do sistema de gestão coletiva. Compreendê-los é uma tarefa necessária para transformá-los.

A Lei 12.853/2013 representa um importante avanço, mas pode tornar-se inócua caso os aspectos sociais das práticas que ocorrem nesse sistema sejam desconsideradas.

## **A MUDANÇA DO SISTEMA DE PROPRIEDADE INTELECTUAL PARA UMA PERSPECTIVA DE MERCADO E A MUDANÇA DO PERFIL DOS PATROCINADORES CULTURAIS: O INÍCIO DE UM DEBATE**

*Pedro Paulo de Toledo Gangemi* <sup>197</sup>

*Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito, Artes e Políticas Culturais - NECAC  
Instituto de Economia – Universidade Federal do Rio de Janeiro (IE-UFRJ)*

**RESUMO:** A pesquisa apresenta uma análise comparativa inicial da transição do controle dos sistemas de PI, que originalmente do âmbito da OMPI para controle efetivo da OMC/ TRIPS, e o processo de privatizações no Brasil com o conseqüente impacto no cenário cultural do país. Argumenta-se que de maneira coincidente (ou nem tanto) que a partir da década de 1990 grandes somas financeiras de patrocínio cultural passam a ser atribuídas ao setor privado, no mesmo período em que há a mudança do controle do sistema de Propriedade Intelectual global para o âmbito de mercado através da imposição da OMC/ TRIPS. Não se trata de indicar uma relação causal entre esses fatos, mas de evidenciar a transição do panorama da cultura nacional seja para profissionais, expectadores e consumidores de cultura; bem como de provocar acadêmicos a entenderem e questionarem os desdobramentos desse novo cenário.

**PALAVRAS-CHAVE:** PROPRIEDADE INTELECTUAL; PATROCÍNIO; CULTURA

---

<sup>197</sup> Doutorado (em andamento) em Políticas Públicas, Estratégia e Desenvolvimento pelo Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (IE - UFRJ); Mestre em Administração Pública pela Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas (EBAPE/FGV) e bacharel em Produção Cultural pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Atualmente é coordenador adjunto e consultor técnico da FGV Projetos nas áreas de Gestão Cultural, Gestão Estratégica, Mapeamento e Redesenho de Processos e Elaboração de Plano de Negócios. Foi produtor em diferentes projetos culturais. Atuou como professor em cursos de Graduação e Pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas (FGV) em disciplinas relacionadas à elaboração de Projetos, Estratégia, Marketing, Administração Pública e Produção Cultural. Também foi Professor-Tutor do FGV Online, programa de educação a distância da FGV.

## INTRODUÇÃO

Muitos autores argumentam que os sistemas internacionais de propriedade intelectual (PI) estão subjugados a uma lógica de favorecimento aos países mais desenvolvidos e suas respectivas corporações/ empresas, em especial Estados Unidos (EUA) e Reino Unido (UK), além de outros países da União Europeia (EU), impedindo ou prejudicando o avanço de tecnologias dos países em desenvolvimento, notadamente os BRICS, gerando reflexos nas políticas públicas e realidade dos cidadãos desses países.

Conseqüentemente, as práticas de concessão de patentes e direitos autorais sofrem com a mudança dessa lógica uma vez que estão associados ao sistema de PI, não correspondendo às expectativas e necessidades de usuários (inventores, artistas, empresas...).

Em alguns casos, esses atores são prejudicados em assuntos corriqueiros ou ditos democráticos e abertos à participação, tais como o livre consumo, a liberdade de escolha ou a possibilidade de desenvolvimentos de novos produtos, tecnologias, serviços e soluções de maneira geral, sendo obrigados a usar e consumir o que o mercado determina, mercado esse controlado pelas detentoras de direitos e patentes.

No caso do Brasil, os respectivos órgãos criados para lidar e regular esses temas, tais como INPI ou ECAD acabam reproduzindo os interesses e a lógica dos países com o controle do sistema internacional através dos órgãos e mecanismos internacionais (ditos 'multilaterais') como a Organização Mundial do Comercio (OMC), via Acordo sobre Aspectos de Propriedade Intelectual Relacionadas ao Comercio (TRIPS) e a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI).

Esta última, quando esteve na iminência de dar algum poder de participação aos países em desenvolvimento, foi posta à margem do debate cedendo lugar ao acordo de TRIPS.

A lógica da PI agora faz parte da estrutura do comercio internacional, ou do mercado e não tem um âmbito de atuação exclusivo ou independente para tratar de patentes e direitos de autor.

Este trabalho apresenta uma primeira etapa de estudo exploratório, baseado em dados secundários e revisão bibliográfica acerca dessa temática.

É apresentada uma análise comparativa da transição do controle dos sistemas de PI, antes exclusiva do âmbito da OMPI que passou para o controle efetivo da OMC/ TRIPS (mesmo que formalmente predomine uma ambiguidade de atribuições nesse quesito), e o processo de privatizações no Brasil com o conseqüente impacto no cenário cultural do país.

Assim, a década de 1990 é marcada por dois fatos coincidentes: [1º] o sistema de propriedade intelectual deixou de ser exclusividade de um órgão multilateral formalmente independente e passou a estar vinculado à OMC; [2º] grandes somas de investimento em cultura que se davam quase que exclusivamente pelo Estado ou empresas estatais, passa a ser também de interesse do âmbito privado.

Tem-se, portanto, o aumento do poder de investimento (e conseqüentemente de controle) no âmbito da cultura por parte de empresas privadas e, em muitos casos, multinacionais representando interesses de outros Estados-Nação e, em paralelo, a mudança do controle do sistema de Propriedade Intelectual para o âmbito do mercado através da imposição do TRIPS.

O argumento que se defende é que com a mudança do sistema de PI para uma perspectiva de mercado, a cultura sofre conseqüências desse novo cenário, contribuindo-se para o enfraquecimento de raízes nacionais ou de tradições locais, tais como representações folclóricas ou determinadas culturas populares.

Esse enfraquecimento é questão central diante do fenômeno da globalização e, conseqüentemente, para debates dentro do âmbito das políticas públicas, como por exemplo, sobre o papel que o Estado deve desempenhar em relação à cultura.

## **OBJETIVOS**

Argumenta-se que a transferência da responsabilidade de investimento em cultura para empresas privadas, dependente de interesses de mercado e ignorando sua importância em outras instâncias, pode ter desdobramentos problemáticos.

Argumenta-se, ainda, que com a promulgação em 1996 da nova lei de propriedade industrial, Lei 9279, compatibilizou-se a prática

nacional de PI a padrões internacionais favoráveis aos interesses de mercado, conforme orientações da OMC/ TRIPS, colocando em cheque a soberania e o desenvolvimentismo nacional.

Em conjunto, ambos os fatos tornam-se relevantes, ou mesmo alarmantes para o cenário nacional de desenvolvimento cultural, preservação da memória, acesso à cultura, propriedade de bens culturais, entre outros.

Ressalta-se que este artigo não é conclusivo. Ao contrário, ele é um primeiro estudo exploratório que chama a atenção para um tema ainda marginalizado pela literatura em Propriedade Intelectual, Administração Pública e Políticas Culturais. Defende-se, portanto, o início de uma agenda de pesquisas que aprofunde esses debates, e sejam levantados outros, buscando dar a devida relevância a essa temática.

## **MÉTODO**

Trata-se de um estudo exploratório baseado em análise de dados secundários e revisão bibliográfica.

Trata-se de um estudo inicial conduzido pelo NEDAC que deverá ser desdobrado ao longo dos próximos anos, com investigação empírica a partir de estudos de casos, dentro da abordagem estruturalista e dos parâmetros de uma pesquisa qualitativa com caráter exploratório do fenômeno a ser investigado.

## **RESULTADOS**

Trata-se ainda de uma pesquisa em desenvolvimento por parte do NEDAC. Defende-se, contudo, a ampliação de pesquisas que aprofundem os debates aqui suscitados.

Pela breve conclusão proposta, pode-se considerar a existência de motivações explícitas e fortemente relacionadas, e não apenas coincidências, que expliquem a mudança no cenário cultural nacional; que por sua vez afetam sobremaneira a propriedade relacionada à cultura e seu reflexo para usuários, expectadores e consumidores.

## **CONCLUSÃO**

Com a mudança do sistema de PI para uma perspectiva de mercado, a cultura sofre consequências e passa a contribuir para os mecanismos de mercado, em parte em decorrência desse fato, em parte pela evolução do processo de globalização.

Diante desse cenário, entende-se haver uma série de questões que merecem maior atenção e estudos.

## **JULGADOS NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ENVOLVENDO O USO IRREGULAR/ILÍCITO DE PROGRAMAS DE COMPUTADOR.**

*Rafael Delgado Malheiros Barbosa das Chagas*<sup>198</sup>  
*Grupo de Estudos GP Cult – ITR – UFRRJ.*

**RESUMO:** O objeto da presente pesquisa é analisar os julgados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça envolvendo o uso irregular e/ou ilícito de programas de computadores. Nesta pesquisa foram observados diversos julgados, da mais alta corte infraconstitucional brasileira, com relação ao uso indevido de programas de computador tais como: sistema operacional, pacote de aplicativos de escritório, leitor de formato .pdf, diagramador de terceira dimensão, desenvolvedor de website, entre outros, os quais necessitam de licença de uso, esta perfeita em um contrato, o qual especifica quantos computadores podem operar aquele determinado programa e por quanto tempo.

**PALAVRAS-CHAVE:** PROGRAMAS DE COMPUTADOR; SOFTWARES; ACESSO; USO; IRREGULARIDADE; CONTRAFAÇÃO; PIRATARIA; DIREITO AUTORAL.

### **INTRODUÇÃO**

Tendo em vista a crescente demanda da chamada Sociedade Pós-Moderna por ferramentas capazes de auxiliar a vida na era digital, os softwares, comumente conhecidos como programas de computador, tem por finalidade agilizar as mais diferentes tarefas realizadas pelo homem, estas que, feitas da maneira não digital, poderiam se arrastar por longos períodos.

Desta maneira, cumpre aos programas de computador/sistemas de informação o encargo de realizar cálculos, desenhos, editar textos,

---

<sup>198</sup> Acadêmico de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ-ITR); Pesquisador de Propriedade Intelectual com ênfase em Sistemas de Informação no GP Cult – ITR – UFRRJ; Analista de Sistemas.

operar dados, emitir resultados quase que instantaneamente, o que há poucas décadas parecia impossível.

Neste panorama, surgiram os programadores, responsáveis pelo desenvolvimento destes softwares nas mais variadas linguagens de programação, e logo foram organizadas as primeiras empresas desenvolvedoras, como por exemplo, a Microsoft Corporation e a Adobe Systems.

Não por acaso, os softwares desenvolvidos por estas duas corporações apresentam alto número de contrafações, em especial a Microsoft Corporation com seu Sistema Operacional, como apontado na pesquisa.

Nesta pesquisa foram observados diversos julgados, da mais alta corte infraconstitucional brasileira, com relação ao uso indevido de programas de computador tais como: sistema operacional, pacote de aplicativos de escritório, leitor de formato .pdf, diagramador de terceira dimensão, desenvolvedor de website, entre outros, os quais necessitam de licença de uso, esta perfeita em um contrato, o qual especifica quantos computadores podem operar aquele determinado programa e por quanto tempo. Normalmente, para empresas, são feitos contratos de permissão contemplando dezenas de pontos de acesso.

Ante o exposto, percebeu-se pelos julgados, que as grandes corporações ficavam muito descontentes com o quantum indenizatório obtido, fazendo-se necessária a dilação probatória com nova perícia, vedada no âmbito da corte superior, pelo disposto na Súmula 07/STJ.

Assim, depreende-se que o ordenamento jurídico brasileiro ainda engatinha no combate ao uso indevido de software, tendo em vista que o caráter punitivo pedagógico ainda se mostra muito tímido, possibilitando a reincidência na contrafação aliada a uma fiscalização extremamente deficiente.

## **OBJETIVOS**

O presente tem por objetivo estabelecer qual o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no que tange à contrafação de softwares, quais as sanções e demais cominações legais para as pessoas jurídicas que utilizam softwares pagos, também chamados de programas de código fechado ou proprietários.

## **MÉTODO**

Nesta pesquisa foram utilizados os métodos dedutivo e indutivo, posto que no primeiro momento observou-se a legislação aplicada ao tema (Lei 9.609/1998 e artigo 5º, XXVII e XXVIII da CRFB/88), bem como os demais julgados para a formação dos acórdãos e em um segundo momento vira-se o enfoque para a análise do caso concreto no qual está havendo a irregularidade, vislumbrando a aplicação da lei e a afronta à Constituição.

Trata-se de uma pesquisa quantitativa, na qual o estudo baseia-se em apenas um tribunal, mas que reúne decisões de todo o país, procura ao mesmo tempo descrever o fenômeno e explicá-lo, fazendo um estudo de caso.

## **RESULTADOS**

Os resultados foram muito positivos proporcionando um panorama sobre como nosso tribunal superior vem decidindo as questões relativas aos softwares e sua utilização.

## **CONCLUSÃO**

Conclui-se que, tanto o Superior Tribunal de Justiça quanto os Tribunais de Justiça mantêm posição conservadora na aplicação do dano material, uma vez que a reparação tem por pilar o caráter punitivo pedagógico, indicando ao infrator que a sua conduta não se coaduna com a norma e por isso será rigorosamente sancionado.

## AUTORIAS NA PRODUÇÃO DE CONTEÚDO: O ESTUDO DE CASO DO PROGRAMA SENAI DE EDUCAÇÃO A DISTÂNCIA PSEAD

*Regina Machado Araujo Cardoso*<sup>199</sup>  
Grupo de Estudo da Faculdade Tecnologia SENAI CIMATEC

**RESUMO:** A pesquisa teve como objetivo analisar as implicações das tecnologias digitais e telemáticas e o (des)conhecimento da lei 9610/98 no processo autoral de desenvolvimento de conteúdos impressos e digitais dos professores vinculados à primeira etapa do Programa SENAI de Educação a Distância-PSEAD, realizada pelo SENAI Bahia. Sob o contexto da sociedade da informação e das tecnologias disponíveis para uso educacional no qual estão inseridos estes profissionais, surge a necessidade de se compreender: Como a produção autoral está sendo afetada pela revolução tecnológica e a consequente imaterialidade das obras? Trata-se de uma pesquisa qualitativa, cujo recorte do objeto estudado se deu com um Estudo de Caso, no qual, por intermédio dos instrumentos observação participante, questionário e entrevista semiestruturada, identificou-se o perfil dos docentes, mapeando-se as interações destes com as tecnologias digitais e telemáticas; investigou-se o nível de conhecimento da legislação autoral destes sujeitos e avaliou-se de que forma perfil e conhecimento refletiram na produção autoral. Os resultados revelaram que os sujeitos, embora possuam formação superior, muitas vezes com pós-graduação lato e stricto sensu, são usuários moderados de cultura digital, possuem conhecimento elementar de interação com as tecnologias e conhecimento incipiente de legislação autoral. Concluiu-se que este desconhecimento refletiu na produção do PSEAD, provocando a reescrita de módulos, o que

---

<sup>199</sup> Mestre em Gestão e Tecnologias Industriais pela Faculdade SENAI CIMATEC. Especialista em Inovação e Difusão Tecnológica pela UNEB. Bacharel em Direito pela Universidade UNIME. Conselheira da Aliança Francesa de Salvador. Analista Senior do Núcleo de Inovação e Tecnologias Educacionais do SENAI BAHIA, atuando principalmente nos seguintes temas: EAD, e-LEARNING, NEGÓCIOS COM TECNOLOGIAS EDUCACIONAIS, DIREITO AUTORAL. Área de Interesse: Direito Autoral, Propriedade Intelectual e Inovação. Orientadora: Prof<sup>a</sup>Dr<sup>a</sup> Lynn Alves. Coorientador: Prof. Dr. Marcos Wachowicz

trouxe impactos ao cronograma de desenvolvimento. Sugere-se que os processos de formação a serem realizados incluam a questão da autoria, preparando os conteudistas do projeto para o exercício da escrita adequada ao contexto no qual estão inseridos. A pesquisa realizada poderá contribuir orientando os gestores do programa no preenchimento das lacunas identificadas, na medida em que apresenta dados norteadores para o desenvolvimento de competências imprescindíveis na construção de um modelo de trabalho multidisciplinar, de caráter polivalente e eclético, mas não obrigatoriamente linear, que possa conjugar conhecimentos técnicos, tecnológicos e legais com a experiência, a criatividade e o caráter inovador, inerentes aos processos de autoria.

**PALABRAS-CHAVE:** AUTORIA. DIREITO AUTORAL. PROFESSOR AUTOR. PSEAD.

## INTRODUÇÃO

Sob o contexto da sociedade da informação e das tecnologias disponíveis para uso educacional, surge a necessidade de se considerar o seguinte problema: como a produção autoral educacional dos conteudistas dos cursos EAD está sendo afetada pela revolução tecnológica e a consequente imaterialidade das obras? Esta questão afeta as instituições de ensino que utilizam tecnologias educacionais, sobretudo as que desenvolvem e ofertam cursos a distância.

A inovação da pesquisa se constata na evidência de que a produção de diferentes conteúdos utiliza hoje a mediação das tecnologias, aqui compreendidas na perspectiva de Lévy (1995), para quem as tecnologias influenciam a subjetividade de forma determinante na medida em que fornecem referenciais que modelam a forma de representar e interagir com o mundo. A internet e as tecnologias digitais e telemáticas criaram um mundo desterritorializado e atemporal denominado por Castells (1999a) de “Sociedade da Informação” ou “Sociedade em Rede”, também denominado de “Terceira onda” por Toffler (2002).

Nesta sociedade, um gigantesco fluxo de informações cresce e se renova a cada instante, desconstruindo os antigos padrões de

comunicação e fazendo surgir um novo paradigma de construção de conhecimento e de produção autoral.

Neste trabalho vamos refletir sobre o desafio imposto aos autores por esta nova sociedade que deles exige mais continuamente.

## **OBJETIVOS**

Não é intenção desta pesquisa aprofundar a discussão sobre tecnologia, que já foi bastante discutida por Pierre Lévy. A pesquisa tem a pretensão de ponderar sobre o problema específico levantado neste determinado contexto, trazendo como objetivo geral analisar as implicações das tecnologias digitais e telemáticas e o (des)conhecimento da lei 9610/98 no processo autoral de desenvolvimento de conteúdos impressos e digitais para os professores vinculados à primeira etapa do Programa SENAI de Educação a Distância-PSEAD, realizada pelo SENAI Bahia. Para alcançá-lo foram traçados os seguintes objetivos específicos:

1. Identificar o perfil dos docentes, mapeando as interações destes com as tecnologias digitais e telemáticas;
2. Investigar o nível de conhecimento da legislação autoral por parte destes;
3. Avaliar de que forma a integração do perfil e do (des)conhecimento da legislação refletiram na produção autoral destes sujeitos enquanto conteudistas.

## **MÉTODO**

Para alcançar o objetivo geral desta pesquisa, optou-se por realizar uma INVESTIGAÇÃO QUALITATIVA, usualmente utilizada em estudos voltados à compreensão da vida humana em grupos, em campos como sociologia, antropologia, psicologia, dentre outros das ciências sociais.

Estas características estavam em total sintonia com a proposição da pesquisadora, enquanto observadora do contexto no qual estava inserida, e foram, então, identificadas ou adotadas no ESTUDO DE CASO da produção autoral do Programa SENAI de Educação a Distância (PSEAD), tendo como sujeitos a coordenadora e os autores conteudistas que produziram livros didáticos da primeira Etapa do Programa de desenvolvido pelo SENAI BAHIA, aos quais foram

aplicados os seguintes instrumentos: OBSERVAÇÃO PARTICIPANTE, QUESTIONÁRIO E ENTREVISTASEMIESTRUTURADA.

## RESULTADOS

Os resultados da pesquisa serão compartilhados a partir da mediação dos instrumentos, analisados mediante as seguintes categorias de análise: interação dos sujeitos com as tecnologias; dificuldade com a escrita; conhecimento da legislação e formação.

Ao se traçar o perfil midiático dos conteudistas, constatou-se que embora 100% destes sejam usuários da internet em casa e no trabalho, esta utilização se restringe às buscas e ao uso das redes sociais.

Os conteudistas têm amplo acesso às informações graças às tecnologias digitais e telemáticas, além do acesso nos demais equipamentos, contudo não demonstram pensar de forma crítica e estratégica essas informações.

As respostas indicam que os sujeitos possuem uma visão instrumental da tecnologia, ou seja, possuem conhecimento técnico sobre “como fazer”, mas este saber está desvinculado do sentido e dos fins educacionais propostos, evidenciando que a prática como autores ainda não articula as dimensões técnica, humana e política, necessitando de maior ajustamento ao contexto sociocultural em que os conteúdos são produzidos.

Apesar das considerações reportadas, dentre as dificuldades percebidas pelos autores conteudistas o desconhecimento da legislação autoral foi preponderantemente o maior problema levantado.

Na aplicação dos instrumentos constatou-se que a maioria dos sujeitos entendia como de utilização livre as imagens, fotos e vídeos encontrados na internet, além crerem ser possível, ao utilizá-los, identificá-los como de “autoria: SENAI”.

No âmbito da realização do projeto, nenhum pediu autorização para utilização de obra de terceiros.

Entendiam que não era preciso citar a autoria de obras em domínio público, e, constatou-se ser generalizado o desconhecimento da existência de uma Política de Direitos Autorais no Youtube,

entendendo que poderiam usar livremente os vídeos disponibilizados pelo canal.

Algumas posturas, que poderiam ser interpretadas como desonestas, tais como a cessão gratuita ou onerosa de conteúdo já anteriormente cedido, podem ser compreendidas em função do desconhecimento demonstrado, embora todos os conteudistas assinem, quando inseridos no projeto, um Termo de Cessão no qual consta como quesito obrigatório a “originalidade” do texto.

Vale ressaltar que, mesmo munido de boa fé, caso um conteudista por equívoco ou descuido venha a cometer alguma ilicitude e, em razão desta, sofrer alguma ação judicial, a instituição tem responsabilidade objetiva, portanto, será entendida como corresponsável e, independente de culpa, poderá sofrer penalidades afora os danos à sua imagem.

As respostas indicaram que, embora 43,75% declarem defender o livre compartilhamento as posições ideológicas perdem força quando se trata de sua própria produção autoral, pois, na condição de autores, todos desejam ser remunerados e entendem a identificação da autoria como obrigatória.

Com relação às questões conceituais relativas à Direito Autoral, algumas bastante introdutórias, percebeu-se que, além de pouco conhecimento, os sujeitos confundem os temas “Direito Autoral” com “Normalização”, preocupando-se mais com a forma definida, por exemplo, pela ABNT, do que com a identificação da autoria.

Os dados obtidos indicam que os atores sociais pesquisados, utilizam de forma contundente obras disponíveis em meio digital embora evidenciem um elevado índice de desconhecimento em relação à forma correta de utilização, o que remete a constatação de que ao fazer isto há grande possibilidade de cometerem atos ilícitos pelo grau de desconhecimento demonstrado. Todos os instrumentos sinalizaram a falta de crédito ao autor e a incidência recorrente de plágios como os maiores problemas identificados na produção dos conteúdos do projeto.

Embora o Domínio técnico do conteúdo e a Habilidade de escrita fossem pré-requisitos definidos na seleção dos autores, aconteceram casos nos quais o conteudista tinha experiência docente e total domínio de conteúdo, mas nenhuma capacidade para escrevê-lo. Alguns dos tidos como “mais preparados” revelaram dificuldade com a

escrita, fosse para colocar o conhecimento que possuíam no papel ou para realizar a escrita que deles se esperava, uma escrita para EAD: formal, mas criativa, acadêmica e interativa, original, porém, criteriosa.

O projeto exigiu dos conteudistas que se expressassem não mais como simples escritores, mas sim como autores que seriam publicados.

Percebeu-se desta forma, neste estudo, que o processo autoral exigiu dos sujeitos outras competências, para além das que lhes eram exigidas como técnicos especialistas no conteúdo, tampouco como docentes, uma vez que a escrita autoral é uma atividade complexa que exige do escritor o domínio de diferentes destrezas, sejam elas ortográficas ou de estilo.

Nem os conteudistas, tampouco a equipe de gestão, tiveram capacitações sobre Direito Autoral. No começo do projeto a formação para a escrita se dava na prática. Os conteudistas escreviam um capítulo que passava pela avaliação de uma consultora em educação online que avaliava o material produzido, indicando o que estava bom e os pontos que deveriam (e como poderiam) ser melhorados. Ocorre que nem todos os conteudistas puderam ter o mesmo acompanhamento, visto que alguns ainda não tinham sido contratados quando estas “orientações” aconteceram.

## **CONCLUSÃO**

Conclui-se que a produção educacional dos conteudistas dos cursos EAD pesquisados está sendo afetada pela revolução tecnológica e pela consequente imaterialidade das obras, na medida em que, embora lhes sejam exigidos como autores conteudistas novas competências que lhes assegurem promover textos interativos, ter domínio legal e uso contextualizado da tecnologia, fica constatado, que, mesmo os que possuem formação superior ou pós-graduação lato e stricto sensu, são usuários moderados de cultura digital, possuem conhecimento elementar na interação com as tecnologias digitais e telemáticas e conhecimento incipiente de legislação autoral.

No estudo compreendeu-se que os problemas identificados no processo autoral do Programa decorrem da falta de expertise dos sujeitos, que não recebem em sua educação básica uma formação com foco na produção autoral, tampouco no conhecimento da legislação atinente a esta produção.

A investigação demonstrou que existem lacunas na formação dos conteudistas para sua atuação como autores de livros didáticos de cursos EAD, além de ter evidenciado também que, se por um lado, a revolução tecnológica e a imaterialidade das obras ampliam exponencialmente a oferta de fontes no ambiente digital, por outro, exigem maior rigor na constatação da veracidade e autenticidade das informações encontradas, na identificação da autoria e nos registros corretos das fontes utilizadas.

Os sujeitos investigados apresentam grande dificuldade de compreensão da lei.

Requisitados a produzir, utilizam os recursos tecnológicos disponíveis, sem, contudo, compreender que esse uso possui legislação protetiva e, por isso mesmo, sua utilização inadequada pode trazer implicações legais para eles e para a instituição que chancela o projeto. Identificou-se também que apresentam dificuldade de escrita, problema que deriva da nossa formação escolar que não valoriza a escrita como uma tecnologia que deve ser continuamente estimulada e exercitada.

Como contribuição, sugere-se que seja criado um programa de educação continuada contemplando os diversos atores do programa, para que sejam preenchidas as lacunas identificadas, incluindo a questão da autoria e da legislação pertinente, preparando as equipes para o exercício da escrita adequada ao contexto no qual estão inseridos.

Sugere-se também a inclusão das disciplinas de Direito Autoral e de Escrita (científica, autoral, criativa) para introduzir estes conteúdos e estas reflexões nos cursos da instituição.

O trabalho não se propõe a trazer respostas absolutas, tampouco soluções fechadas, o intuito foi tão somente fomentar o debate e auxiliar na compreensão do tema, contribuindo com novos olhares a respeito da importância do conhecimento sobre direito autoral para a atuação docente no contexto sociocultural e educacional existente.

## DEMOCRACIA EM REDE: O CIDADÃO NET-ATIVISTA E O MARCO CIVIL BRASILEIRO

*Thami Covatti Piaia* <sup>200</sup>

*Grupo de Estudos da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI  
– campus de Santo Ângelo/RS.*

*Bárbara DeCezaro* <sup>201</sup>

*Grupo de Estudos da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI  
– campus de Santo Ângelo/RS.*

**RESUMO:** a pesquisa tem como objetivo principal, conceituar e analisar temas como democracia, cidadania, participação popular, liberdade de expressão e net-ativismo, fatores estes, interdependentes e correlacionados à criação do Marco Civil da Internet no Brasil. A Lei 12.965/2014, não apenas protege a liberdade de expressão na internet, sua elaboração foi extraordinária, pois contou com a participação de vários segmentos da sociedade, transcendendo o processo ordinário de formação. O Marco Civil representa uma inovação positiva no direito brasileiro, o que é muito salutar para o fortalecimento da democracia brasileira.

**PALAVRAS-CHAVE:** DEMOCRACIA EM REDE - NET-ATIVISMO - MARCO CIVIL DA INTERNET

### INTRODUÇÃO

Em decorrência de mudanças institucionais, vivemos numa época de abundâncias. Simplesmente temos mais de tudo agora.

---

<sup>200</sup> Visiting Scholar na Universidade de Illinois – campus de Urbana-Champaign. Professora no Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Santo Ângelo/RS.

<sup>201</sup> Mestranda em Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Santo Ângelo/RS.

Mais pessoas, mais países, cidades, partidos políticos, exércitos; mais bens e serviços, e mais companhias para vendê-los; mais armas e mais remédios; mais estudantes e mais computadores; mais pregadores e mais delinquentes. (NAIM, 2013, p. 86).

A produção econômica mundial aumentou cinco vezes desde 1950. A renda per capita é três vezes e meia superior a de então. Mais importante de tudo, há mais pessoas - 2 bilhões há mais do que havia há apenas duas décadas atrás.

Por volta de 2050, a população mundial será quatro vezes maior do que era em 1950. Esse aumento populacional, assim como sua estrutura etária, distribuição geográfica, longevidade, saúde, seus maiores níveis de informação e educação e consumo, têm amplas repercussões na obtenção e no uso do poder. (NAIM, 2013, p. 87).

A Revolução do Mais não se limita a um quadrante do globo ou a um segmento da humanidade. Ela se desenvolveu apesar de todos os eventos negativos que ocupam as manchetes do dia a dia: recessão econômica, terrorismo, terremotos, repressão, guerras civis, catástrofes naturais, ameaças ambientais. Sem tirar importância do custo humano e planetário dessas crises, podemos afirmar que a primeira década do século XXI foi talvez a mais bem-sucedida da humanidade: como colocou o analista Charles Kenny, entre o ano 2000 e o de 2010, a humanidade teve a “melhor década de todas”. (NAIM, 2013, p. 87).

A chave é esta: quando as pessoas são mais numerosas e vivem vidas mais plenas, tornam-se mais difíceis de regular, dominar e controlar. (NAIM, 2013, p. 91).

Não é por acaso que a Primavera Árabe começou na Tunísia, o país do norte da África com o melhor desempenho econômico e o mais bem-sucedido em fazer ascender seus pobres para a classe média. Na realidade, o motor que move muitas das transformações políticas desses tempos é uma classe média impaciente e mais bem informada, que quer um progresso mais rápido que aquele que o governo é capaz de oferecer, e cuja intolerância a respeito da corrupção tornou-se uma poderosa oposição. (NAIM, 2013, p. 91).

Hoje, não só há mais gente, e mais pessoas vivendo de maneira mais plena e saudável, como além disso elas se movimentam muito mais. Isso as torna mais difíceis de controlar. E também altera a distribuição de poder tanto dentro de cada comunidade como entre

diferentes grupos sociais. O aumento das diásporas e seus agrupamentos étnicos, religiosos e profissionais, transformou-se em correias de transmissão internacional entre seu país de adoção e seu país de origem. (NAIM, 2013, p. 92).

Os africanos que vivem na Europa ou os latino-americanos que estão nos Estados Unidos não só transferem dinheiro a seus familiares que ainda vivem no país do qual emigraram. Também transferem, às vezes sem se dar conta, ideias, aspirações, técnicas ou até movimentos políticos e religiosos, que minam o poder e a ordem estabelecida em seu país de origem. (NAIM, 2013, p. 92-93).

Segundo os termos da Lei do Referendo Sudanês, aprovada por seu parlamento em 2009, os eleitores da diáspora sudanesa, incluindo os cerca de 150 mil nos Estados Unidos, puderam votar no referendo de 2011 sobre a decisão do Sudão do Sul de se tornar uma nação independente. Vários membros do senado da Colômbia são eleitos por colombianos que vivem no exterior. Candidatos ao governo do estado ou à presidência de países com grandes populações de imigrantes – por exemplo, para governador de estado no México ou para presidente do Senegal – costumam viajar até Chicago, Nova York, Londres, ou para qualquer lugar onde seus compatriotas tenham criado raízes, para conseguir votos e arrecadar dinheiro. (NAIM, 2013, p. 93).

As Nações Unidas calculam que há 214 milhões de migrantes no planeta, um aumento de 37% nas duas últimas décadas. No mesmo período, o número de migrantes cresceu 41% na Europa e 80% na América do Norte. Se os migrados fossem um país, ele seria o quinto mais populoso do planeta. Estamos experimentando uma revolução da Mobilidade, com mais pessoas se deslocando do que já ocorreu em qualquer outra época da história. (NAIM, 2013, p. 93).

Mas talvez o aspecto da Revolução da Mobilidade que mais esteja transformando o poder seja a urbanização.

O processo de urbanização, que já era o mais rápido da história, está se acelerando ainda mais, especialmente na Ásia. Mais pessoas do que nunca se mudaram do campo para a cidade, e continuam mudando. Em 2007, pela primeira vez na história, há mais gente morando nas cidades do que nas áreas rurais. (NAIM, 2013, p. 95).

Existe outra nova forma de mobilidade que, embora não envolva população tão numerosa quanto a migração de trabalhadores de menor nível de instrução e não seja tão revolucionária como um

acelerado processo de urbanização, está também remodelando o cenário do poder: a circulação de cérebros. As nações pobres tendem a perder muitos de seus cidadãos mais capacitados e instruídos para os países mais ricos, atraídos pelas perspectivas de uma vida melhor. (NAIM, 2013, p. 96).

Essa bem conhecida “drenagem de cérebros” priva esses países de enfermeiras, engenheiras, cientistas, empresários e outros profissionais que custam caro para se formar e, como é natural, reduz seu capital humano. Nos últimos anos, porém, é cada vez maior o número desses profissionais que voltam a seus países de origem e alteram a situação local na indústria, universidade, na mídia e na política. (NAIM, 2013, p. 96).

As Revoluções do Mais e da Mobilidade criaram uma nova classe média, grande e em rápido crescimento, cujos membros estão bem cientes de que há outras pessoas que desfrutam de mais prosperidade, liberdade ou satisfação pessoal do que elas. E essa informação nutre sua esperança de que não é impossível algum dia alcançá-las. (NAIM, 2013, p. 100).

Essa Revolução nas expectativas e a instabilidade política gerada pela distância entre o que as pessoas esperam e o que seu governo pode dar-lhes em termos de mais oportunidades ou melhores serviços são agora globais. Elas afetam igualmente países ricos e pobres; de fato, a esmagadora maioria da população mundial vive no que se poderia chamar agora de sociedades em rápida transformação. (NAIM, 2013, p. 100).

A diferença, sem dúvida, é que enquanto nos países em desenvolvimento a classe média está se expandindo, na maioria dos países ricos ela vem encolhendo. E tanto as classes médias que crescem como as que encolhem alimentam a turbulência política. As classes médias acoçadas tomam as ruas e lutam para proteger seu padrão de vida, enquanto as classes médias em expansão protestam para obter mais e melhores bens e serviços. (NAIM, 2013, p. 101).

A Revolução da Mentalidade abrange profundas mudanças de valores, padrões e normas. Ela reflete a crescente importância atribuída à transparência, aos direitos de propriedade e à equidade, seja no tratamento dado às mulheres na sociedade, às minorias étnicas e de outro tipo (homossexuais, por exemplo) até aos

dispensados a acionistas minoritários das corporações. (NAIM, 2013, p. 106).

Muitas dessas normas e critérios têm profundas raízes filosóficas. Mas sua difusão e generalização atual – embora muito desigual e imperfeita – é espetacular. Essas mudanças de mentalidade têm sido impulsionadas por mudanças demográficas e reformas políticas, pela expansão da democracia e da prosperidade, por dramáticos aumentos na alfabetização e no acesso à educação – e pela explosão nas comunicações e nas mídias. ((NAIM, 2013, p. 106).

Está em curso uma profunda mudança nas expectativas e nos critérios, e não apenas em sociedade liberais, mas até nas mais rígidas. A maioria das pessoas contempla o mundo, seus vizinhos, empregadores, sacerdotes, políticos e governos, com olhos diferentes de seu país. (NAIM, 2013, p. 101).

Até certo ponto, sempre foi assim. Mas o efeito das Revoluções do Mais e da Mobilidade foi ampliar muito o impacto cognitivo, até mesmo emocional, do maior acesso a recursos e da capacidade de se movimentar, aprender, conectar-se e comunicar-se num âmbito maior e de forma mais barata do que jamais foi possível. É inevitável que isso acentue a diferença de Mentalidade e de visão de mundo entre gerações. (NAIM, 2013, p. 101).

Nesse contexto, onde o número de habitantes no mundo aumentou significativamente, fazendo com que essas pessoas migrassem em busca de melhores condições de vida, ocasionando com isso, mudanças na mentalidade das pessoas, não poderíamos deixar de enaltecer a importância da tecnologia.

O acesso à internet popularizou-se de uma maneira sem precedentes. Nunca antes na história da humanidade, as pessoas estiveram tão conectadas umas às outras. De acordo com o relatório anual da União Internacional de Telecomunicações (UIT) – Medindo a Sociedade de Informação 2013 – a banda larga móvel se tornou o segmento que mais cresce do mercado mundial da Tecnologia de Informação e Comunicação.

No final de 2013, havia 6,8 bilhões de assinaturas para telefones celulares – quase o número total de pessoas no planeta. Conexões de banda larga móvel em 3G e 3G+ estão crescendo a uma taxa média anual de 40%, o equivalente a 2,1 bilhões de assinaturas de banda larga móvel e uma taxa global de quase 30%. Quase 50% de todas as

pessoas do mundo estão agora conectadas por uma rede 3G. Estima-se que, no final do ano de 2013, 2,7 bilhões de pessoas também estivessem conectadas à Internet. Podendo chegar a 3 bilhões já no final de 2014. Este número quer dizer que 40% da população mundial estará conectada, sendo que 2/3 destas pessoas são moradores de países em desenvolvimento, e entre eles está o Brasil.

O Brasil tem hoje, aproximadamente 67% de sua população conectada à Internet. Fato este, que impulsionou a recente aprovação do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014). Necessidade em proteger a liberdade de expressão dos navegadores, dos usuários da internet.

## **OBJETIVOS**

Analisar histórica e normativamente todo o processo de surgimento do Marco Civil. Como surgiu a ideia de ser produzida no Brasil, uma legislação que protegesse a privacidade, a liberdade de expressão e a neutralidade da rede.

Discorrer sobre o Marco Civil da Internet, suas causas, consequências e aporias. O Marco Civil estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

Estabelecer parâmetros comparativos entre o antes e o depois do Marco Civil da Internet no judiciário brasileiro, assim como no comportamento do cidadão net-ativista.

## **MÉTODOS**

Indutivo/dedutivo

## **RESULTADOS**

Os resultados da pesquisa são esclarecedores e interessantes. Os conceitos e os números trazidos podem colaborar para a compreensão do porquê da importância do Marco Civil da Internet para o fortalecimento da democracia no Brasil.

## **CONCLUSÃO**

O aspecto de criação do Marco Civil, ao permitir que o cidadão net-ativista pudesse participar de sua elaboração, foi algo realmente inovador. A legislação foi pensada e elaborada por diversos pesquisadores e juristas, nacionais e estrangeiros, pelo governo

federal e pela população, privilegiando e fortalecendo a democracia brasileira.

O Brasil deu um passo positivo na concretização da democracia, com a aprovação do Marco Civil da Internet, mostrando aos demais países ser possível uma legislação que proteja os direitos dos cidadãos na internet, ao mesmo tempo em que, consolida a democracia.

## **DIREITO AUTORAL E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS MANIFESTAÇÕES POPULARES TRADICIONAIS: LIMITES, PROTEÇÃO, DIFUSÃO DA CULTURA TRADICIONAL**

*Thiago Anastácio Carcará  
Vitor Melo Studart*

**RESUMO:** O presente resumo tem por objeto a análise do direito autoral e da liberdade de expressão nas manifestações culturais, especialmente as de cunho popular, posto serem estas responsáveis pela construção da identidade nacional dos cidadãos, o que se evidencia com o acesso pleno à elas, sendo essencial a existência de mecanismos de difusão e proteção da cultura popular. Em outra vertente o direito autoral, nascido do direito de propriedade tem por fundamento a proteção do direito do autor como contraprestação a seu trabalho, bem como proteção às suas obras e criações, podendo limitar o acesso a determinado bem cultural, o que pode ser entendido como ofensa a um direito cultural, já que impede que todos tenham acesso a tal produção cultural, evidenciando assim uma colisão de direitos. A análise converge-se para o papel do Estado diante do conflito individual e coletivo que se apresenta perante os direitos culturais.

**PALAVRAS-CHAVE:** DIREITO AUTORAL – LIBERDADE DE EXPRESSÃO – FOLCLORE – DIVERSIDADE CULTURAL

### **INTRODUÇÃO**

Desde o princípio as sociedades buscam manifestar seu pensamento de alguma forma, evidenciando a necessidade humana de comunicar-se e transmitir para outrem os pensamentos que atordoavam ou cintilantemente brilhavam em determinada época. Escritos, pinturas, adornos, objetos de madeira, barro, ferro, qualquer

coisa apta a sofrer modificações em seu estado e que pudessem traduzir significativamente um sentimento, uma emoção, eram utilizadas com tal propósito.

A expressão enquanto condição social se mostra presente em todas as civilizações. Na sociedade contemporânea as formas pela qual a manifestação se reproduz ganham aliados tecnológicos advindos da própria evolução da sociedade, que fazem entoar, nos mais diversos tons, as alegrias e as tristezas humanas.

A evolução social do homem oportuniza a evolução jurídica e o surgimento dos institutos que organizam e disciplinam o comportamento social com um propósito, enaltecido por grandes pensadores, que é o bem comum da sociedade.

A propriedade emerge assim como um direito a ser consagrado nas Cartas Estatais e nas Declarações de Direitos, e em alguns documentos como um direito sagrado, bem antes mesmo da positivação do direito à vida, obviamente revestida de um cunho materialista, se revestia principalmente em bens corpóreos em especial imóveis.

Evidentemente o evoluir do ser social individual e coletivamente, fez com que a propriedade ganhasse altivez de ter titulares inclusive de bens incorpóreos, e aqui sublinhe-se os bens artísticos e intelectuais.

Outro aspecto a ser destacado, é que há o consenso historicamente fixado de que os conhecimentos tradicionais e o folclore pertencem ao domínio público, como bens comuns, sendo assim passíveis de serem apropriados e utilizados a qualquer instante, com qualquer destinação – econômica ou não, sem referência à fonte e sem o compartilhamento das vantagens patrimoniais extraídas a partir de sua exploração.

Não se pode descurar que, tais aspectos causam a perpetuação do estado de vulnerabilidade em que sobrevivem muitos dos agrupamentos locais, implicando na perda dos seus padrões de cultura e, por conseguinte, do patrimônio biocultural imaterial – PBI. (WACHOWICZ, 2013, p. 232)

Observa-se, portanto, que as manifestações que outrora buscavam exprimir sentimentos com o propósito de comunicação e de perpetuação, agora se vestem com a marca do direito de propriedade,

renovado pela necessidade de originalidade e inovação: o direito autoral.

Bem verdade não se trata de uma mera emergência econômica, e sim de uma realidade, pois a proteção a expressão em suas espécies, se torna necessária diante da desvalorização de ambientes e pessoas que cultivam a expressão e a perpetuação das experiências.

A regulamentação e positivação do direito autoral fortalecem os direitos culturais, enaltecendo a necessidade de proteção e fomento as manifestações de expressão.

Entremeios, o fim profícuo da expressão que é a transmissão de realidades e sentimentos ao longo tempo, parecem ficar em ultimo plano diante da teia econômica que se estruturou.

A cultura erudita restrita pela sua própria singularidade e a cultura popular, que não é de massa pela própria natureza conceitual, parecem coadjuvantes diante do direito autoral que se fomenta pela Indústria Cultural, ao invés de fomentar as raízes e o acesso a cultura. Essa premissa é que norteia a proposta de trabalho apresentada.

Contudo, é importante frisar que a simples conquista da positivação de certos direitos não garante a efetivação imediata destes, uma vez que a garantia de tais direitos depende de vários fatores econômicos, políticos e sociais. Necessário se faz evidenciar os direitos culturais a fim de que estes se mostrem por completo e não individualmente.

Direitos culturais são aqueles afetos às artes, à memória coletiva e ao repasse de saberes, que asseguram a seus titulares o conhecimento e uso do passado, interferência ativa no presente e possibilidade de previsão e decisão de opções referentes ao futuro, visando sempre à dignidade da pessoa humana. (CUNHA FILHO, 2000, p. 34).

Os direitos culturais devem, também, servir de meio a estabelecer uma democracia cultural, buscando apaziguar conflitos, objetando um modo de as diversas culturas possam coexistir, encontrando assim a democracia cultural, neste sentido:

a) reconhecer os direitos de certos grupos ou coletividades nacionais ou locais, bem como integrá-los à participação política;

b) garantir a coexistência e estabelecer ligações comunicativas de sujeitos com interesses, opiniões e valores diferentes em uma sociedade plural;

c) restabelecer a autonomia de entidades culturais coletivas e o direito de desligamento ou libertação. (VIEIRA, 2010, p. 11)

Dessa forma, o Direito Cultural pode servir de meio a congregação da proteção dos bens culturais da maneira mais equacional possível, protegendo os grupos sociais mais desprestigiados pelo poder. Tal função do direito cultural expressa uma moderna perspectiva constitucional que busca a integração de elementos de diversos grupos culturais em uma mesma carta constitucional, para minimizar conflitos e propiciar uma maior paz sociocultural. Tal teoria é apresentada pelo constitucionalista português CANOTILHO (2003, p. 1451):

A função integradora da constituição carece hoje de uma profunda revisão originada pelos fenômenos do pluralismo jurídico e do multiculturalismo social. Designa-se pluralismo jurídico a situação em que existe uma pluralidade heterogênea de direitos dentro do mesmo campo social.

O "pluralismo de direitos" pressupõe uma sociedade multicultural ("pluralismo cultural") formada por vários grupos culturais ("índios", "hispanicos", "cabo-verdianos", "africanos", "turcos", "indianos") que produzem normas (relativas, por ex., a casamentos, modas, contratos, ensino de religião) que atuam no mesmo espaço social e interagem com as normas produzidas pelas "macroculturas" dominantes nesse mesmo espaço.

Os direitos culturais representam, portanto, um importante instrumento na busca da democratização da cultura, uma vez que objetivam diminuições de tensões culturais causadas pelas intransigências de governos e de grupos culturais maiores, em relação a grupos culturais menores. Desse modo, buscam assegurar o acesso, gozo, fruição e expressão dos diferentes cidadãos brasileiros componentes dos diversos grupos culturais constituintes da formação histórica brasileira aos seus bens culturais.

A proteção dos direitos culturais pressupõe a garantia da liberdade de expressão e a proteção dos valores culturais, de cunho imaterial. As culturas tradicionais necessitam de liberdade para que possam se perpetuar. Um exemplo claro de casos como esse é a

apropriação nordestina que se tem sobre parte das obras de Luiz Gonzaga, qual exemplificamos pela canção Asa Branca de autoria de Humberto Teixeira e Luiz Gonzaga.

Em linhas gerais percebe-se que as obras em questão, embora possuam autores conhecidos, representam na verdade uma referência identitária cultural e seus autores, personagens de grande relevância histórica que influenciaram sobre a perspectiva social um grande conjunto de comunidades. Estes personagens, por exemplo, contribuíram com o desenvolvimento e propagação de estilísticas musicais nordestinas, que resultaram inclusive em criação de obras similares ou derivadas de autoria desconhecida, ou mesmo de construção coletiva.

A cobrança inadequada ou limitação do uso por obra autoral de cunho referencial para as identidades culturais, resta uma ofensa maior do que a sua possível utilização inadequada, restando evidente o prejuízo da função social da obra autoral.

O excessivo valor para acesso a determinadas produções culturais evidencia o descompasso com a proteção dos direitos culturais atuando em sentido contrário a cultura, desfazendo assim a sua função social. Proporcionalmente deve-se sopesar entre ambas proteções de direitos culturais, aquelas atinentes ao autor e aqueles relativos aos elemento de democratização da cultura.

## **OBJETIVOS**

Objetivo geral do presente estudo é o de analisar o Direito Autoral no direito brasileiro sob a ótica da liberdade de expressão, em especial nas manifestações culturais populares constatando seus elementos conceituais e delineadores.

Objetivos Específicos do presente estudo são:

Identificar os limites existentes entre os direitos autorais e a liberdade de expressão nas manifestações da cultura popular.

Evidenciar os meios de difusão da cultura popular, bem como os elementos de fomento, e sua relação com o direito autoral.

Caracterizar a proteção as manifestações culturais, especialmente as populares, e o direito autoral como elemento de proteção.

## **MÉTODO**

As abordagens metodológicas nessa pesquisa são de cunho qualitativo, uma vez que será produzida com a utilização da Legislação Nacional e Internacional pertinente, das interpretações e construções doutrinárias existentes e de jurisprudência relevante. O material para a coleta e produção de dados, será obtido por meio de livros, artigos científicos publicados em revistas especializadas sobre a temática da pesquisa, também nos acórdãos dos Tribunais Pátrios e Internacionais, como também de alguns artigos publicados na internet, canais de congressos e debates legislativos. Assevera-se ainda a realização de pesquisa sobre material acima descrito junto ao direito comparado, buscando sempre uma análise crítica do tema. Através dessa investigação teórica, de dimensão analítica e empírica, parti-se para a análise dessa pesquisa. Descrevendo e interpretando os dados da investigação, produzindo assim um resultado único, inovador e crítico.

## **RESULTADOS**

Pretende-se com o presente estudo inicialmente expor delimitações do direito autoral perante as manifestações populares por meio de parâmetros conceituais, analisando seus elementos perante a doutrina nacional e estrangeira, sempre atentando para a observância limítrofe na ofensa aos direitos fundamentais.

Com a análise dos elementos da cultura popular verificar-se-á sua importância para a construção de uma identidade nacional, exaltando a necessidade de proteção, fomento e difusão de tais manifestações.

Contrapondo com o Direito autoral enquanto elemento de proteção e limitador de acesso a determinadas produções, buscar-se-á apresentar a linha tênue presente no direito brasileiro que assegura o fomento e a difusão bem como preserva o direito de propriedade dos autores intelectuais e artísticos.

## **CONCLUSÃO**

Diante da evidência de que as manifestações populares são responsáveis exponencialmente pela construção de uma identidade nacional, sendo indispensável a sua difusão e fomento, o direito autoral emerge como elemento que pode limitar o acesso a

determinadas produções, podendo, prejudicar a construção dessa identidade cultural.

Cabe, portanto, ao Estado determinar a política pública de acesso a tais criações culturais preservando as manifestações de cultura e contribuindo para a formação do cidadão com identidade nacional, e por outro lado preservando o direito autoral do autor quando possibilita a devida contraprestação pela sua obra ou produção artística, além de fomentar a produção cultural com o reconhecimento econômico do resultado produzido.

## REFERENCIAS

- ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1451.
- COSTA, Rodrigo Vieira. A dimensão cultural da democracia. Anais do VI Encontro Nacional de Estudos Multidisciplinares em Cultura - VI ENECULT. Salvador: UFBA, 2010. p. 11
- COSTA NETTO, José Carlos. Direito autoral no Brasil. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: FTD, 2008.
- CUNHA FILHO, F. H. Cultura e Democracia na Constituição Federal de 1988: a representação de interesses e sua aplicação ao programa nacional de apoio à cultura. 1. ed. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.
- DIAS, Maurício Cazer. Utilização musical e direito autoral. Campinas: Bookseller, 2000.
- MATOS, Marcos Paulo Santa Rosa. As representações do nordeste em “a triste partida” de Luiz Gonzaga. Disponível em: <cpd1.ufmt.br/bocadatribu/adm/artigos/artigo2\_5ed.pdf>. Acesso em: 15 de setembro de 2013.
- NETO, Joaquim Cardoso da Silveira; CARVALHO, Jailda Evangelista do Nascimento; SILVA, Alecrisson da. As canções de Gonzagão: identidade cultural. IV Fórum identidade e alteridades: educação e relação etnicorraciais. Itabaiana: UFS, 2010.
- PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. Direitos autorais. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.
- PEREIRA, Célio A. S.; GOULART, Paloma E. S. Direitos Autorais e Músicas Vindas de Conhecimentos Tradicionais. In: I Encontro Internacional de Direitos Culturais, 2012, Fortaleza. Anais do I Encontro Internacional de Direitos Culturais, 2012.
- ROCHA, Ítalo Gabriel Vieira da. A identidade cultural nordestina na música de Luiz Gonzaga a partir de níveis fonéticos. Revista Desenredos. n. 19, p. 1-28, Dez. 2013.
- SILVA, José Afonso da. Ordenação Constitucional da Cultura. São Paulo: Malheiros, 2001.

WACHOWICZ, M. Direitos culturais e saberes: o reconhecimento de um direito de propriedade intelectual de natureza difusa. *Políticas Culturais em Revista*. v. 6, p. 220-234, 2013. Disponível em: <[www.politicasculturaisemrevista.ufba.br](http://www.politicasculturaisemrevista.ufba.br)> acesso em: 29 de set. 2014.

\_\_\_\_\_. Direito Autoral e Diversidade Cultural no âmbito Ibero-latinoamericano. Site do grupo de estudos em direito autoral e industrial da universidade federal do paraná. Disponível em: <[http://www.gedai.com.br/sites/default/files/arquivos/direito\\_autoral\\_e\\_diversidade\\_cultural-2010.pdf](http://www.gedai.com.br/sites/default/files/arquivos/direito_autoral_e_diversidade_cultural-2010.pdf)> acesso em: 29 de set. 2014.

## RETALIAÇÃO CRUZADA EM PROPRIEDADE INTELECTUAL: ALTERNATIVA AOS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO PARA A SOLUÇÃO DE DISPUTAS NA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

*Vitor Augusto Wagner Kist<sup>202</sup>*

*Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial GEDAI – UFPR*

**RESUMO:** A necessidade de reconstrução dos países arrasados pelas grandes guerras e os avanços tecnológicos característicos do século XX criaram um ambiente propício ao desenvolvimento do comércio internacional. Com o crescimento das relações comerciais entre os Estados surgiu a necessidade de regulamentação e aprimoramento, bem como a redução das barreiras tarifárias, que se deu primeiramente e de forma provisória com o GATT de 1947, e em definitivo com a criação da Organização Mundial do Comércio em 1994. Com a instituição surgiu também o Órgão de Solução de Controvérsias, que apesar de trazer incisivas melhoras ao sistema de solução de conflitos ainda é bastante deficiente quando estão em jogo os interesses de países economicamente díspares. A alternativa para suprir essa deficiência é a utilização da chamada Retaliação Cruzada em direitos de Propriedade Intelectual, regulados pelo acordo TRIPS, mais precisamente na área de patentes industriais. Essa medida é assegurada pelo próprio Entendimento relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias que regula o Órgão de Solução de Controvérsias e nunca foi utilizada devido a pressão exercida pelos Estados detentores dos direitos de Propriedade Intelectual, mas a simples ameaça de utilização do dispositivo já gerou efeitos favoráveis a países em desenvolvimento no momento de negociação sobre a resolução da controvérsia, como no caso Ecuador – Bananas III e Brasil – Estados Unidos, Cotton Case.

---

<sup>202</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Tem experiência na área de Direito Processual Civil e Direito Empresarial. Pesquisador do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial (GEDAI/PPGD-UFPR).

**PALAVRAS-CHAVE:** ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, GATT, ÓRGÃO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS, RETALIAÇÃO CRUZADA, TRIPS, PROPRIEDADE INTELECTUAL

## **INTRODUÇÃO**

Esse trabalho visa tratar sobre a Retaliação Cruzada como uma alternativa legal aos países em desenvolvimento nos casos em que litigam no Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio.

Trata-se nesta obra primeiramente sobre a criação da Organização Mundial do Comércio, remontando desde a época do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio de 1947, criado em um cenário de pós guerra e necessidade de reconstrução dos estados arrasados pelo conflito.

Em uma segunda oportunidade, trata-se do Órgão de Solução de Controvérsias, seu funcionamento interno e procedimentos com o intuito de compreender a tramitação dos processos junto ao órgão e os remédios oferecidos nos casos em que a decisão não for implementada.

Posteriormente se analisa a problemática na efetivação das retaliações e dos demais remédios habitualmente utilizados no âmbito do Órgão de Solução de Controvérsias, indicando a retaliação cruzada em direitos de propriedade intelectual, regulados pelo TRIPS, como uma alternativa legal e mais proveitosa aos países em desenvolvimento.

Por fim, com o intuito de dar maior esclarecimento ao assunto, trata-se dos casos em que essa alternativa foi autorizada pelo Órgão de Solução de Controvérsias e suas peculiaridades, bem como os acordos que decorreram dessas disputas.

## **OBJETIVOS**

O objetivo geral do presente estudo é verificar a viabilidade e os benefícios trazidos pelo uso da retaliação cruzada em Propriedade Intelectual, especialmente em patentes, pelos países em desenvolvimento.

Os objetivos específicos são:

- (a) – Apontar a ineficiência da utilização dos remédios convencionais oferecidos pelo Órgão de Solução de Controvérsias nos casos de países com grande disparidade econômica.
- (b) – Demonstrar a legalidade da retaliação cruzada em direitos de propriedade intelectual no âmbito do Órgão de Solução de Controvérsias.
- (c) – Indicar as facilidades trazidas pela retaliação cruzada em patentes industriais, bem como sua eficácia.

## **MÉTODO**

Foram utilizados o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica.

## **RECURSOS**

Os resultados esperados por essa pesquisa são a demonstração dos inúmeros benefícios que podem ser trazidos pela utilização da retaliação cruzada em direitos de propriedade intelectual, mais especificamente em patentes, bem como sua legalidade.

## **CONCLUSÃO**

Diante da pesquisa feita pode-se afirmar que existe um problema muito grave no que tange a ineficiência das decisões dadas pelo Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio, principalmente quando estão em jogo os interesses de países com economias díspares.

A retaliação e os demais remédios comumente oferecidos pela Organização Mundial do Comércio causam mais danos ao país retaliante do que ao país retaliado, visto que aumenta o preço de importação dos produtos, prejudicando o consumidor e a produção do país em desenvolvimento.

Como alternativa legal a esses remédios, apresenta-se a retaliação cruzada no setor de propriedade intelectual, mais precisamente em patentes industriais, que não sofre dos mesmos males que as demais retaliações, além de apresentar diversas facilidades no que toca a sua implementação.

A medida já foi autorizada em 3 casos até hoje mas nunca foi implementada, pois as controvérsias acabaram por ser resolvidas por meio de acordos, o que em grande parte pode ser atribuído ao medo dos países desenvolvidos envolvendo os possíveis efeitos das medidas.

Com esse trabalho pode-se concluir que a retaliação cruzada em direitos de propriedade intelectual é uma medida bastante controversa e que enfrenta grande resistência dos países em desenvolvimento, se demonstrando como uma alternativa legal e eficiente como remédio em casos de não implementação das decisões do Órgão de Solução de Controvérsias.

## POLÍTICAS INSTITUCIONAIS DE ACESSO ABERTO AO CONHECIMENTO, INFORMAÇÃO E MATERIAL CIENTÍFICO

*Wemerton Monteiro Souza* <sup>203</sup>  
*Grupo de Estudos GPCult – UFRRJ*

**RESUMO:** Esta pesquisa busca discutir o papel e efeitos do acesso aberto para a educação, pesquisa e inovação e considerar o papel das instituições de ensino e pesquisa na efetivação do direito de acesso ao conhecimento, informação e material científico, a partir dos paradigmas dos direitos fundamentais. A discussão fundamenta-se em três tópicos principais: (1) o crescente papel das atividades relacionadas à economia da cultura, da informação e do conhecimento no comércio interno e entre países e sua importância para o desenvolvimento; (2) a contínua disseminação dos instrumentos tecnológicos que caracterizam a revolução da informação e comunicação; e (3) a paulatina percepção do acesso à cultura e conhecimento como direitos e essenciais à construção da própria cultura e do avanço do conhecimento, tornando-os, em última instância, essenciais à elaboração da identidade e da própria dignidade e sociabilidade. Para desenvolver a pesquisa, busca-se uma análise das instituições públicas, em especial as universitárias e de pesquisa, que têm políticas oficiais, ações ou atividades direcionadas ao acesso aberto ao conhecimento, informação e material científico e compará-las com as diretrizes do movimento internacional de Acesso Aberto.

**PALAVRAS-CHAVE:** REPOSITÓRIOS INSTITUCIONAIS; ACESSO LIVRE; PUBLICAÇÕES CIENTÍFICAS; COMUNICAÇÃO CIENTÍFICA; DIREITO DE AUTOR.

## INTRODUÇÃO

---

<sup>203</sup> Acadêmico de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ – ITR)  
Pesquisador da Propriedade Intelectual no GPCult – UFRRJ. Bolsista de Iniciação Científica do CNPq sob a orientação do Prof. Dr. Allan Rocha de Souza.

Os movimentos de Acesso Aberto e suas inter-relações com os direitos autorais alcançam neste início do século XXI uma relevância e dimensão social incomparáveis em termos históricos.

Dentre os motivos da dimensão que este tema vem obtendo, podem-se destacar três principais:

- (1) o crescente papel das atividades relacionadas à economia da cultura, da informação e do conhecimento no comércio interno e entre países e sua importância para o desenvolvimento;
- (2) a contínua disseminação dos instrumentos tecnológicos que caracterizam a revolução da informação e comunicação; e
- (3) a paulatina percepção do acesso à cultura e conhecimento como direitos e essenciais à construção da própria cultura e do avanço do conhecimento, tornando-os, em última instância, essenciais à elaboração da identidade e da própria dignidade e sociabilidade.

Todos estes aspectos têm efeitos sobre as atividades relacionadas ao acesso e livre disseminação ao conhecimento e informação, especialmente a científica e a tendência neste início de século é a progressiva ampliação dos recursos, periódicos e repositórios de acesso aberto.

Nesse contexto, a existência de políticas institucionais de acesso aberto torna-se fundamental e sua efetivação carece de sólidas estruturas políticas, tecnológica, organizacional e jurídica, que analisa e instrui instituições sobre questões específicas da política de acesso aberto.

Questiona-se muitas vezes o grau de abertura dos sistemas que se intitulam de acesso aberto. Para isso a SPARC – ScholarlyPublishingandAcademicResourcesCoalition – e a PLoS reunidas criaram um espectro de acesso aberto (how Open is it? [http://www.plos.org/wp-content/uploads/2012/10/OAS\\_Spanish\\_web.pdf](http://www.plos.org/wp-content/uploads/2012/10/OAS_Spanish_web.pdf)) que auxilia na identificação do grau de abertura de determinado repositório ou política.

Assim, a necessidade e relevância do estudo e pesquisa tanto das políticas institucionais de acesso aberto ao conhecimento, informação e material científico, como dos instrumentos jurídicos essenciais à sua implementação justificam e motivam este projeto e organizam seus objetivos.

## **OBJETIVOS**

Objetivo principal: Discutir o papel e efeitos do acesso aberto para a educação, pesquisa e inovação e considerar o papel das instituições de ensino e pesquisa na efetivação do direito de acesso ao conhecimento, informação e material científico, a partir dos paradigmas dos direitos fundamentais.

Objetivos secundários: Identificar as instituições públicas, em especial as universitárias e de pesquisa, que têm políticas oficiais, ações ou atividades direcionadas ao acesso aberto ao conhecimento, informação e material científico; Catalogar as políticas institucionais de acesso aberto; Comparar, entre si, as políticas institucionais de acesso aberto; Contrastar as diretrizes do movimento internacional de acesso aberto com as políticas institucionais;

## **MÉTODO**

Trata-se de estudo a ser realizado mediante pesquisa documental e teórica, que levantará e analisará os dados e informações sobre as políticas de acesso aberto ao conhecimento, informação e material científico.

Na presente pesquisa serão empregados os métodos de procedimento histórico e funcionalista que será utilizado para analisar os papéis que representam o direito fundamental ao conhecimento, os direitos autorais e as relações entre a propriedade intelectual e o bem comum na sociedade contemporânea e seus efeitos sobre a divulgação científica.

O método de abordagem será, inicialmente, dedutivo, na medida em que fará uma pesquisa nos documentos institucionais e na produção teórica sobre direitos autorais e acesso aberto. Será indutivo, pois partirá da análise de documentos e estudos de caso para responder à indagação sobre os problemas no desenvolvimento e implantação de políticas institucionais de acesso aberto e seus efeitos sobre a produção científica e cultural.

Um exame final, utilizando o método dialético e sistemático, será realizado sobre os fundamentos e efeitos na produção científica e o papel das instituições públicas de ensino e pesquisa neste contexto.

## **RESULTADOS**

A título de resultado, a pesquisa permitiu: identificar as instituições públicas, em especial as universitárias e de pesquisa, que têm políticas oficiais, ações ou atividades direcionadas ao acesso aberto ao conhecimento, informação e material científico; Comparar, entre si, as políticas institucionais de acesso aberto e contrastar com as diretrizes do movimento internacional de acesso aberto; Analisar as principais dificuldades e problemas relacionadas ao direito autoral, vivenciado tanto pelas instituições quanto pelo país; Discutir a necessidade do acesso a produção científica como direito fundamental tão importante quanto o direito autoral; Entender o contrato como o principal instrumento jurídico para dar solides, segurança e garantias jurídicas para a cessão de titularidade de direitos autorais;

## **CONCLUSÃO**

Podemos concluir, que há hoje no Brasil poucas Políticas Institucionais sobre o Acesso Aberto com forme as diretrizes internacionais.

Também há um grande desconhecimento, por parte das instituições, em relação aos direitos autorais. Essa falta de conhecimento, principalmente técnico, constitui verdadeiros “medos” que, por consequência, criam barreiras no desenvolvimento e aprimoramento das iniciativas e políticas institucionais relacionadas ao Acesso Aberto.

Ao analisar o direito autoral contemporâneo, percebemos que o mesmo é muito restritivo, impedindo, por muitas vezes, usos banais, corriqueiros e usuais.

Por conta dessa limitação excessiva, o Direito Autoral acaba interferindo no desenvolvimento da pesquisa científica, uma vez que é utilizada para impedir o acesso à literatura científica. Entretanto, a par do direito autoral existe outros direitos, básicos à pessoa humana, necessários para o seu desenvolvimento completo enquanto sujeito de direito.

A exemplo, temos o direito à educação, na nossa Lei Maior, que é tão essencial quanto o direito autoral para o desenvolvimento pleno do indivíduo e do próprio país.

É necessário tanto uma legislação própria para o acesso aberto, obrigando o depósito em repositórios institucionais dos matérias científicos produzidos com dinheiro público, como mudança na

interpretação e, necessariamente, na própria legislação de direitos autorais, visto o caráter restritivo da mesma.

Seguindo esses passos poderíamos alcançar uma legislação mais condizente com a realidade atual, ganhando um maior respeito e satisfação perante à sociedade. E, portanto, trazendo um maior equilíbrio entre os interesses coletivos e os interesses individuais.

Outro ponto observado na pesquisa é em relação a conscientização dos autores/pesquisadores, por parte das instituições, de que a divulgação gratuita em repositórios instrucionais promove o próprio autor ao invés de diminuir seus poderes. Os mesmos não estão perdendo seus direitos de autores ao publicar gratuitamente suas pesquisas (que foram feitas com investimentos públicos), mas, pelo contrário, a sua divulgação irá promover o autor, pois sua obra ficará mais conhecida e ganhara mais citações que irá trazer muito mais notoriedade e valoração do seu trabalho.

E por fim, atinente a esses fatores, entendemos ser necessário, para a construção sólida de uma Política Institucional de Acesso Aberto, a criação de uma estrutura jurídica bem elaborada, de forma a enfrentar os óbices impostos pelo direito autoral. Onde encontramos o Contrato como o principal instrumento jurídico para dar solides, segurança e garantias jurídicas para a cessão de titularidade de direitos autorais

## INFORMAÇÕES SOBRE O GEDAI

### QUEM SOMOS

O **Grupo de Estudos de Direitos Autorais e Industrial – GEDAI** está atualmente vinculado ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Ele surgiu em maio de 2007 junto à Universidade Federal de Santa Catarina, tendo sido transferido para Curitiba no ano de 2013.

Seu principal objetivo é estudar o desenvolvimento dos Direitos de Propriedade Intelectual na Sociedade da Informação, através da comparação do sistema internacional de direitos autorais e industriais, da análise dos processos de concretização dos direitos e diversidades culturais e da reflexão sobre a regulamentação dos direitos intelectuais frente aos desafios da Sociedade da Informação.

Para atingir essa finalidade por observa-se três objetivos específicos: (i) compreensão dos efeitos do direito fundamental à cultura e diversidade cultural na sociedade contemporânea, analisando os limites dos direitos autorais na tutela dos bens imateriais; (ii) avaliação das consequências da revolução tecnológica em andamento e do advento da cultura digital sobre a regulamentação dos direitos intelectuais; e (iii) identificação do conteúdo da proteção jurídica e o alcance da circulação da produção cultural desenvolvida nas instituições públicas.

Ainda, visando intensificar o intercâmbio 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.

O Grupo é composto por 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.

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 do Paraná (UFPR). **3.** A orientação acadêmica no que tange ao Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR 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 UFPR.

**Divulgação das pesquisas e dos trabalhos:** **1.** 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. **2.** Dá-se também por meio do da plataforma digital: <http://www.gedai.com.br> **3.** 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. **4.** 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.

## **PESQUISADORES**

*Alexandre Ricardo Pesseri*

*Amanda Silva Madureira*

<i>Christiano Vitor de Campos Lacorte</i>	<i>Denis Borges Barbosa</i>
<i>Fernanda Sola</i>	<i>Francisco Viegas N. da Silva</i>
<i>Guilherme Capinzaiki Carboni</i>	<i>Heloísa Gomes Medeiros</i>
<i>José Augusto F. Costa</i>	<i>João Paulo F. R. Marques</i>
<i>Luís Fernando Lopes Pereira</i>	<i>Manoel Eduardo A. C. e Gomes</i>
<i>Marcia Carla Pereira Ribeiro</i>	<i>Marcos Wachowicz</i>
<i>Rangel Oliveira Trindade</i>	<i>Rodrigo Otávio Cruz e Silva</i>
<i>Rodrigo Vieira Costa</i>	<i>Sergio Said Staut Junior</i>

## **ESTUDANTES**

<i>Ana Luiza dos Santos Rocha</i>	<i>Vitor Augusto Wagner Kist</i>
<i>Antonio Luiz Costa Gouvea</i>	<i>Diego Braga Serpa</i>
<i>Fabiano Barreto</i>	<i>Frederico Augusto Gomes</i>
<i>Gisele Surkamp</i>	<i>Jonas Alberti</i>
<i>João Guilherme R. Gebran</i>	<i>Laura Rotunno</i>
<i>Leonardo Stroiiek</i>	<i>Manuela G. M. Biencamano</i>
<i>Pedro de P. Lana</i>	<i>Ruy Figueiredo de A. Barros</i>

A presente obra coletiva congrega os trabalhos selecionados e apresentados durante o **VIII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO - VIII CODAIP**, realizado nos dias 27 e 28 de outubro de 2014, em Curitiba - PR. O evento foi promovido pelo **GRUPO DE ESTUDOS EM DIREITO AUTORA E INDUSTRIAL - GEDAI/UFPR**, em parceria com a **UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ - UFPR** com o objetivo principal de propiciar o intercâmbio de informações e a reflexão sobre os temas relacionados à propriedade intelectual entre pesquisadores, especialistas e operadores do direito.



REALIZAÇÃO:



APOIO:



Ministério da Cultura

