

DIREITO AUTORAL & ECONOMIA CRIATIVA

MARCOS WACHOWICZ
Coordenador

ISBN 978-85-67141-09-1

**DIREITO AUTORAL
& ECONOMIA CRIATIVA**

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.
Karin Grau-Kuntz – IBPI/Alemanha
Leandro J. L. R. de Mendonça – UFF
Luiz Gonzaga S. Adolfo – Unisc/Ulbra
Márcia Carla Pereira Ribeiro – UFPR
Marcos Wachowicz – UFPR
Sérgio Staut Júnior – UFPR
Valentina Delich – Flacso/Argentina

Coordenação editorial: Fátima Beghetto

Capa (imagem e diagramação): Marcelle Cortiano e Sônia Maria Borba

Projeto gráfico e diagramação: Sônia Maria Borba e Cássia de Mônaco

Revisão: Laura Rotunno; Luciana Bitencourt; Ruy Figueiredo de Almeida Barros; Heloisa Medeiros; Ana Luiza dos Santos Rocha

CPI-BRASIL. Catalogação na fonte

Direito autoral & economia criativa / coordenação de

D598 Marcos Wachowicz – Curitiba: Gedai Publicações / UFPR, 2015.
224p.; 23 cm

ISBN 978-85-67141-09-1 [recurso eletrônico]

ISBN 978-85-67141-07-7 [impresso]

1. Direito autoral. 2. Desenvolvimento econômico – Inovações tecnológicas. 3. Política pública. I. Wachowicz, Marcos (Coord.). II. Título.

CDD 346.0482(22.ed.)

CDU 343.533.9

Esta obra é distribuída por meio da Licença **Creative Commons 3.0**
Atribuição/Usos Não Comerciais/Vedada a Criação de Obras Derivadas / 3.0 / Brasil



MARCOS WACHOWICZ
Coordenador

DIREITO AUTORAL & ECONOMIA CRIATIVA

Colaboradores

Amanda Madureira | Antonio Luiz Costa Gouvea
Dário Moura Vicente | Karin Grau-Kuntz
Liz Beatriz Sass | Marcos Wachowicz
Rodrigo Otávio Cruz | Rodrigo Vieira Costa
Sandro Mansur Gibran | Victor Gameiro Drummond

Curitiba



2015

PREFÁCIO

É com satisfação que apresentamos a obra coletiva **Direito Autoral & Economia Criativa**, fruto dos projetos de pesquisa desenvolvidos e realizados pelo **Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDAI)**, o qual está vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná – PPGD/UFPR.

O livro oferece ao leitor uma abordagem transversal sobre os temas de Direito Autoral envolvidos na denominada Economia Criativa, e os desafios enfrentados, em cada texto e no conjunto da obra, cumprem com êxito a missão de revelar novos caminhos para o Direito Intelectual, bem como a de buscar, no contexto social, político e econômico de um país como o Brasil, novos rumos para o desenvolvimento tecnológico que efetivamente promova a inovação e a inclusão social.

A presente obra busca, a partir dessa relação entre economia e conhecimento na sociedade contemporânea, analisar o capital intelectual humano como fonte de criatividade, da qual nasce a Economia Criativa, conceito que relaciona criação, produção e distribuição de produtos e serviços que se utilizam de recursos produtivos como conhecimento, informação e cultura para desenvolver bens e serviços criativos. Essa nova economia compreende atividades, resultantes da imaginação de indivíduos, com valor econômico.

A Economia Criativa é um conceito em formação, e sua dimensão extrapola o universo das ciências econômica e jurídica, como se pode aferir a partir dos textos e pesquisas contidos na presente obra. A Economia Criativa pode ser uma opção viável para diversificar as fontes de renda e melhorar o comércio dos países em desenvolvimento, conciliando crescimento econômico, criação de empregos e receitas de exportação, com promoção da diversidade cultural, inclusão social e desenvolvimento humano.

Os estudos que agora se apresentam aos leitores vão além das discussões teóricas sobre a tutela da propriedade intelectual, lançando novas questões sobre o equilíbrio necessário à dimensão pública e privada que envolve a tutela jurídica do instituto nos cenários nacional e internacional.

Tais desafios ensejaram vários projetos de pesquisa articulados entre diversas universidades brasileiras e estrangeiras, nos seus grupos de pesquisa e de especialistas, cujo alcance não se restringiu a barreiras nacionais e regionais.

A contribuição do pensamento europeu veio da Universidade Clássica de Lisboa – Portugal, com o professor catedrático (e também presidente da Associação Portuguesa de Direito Intelectual) **Dário Moura Vicente**, que, com grande sensibilidade científica, aborda a questão do equilíbrio de interesses no Direito Autoral sob o viés da dinâmica da Economia Criativa, refletindo sobre os limites de proteção da obra, seu prazo de proteção e o domínio público.

Por sua vez, **Rodrigo Otávio Cruz e Silva** e **Amanda Madureira**, em estudos realizados dentro das linhas de pesquisa do **GEDAI**, tiveram como ponto de partida uma abordagem crítica dos padrões individualistas e patrimonialistas herdados do modelo industrial, para, a partir disso, justificar a construção de um marco regulatório que, ao mesmo tempo, tutele os interesses do criador e do público, numa concepção norteada pela promoção da criatividade, da diversidade cultural e do conhecimento.

A análise das políticas públicas de incentivo e do papel estratégico dos setores criativos foi objeto de estudos de **Karin Grau-Kuntz**, do Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual (IBPI), e, ao abordar de maneira clara as políticas voltadas aos setores (verdadeiramente) criativos, destina-se a incentivar ou apoiar o trabalho realizado pelos autores, intérpretes e tradutores, entre outros detentores de direitos conexos. Da análise se constata que nem uma mínima fração dos efeitos dos direitos vem sendo repassada aos verdadeiros produtores do trabalho criativo.

A complexidade do papel do Estado como fomentador e protetor do desenvolvimento da cultura foi analisada por **Victor Gameiro Drummond**, que estudou sobre a importância da compreensão do acesso à cultura como direito fundamental e da necessidade de haver uma política de desenvolvimento cultural promovida pelo Estado. O autor também apresenta o conceito de circularidade cultural, no qual estão inclusos tanto a permissão de acesso quanto a proteção cultural, entre outros elementos.

Com a finalidade de traçar um contraste entre os conceitos de Economia da Cultura e Economia Criativa, **Rodrigo Vieira Costa**, também a partir das linhas de pesquisa do **GEDAI**, empreendeu um estudo teórico, com o objetivo de orientar a administração pública cultural brasileira e os planos normativos das políticas culturais.

Entre os setores criativos da economia, destacam-se os polos de desenvolvimento de *software*, tais como, entre outros, o Porto Digital. A importância deste setor de criação de bens informáticos foi analisada por **Antonio Luiz Costa Gouvea**, que também realizou seus estudos a partir das linhas de pesquisa do **GEDAI**, com a busca por uma melhor compreensão da tutela jurídica do Direito Autoral sobre programas de computador enquanto instrumento de defesa da livre concorrência e vetor à inovação.

O Direito Autoral como propulsor da diversidade cultural, por sua vez, foi estudado por **Liz Beatriz Sass** e **Marcos Wachowicz**, buscando-se uma melhor compreensão da (ausência de) eficácia dos Direitos da Propriedade Intelectual, bem como de seus discursos de legitimação e da forma como esses discursos acabam por concretizar o cerceamento da criatividade.

Por fim, as questões relativas à propriedade autoral e às formas de licenciamento foram analisadas por **Marcos Wachowicz** e **Sandro Mansur Gibran**, com vistas à apresentação de novas modalidades de licenciamento criativo que garantam a liberdade de acesso e de interação, tendo-se por objetivo final o fortalecimento da Economia Criativa.

O leitor perceberá, nesta obra, algo além da reunião de um trabalho consolidado e profícuo de temas atuais – algo que vem desbravar uma área nova do Direito Autoral e Cultural, lançando ideias e concepções que, por certo, constituirão a base de novos fundamentos para interpretação dos temas ligados ao Direito e à Economia Criativa.

Parablenzo efusivamente a todos os que construíram este trabalho, fruto do esforço de articulação e da parceria acadêmica desenvolvida pelo Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (**GEDAI**), que agora culmina com o lançamento da presente coletânea.

Por último, aproveito para agradecer o convite do professor **Marcos Wachowicz**, que coordenou os estudos e organizou os trabalhos que culminaram com a publicação desta obra, a qual, por certo, será referência na sua área específica de estudo.

Prof. Dr. Luís Fernando Lopes Pereira

Coordenador do PPGD/UFPR

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	13
ECONOMIA CRIATIVA E EQUILÍBRIO DE INTERESSES NO DIREITO AUTORAL.....	17
<i>Dário Moura Vicente</i>	
DIREITOS AUTORAIS E ECONOMIA CRIATIVA: UMA PERSPECTIVA PARA O DESENVOLVIMENTO	29
<i>Rodrigo Otávio Cruz e Silva</i> <i>Amanda Madureira</i>	
POLÍTICAS PÚBLICAS: MERCADO E DESENVOLVIMENTO NOVOS MODELOS / POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCENTIVOS / PAPEL ESTRATÉGICO DOS SETORES CRIATIVOS	53
<i>Karin Grau-Kuntz</i>	
A CIRCULARIDADE CULTURAL E O PAPEL DO ESTADO COMO FOMENTADOR E PROTETOR DO DESENVOLVIMENTO DA CULTURA.....	61
<i>Victor Gameiro Drummond</i>	
ECONOMIA DA CULTURA OU ECONOMIA CRIATIVA? INTERSECÇÕES E TRANSITORIEDADES CONCEITUAIS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CULTURAL BRASILEIRA	97
<i>Rodrigo Vieira Costa</i>	
O SISTEMA DE TUTELA DO PROGRAMA DE COMPUTADOR COMO INSTRUMENTO DE DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA E VETOR À INOVAÇÃO	111
<i>Antonio Luiz Costa Gouvea</i>	
O DIREITO AUTORAL COMO PROPULSOR DA DIVERSIDADE CULTURAL: FALÁCIAS E DESAFIOS.....	153
<i>Liz Beatriz Sass</i> <i>Marcos Wachowicz</i>	
A PROPRIEDADE AUTORAL E LICENCIAMENTOS CRIATIVOS: LIBERDADE DE ACESSO E INTERAÇÃO PARA O FORTALECIMENTO DA ECONOMIA CRIATIVA	185
<i>Marcos Wachowicz</i> <i>Sandro Mansur Gibran</i>	

APRESENTAÇÃO

O estudo do Direito Autoral, envolto na denominada Economia Criativa, ganha importância e novas dimensões teóricas. Percebe-se um grande movimento acadêmico, um crescente interesse sociopolítico e econômico, que tem despertado nos estudiosos do Direito as questões que delineiam novos contornos da Economia Criativa em seus mais variados matizes doutrinários.

A Economia Criativa é um conceito novo e em construção, que se apresenta como uma estratégia dinâmica que envolve a economia, a cultura e a tecnologia, com o intuito de promover o desenvolvimento financeiro, social e sustentável, centrado no uso dos produtos criativos (e no acesso a eles) por meio das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC).

Como um novo modelo de negócio, a Economia Criativa se apresenta como uma estratégia dinâmica que envolve a economia, a cultura e a tecnologia, e que, utilizando-se do potencial das TICs, pode servir para o desenvolvimento amplo de um país tão rico em criatividade como o Brasil.

Contudo, muitos ainda são os empecilhos para a efetivação ideal deste novo sistema econômico. Dessa forma, para a Economia Criativa, o crescimento econômico/social tem como foco o desenvolvimento por meio da geração de trabalho, emprego e renda, bem como da promoção da inclusão social, da diversidade cultural e do desenvolvimento humano, por meio de setores criativos da economia.

A presente obra propicia uma reflexão sobre os direitos autorais e os novos modelos de desenvolvimento da Economia Criativa, abordando temas como:

- Economia da cultura ou economia criativa?
- Desenvolvimento de novos modelos de negócios.
- Equilíbrio entre interesses públicos e privados para tutela de direitos intelectuais.
- O papel estratégico do Estado nas políticas de incentivo dos setores criativos.
- A tutela do *software* como vetor à inovação na sociedade informacional.

- O Direito Autoral como propulsor da diversidade cultural.
- Licenciamentos criativos para o fortalecimento da economia criativa.

A obra é fruto de um intercâmbio acadêmico sólido realizado por pesquisadores do **Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDAI) da Universidade Federal do Paraná (UFPR) em parceria com os seguintes grupos de pesquisas:**

- **Associação Portuguesa de Direito Intelectual (APDI)** – Portugal
- **Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual (IBPI)** – Brasil

O **GEDAI/UFPR**, vinculado ao **Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR**, tem como seu principal objetivo estudar o desenvolvimento dos direitos de propriedade intelectual na sociedade da informação, por meio 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, observam-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 do alcance da circulação da produção intelectual/cultural desenvolvida nas instituições públicas.

Visando intensificar o intercâmbio da pesquisa no Brasil, o **GEDAI/UFPR** se envolve em projetos com outras equipes acadêmicas de diversas instituições de ensino superior e de pesquisas brasileiras. Dessa forma, com a finalidade de ampliar os estudos sobre temas relacionados à

propriedade intelectual e sobre seus desafios na sociedade da informação, o **GEDAI/UFPR** faz um convite para que os pesquisadores venham integrar esta grande rede de pesquisa e publicação acadêmica.

As publicações do **Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial – GEDAI/UFPR** – são espaços de criação e compartilhamento coletivo e, visando facilitar o acesso às pesquisas pela internet, disponibiliza-as gratuitamente para *download*. É mais uma alternativa para a publicação de pesquisas acadêmicas, formando uma rede de compartilhamento aberta para toda a comunidade científica.

Os artigos agora publicados cumprem com excelência o aprofundamento das pesquisas devotadas ao Direito da Propriedade Intelectual, bem como provocam debates sobre seus fundamentos constitutivos e matizes ideológicos que por certo influenciarão a evolução do pensamento jurídico.

Ressalte-se o **apoio fundamental das agências de fomento à pesquisa, CAPES e CNPq**, imprescindível para a realização dos projetos de pesquisa que culminaram com o lançamento da presente obra.

A todos que contribuíram para a realização desta obra, nosso muito obrigado.

O resultado, o leitor tem agora diante de si.

Professor Doutor Marcos Wachowicz

Coordenador do GEDAI/UFPR

ECONOMIA CRIATIVA E EQUILÍBRIO DE INTERESSES NO DIREITO AUTORAL¹

Dário Moura Vicente

Professor Catedrático da Universidade de Lisboa.

I

As criações intelectuais são indiscutivelmente bens de importância fundamental nas economias contemporâneas: um estudo recente da Organização Mundial da Propriedade Intelectual revela que as indústrias *copyright-related* contribuem, em média, em 5,4% para o produto interno bruto e em 5,9% para o emprego nacional num conjunto de 30 países examinados, atingindo esse contributo em alguns países 11%². Vem daqui, ao menos em parte, a necessidade de tutela jurídica dessas criações mediante a concessão aos autores de exclusivos sobre a sua utilização e exploração económica, i.é, de direitos autorais.

Agora pergunta-se: dentro de que limites? Por outras palavras: quais o objeto possível desses direitos, a sua duração, as utilizações reservadas aos seus titulares e as que ficam no domínio público? Estas algumas das interrogações a que procuraremos dar resposta neste estudo. Para tanto, importa antes de mais identificar os interesses em jogo nesta matéria. Trata-se, como é bom de ver, de um tema nuclear do Direito Autoral: em larga medida, as diferenças de regime que separam os sistemas jurídicos nacionais neste domínio são consequência de uma diversa valoração desses interesses³.

Avultam aqui, desde logo, *interesses individuais*. Compreendem-se neles o interesse do autor em dispor de modo exclusivo da sua obra, em usá-la e fruí-la, colhendo os benefícios materiais da sua exploração, assim

¹ Conferência proferida em 8 de outubro de 2012 no VI Congresso de Direito Autoral e Interesse Público, realizado em Curitiba e dedicado ao tema: «Direitos Autorais e a Economia Criativa».

² Ver Wipo Studies on the Economic Contribution of the Copyright Industries, Genebra, 2012.

³ Ver o nosso estudo *A tutela internacional da propriedade intelectual*, Coimbra, 2008, p. 37 ss.

como o seu interesse em ver reconhecida a paternidade da obra e respeitada a sua genuinidade e integridade⁴. Aos interesses do autor acrescem os das empresas (editores, produtores, radiodifusores, etc.) que publicam ou por qualquer outro meio procedem à exploração comercial de obras literárias e artísticas, às quais importa ver protegidos e remunerados os investimentos realizados para esse efeito.

A estes interesses individuais contrapõem-se no Direito Autoral *interesses sociais*⁵. Entre eles destaca-se a promoção da criatividade: o direito de autor, na medida em que proporciona ao seu titular uma remuneração do seu esforço ou investimento, constitui um estímulo à produção de obras literárias, científicas e artísticas⁶. Acrescem a esse interesse social os que se prendem com a facilitação do acesso do público à educação, à cultura, ao conhecimento e à informação, essenciais a todas as sociedades plurais, o que reclama um certo grau de liberdade de utilização e exploração das obras intelectuais alheias. Por outro lado, toda a criação intelectual pressupõe criações preexistentes. A criatividade implica, assim, em alguma medida a possibilidade de utilizar e reelaborar obras de outrem.

O direito autoral é um monopólio de utilização e exploração de uma obra, que visa incentivar a competição a um nível mais elevado: o da *criatividade*⁷. Mas uma proteção em excesso desse monopólio pode ter como efeito reprimir a própria criatividade e restringir o acesso do público à

⁴ São estes os interesses tidos como primordiais no Direito Autoral francês e alemão: cfr., quanto ao primeiro, Frédéric Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Paris, 2005, p. 47, e André Lucas/Henri-Jacques Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3ª ed., Paris, 2006, p. 33 s.; e, quanto ao segundo, Manfred Rehbinder, *Urheberrecht*, 14ª ed., Munique, 2008, p. 32 s., e Haimo Schack, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 4ª ed., Tubinga, 2007, p. 5 ss. Para uma comparação, sob este prisma, desses sistemas jurídicos, vide Christophe Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information. Approche de droit comparé*, Paris, 2004, p. 69 ss.

⁵ Sobre os quais podem ver-se, além dos auts. e obs. cit. na nota anterior, Gillian Davies, *Copyright and the Public Interest*, Londres, 2002; e João Paulo Remédio Marques, «Propriedade intelectual e interesse público», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2003, p. 293 ss.

⁶ Nos Estados Unidos da América, a funcionalização do Direito de Autor à prossecução deste interesse está bem patente no art. I, secção 8ª, da Constituição, que dispõe: «*The Congress shall have power [...] to promote the progress of science and useful arts by securing for limited times to authors and inventors the exclusive rights to their respective writings and discoveries*». Sobre a evolução recente do Direito Autoral francês no sentido de um maior reconhecimento da sua função social, veja-se André Bertrand, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, 2ª ed., Paris, 1999, p. 79 s.

⁷ Neste sentido, vejam-se Michael Lehmann, «Property and Intellectual Property – Property Rights as Restrictions on Competition in Furtherance of Competition», *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 1989, p. 1 ss. (p. 12); e Paul Torremans, Holyoak & Torremans, *Intellectual Property Law*, 4ª ed., Oxford, 2005, p. 14.

informação. Daí que a denominada economia criativa postule um equilíbrio entre os interesses em presença na definição do regime dos direitos autorais.

Levanta-se assim a questão de saber em que medida é esse equilíbrio efetivamente conseguido pelo Direito Autoral contemporâneo. Este caracteriza-se por um constante alargamento dos bens suscetíveis de constituírem objeto de direitos autorais (incluindo-se hoje neles, por exemplo, prestações sem caráter criativo, como as dos produtores de fonogramas e as dos radiodifusores), da duração desses direitos (que passou dos 14 anos iniciais para os atuais 70 anos *post mortem auctoris*) e das faculdades de utilização e exploração reservadas aos autores (entre as quais sobressai o *making available right*).

Pergunta-se por isso: será o Direito Autoral contemporâneo fiel ao equilíbrio de interesses em que originariamente se fundou? É o que tentaremos apurar em seguida. Para tanto, analisaremos em primeiro lugar os requisitos da proteção autoral; depois, o regime do esgotamento dos direitos em apreço; e, por fim, os limites a que estes se subordinam, em especial os que se prendem com a cópia privada.

II

Em princípio, só é relevante como objeto de proteção pelo Direito Autoral a *criação intelectual*. Por outras palavras, a obra protegida deve ser um produto da mente humana. Mas hoje as criações protegidas são crescentemente geradas por computadores (*v.g.* um arranjo musical, uma cena de um filme, a tradução de um texto, etc.). Claro que, em última análise, é sempre uma pessoa que se encontra na origem da obra criada pela máquina: o operador ou o programador do computador, por exemplo. Tudo está, portanto, em saber qual o grau de consciência que essa pessoa tem do resultado a alcançar através da máquina. Seja como for, infere-se do Código português do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (doravante CDADC) o princípio de que a obra criada por uma máquina não é tutelada por este ramo do Direito⁸; o que bem se compreende à luz dos interesses atrás enunciados, nenhum dos quais reclama uma proteção autoral dessas obras.

⁸ Neste sentido também José Alberto Vieira, «Obras geradas por computador e direito de autor», in *Direito da Sociedade da Informação*, vol. II, Coimbra, 2001, p. 113 ss. (p. 134).

Por outro lado, apenas são objeto de proteção pelo Direito Autoral as *criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico* (como diz o CDADC) ou a *obra literária e artística* (consoante refere a Convenção de Berna Relativa à Proteção das Obras Literárias e Artísticas). Não é obra protegida pelo Direito Autoral, por conseguinte, toda e qualquer criação intelectual, pois essa qualificação também se aplica às invenções, aos chamados modelos de utilidade e aos desenhos e modelos industriais. Estas criações são, quando muito, tuteladas pelo Direito da Propriedade Industrial, não pelo Direito Autoral. Recorde-se, contudo, que desde o início dos anos 90 se estendeu internacionalmente a proteção autoral aos programas de computador, que não obedecem ao requisito mencionado⁹.

Além disso, é necessário, a fim de que a obra possa ser tutelada – pelo menos nos sistemas jurídicos de inspiração francesa – que aquela tenha um mínimo de *originalidade*. Exige-se, na verdade, que a obra constitua o fruto de um *esforço criador* do sujeito a quem é atribuída, ou, dito de outro modo, que ela represente um *contributo intelectual próprio* do autor¹⁰, refletindo de alguma sorte a sua personalidade¹¹. Nesta linha de orientação se insere o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16 de dezembro de 2008, no qual se declara:

O caráter criativo da “obra”, a que alude o art. 1º do CDADC, depende de não constituir cópia de outra obra (requisito mínimo), não constituir o resultado da aplicação unívoca de critérios preestabelecidos, nomeadamente de natureza técnica, em que estejam ausentes verdadeiras escolhas ou opções do autor e traduzir um resultado que não seja óbvio, banal, e que, portanto, permita distingui-lo de outros, reconhecer-lhe uma individualidade própria, enquanto obra, independentemente do suporte material que a encerra.

A verdade, porém, é que em alguns casos as leis de Direito Autoral se bastam hoje com a originalidade da *estrutura formal* da obra: é o que se passa, por exemplo, com as denominadas bases de dados.

⁹ Haja vista, por exemplo, ao Acordo TRIPS, art. 10º, nº 1.

¹⁰ Assim Xavier Linant de Bellefonds, *Droits d'auteur et droits voisins*, Paris, 2002, p. 44.

¹¹ Cfr. Pierre-Yves Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 5ª ed., Paris, 2004, p. 50; André Lucas/HenriJacques Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, cit., p. 72.

Finalmente, exige-se a *exteriorização* da obra por qualquer forma – um escrito, um desenho, uma fotografia, etc. – a fim de que a mesma seja protegida pelo Direito Autoral. Excluem-se assim do âmbito da proteção do Direito Autoral as simples ideias, os processos, os sistemas, os métodos operacionais, os conceitos, os princípios e as descobertas – ou seja, a *informação* em si mesma. Esta exclusão tem grande importância a fim de apurar, por exemplo, se ocorreu uma contrafação. Se alguém se aproveita de uma ideia de outrem a que não foi dada qualquer forma, no sentido atrás indicado, não pode, em princípio, haver contrafação: as ideias são *bens com livre curso*, i. é, insuscetíveis de apropriação individual, e acham-se por isso subtraídas à esfera de proteção do Direito Autoral. Este apenas protege, portanto, as *formas*; não os *conteúdos*. O que bem se compreende, pois a concessão de exclusivos sobre simples ideias entravaria o progresso cultural e científico, que de alguma sorte sempre dependeu da possibilidade de se debaterem e reelaborarem as ideias de outrem. O interesse público limita, pois, nesta medida, a proteção autoral.

Observe-se, contudo, que em alguns casos a própria informação é elevada à condição de objeto de direitos de exclusivo. Assim, na lei portuguesa apenas é permitida a *descompilação* («*reverse engineering*») de um programa de computador na medida do necessário à sua *interoperabilidade* com outros programas e quando for essa a via indispensável para a obtenção de informações necessárias a essa interoperabilidade¹²; não, por exemplo, para a elaboração de um programa concorrente. Por outro lado, as informações obtidas através da descompilação não podem ser utilizadas para um ato que infrinja direitos de autor sobre o programa originário, nem tampouco lesar a exploração normal deste ou causar um prejuízo injustificado aos interesses legítimos do titular do direito, ou ser comunicadas a outrem quando tal não for necessário para a interoperabilidade do programa criado independentemente. Reserva-se assim ao titular do programa a utilização de certas informações que estão na base dele. A isto acresce que as bases de dados são hoje protegidas na Europa não apenas pelo reconhecimento ao seu criador de um direito autoral, mas também pela outorga ao respetivo fabricante de um direito *sui generis* sobre o seu conteúdo¹³. A informação tornou-se nesta medida num objeto de direitos

¹² A faculdade de descompilação explica-se justamente, segundo Laura Chimienti, pela necessidade de evitar monopólios ou oligopólios de produtores de programas compatíveis: cfr. *Lineamenti del nuovo diritto d'autore*, 5ª ed., Milão, 2002, p. 27.

¹³ Cfr. a Diretiva 96/6/CE, de 11 de março de 1996, relativa à proteção jurídica das bases de dados, arts. 7º e ss.

exclusivos; e o equilíbrio de interesses em que originariamente se fundava o Direito Autoral foi assim de alguma sorte subvertido.

III

Consagra-se no Direito Autoral contemporâneo o esgotamento («*exhaustion*»; «*Erschöpfung*»), i.é, a extinção, pelo seu exercício, do direito de distribuição da obra protegida: uma vez postos em circulação o original ou os exemplares dela com o consentimento do titular do direito, este não pode opor-se a que eles sejam revendidos. Atende-se assim ao interesse do público no livre acesso aos bens culturais e na segurança e fluidez do tráfico jurídico, que seriam postas em causa se cada ato de disposição do original ou de um exemplar da obra dependesse do consentimento do titular do direito autoral.

O âmbito geográfico do esgotamento é, porém, variável: será *internacional*, se entre as suas causas se incluírem atos de distribuição praticados em qualquer país do Mundo; *regional*, se abranger os atos praticados num espaço geográfico que compreenda apenas alguns países; e *nacional*, caso se cinja ao território de determinado país.

O Direito Autoral português, como o dos demais Estados-Membros da União Europeia, consagra o *esgotamento regional*: apenas os atos de disposição do original ou de cópias da obra praticados no território da União Europeia esgotam o direito de distribuição¹⁴. Acolheu-se assim nele a doutrina originariamente formulada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia¹⁵ e depois vertida no Direito Comunitário¹⁶.

¹⁴ Os direitos de aluguer e comodato não se esgotam, todavia, com a venda ou qualquer outro ato de distribuição do original ou de cópias da obra.

¹⁵ Cfr. o acórdão proferido em 8 de junho de 1971 no caso *Deutsche Gramophon*, in *Coletânea de Jurisprudência do Tribunal de Justiça*, 1971, p. 487 ss., em que aquele Tribunal sustentou que o direito exclusivo de distribuição reconhecido na Alemanha àquele conhecido fabricante de discos, que os colocara no mercado alemão através de retalhistas, não compreendia a faculdade de proibir a comercialização desses discos noutros Estados-Membros da Comunidade Europeia, ainda que nestes o titular do direito atuasse por meio de filiais suas ou de beneficiários de licenças contratuais, porquanto tal conduziria à compartimentação dos mercados: tal direito esgotara-se, portanto, em toda a Comunidade Europeia com a primeira colocação em circulação dos discos num dos respetivos Estados-Membros (no caso, a Alemanha).

¹⁶ Refere-se a esta matéria, designadamente, o art. 4.º, n.º 2, da Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.

Impedem-se deste modo as *importações paralelas* de exemplares de obras protegidas a partir de terceiros países e a sua aquisição em termos economicamente mais favoráveis para os consumidores. Com isto, cerceia-se inevitavelmente a circulação dos exemplares da obra e conferem-se aos seus produtores direitos de remuneração que não são justificados à luz dos interesses em jogo.

Compreende-se assim que uma decisão recente do Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América, proferida no caso *Supap Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc.*, haja consagrado o princípio do *esgotamento internacional* em matéria de direito de autor¹⁷.

¹⁷ Cfr. a sentença de 19 de março de 2013, 568 U.S. _ (2013). O caso dizia respeito a obras literárias editadas por John Wiley & Sons, Inc., uma editora de livros universitários. Esta editora havia concedido autorização a uma sua filial na Ásia para distribuir esses livros, designadamente, na Tailândia. Supap Kirtsaeng era um cidadão tailandês que imigrou para os Estados Unidos em 1997 a fim de estudar matemática na Universidade de Cornell. Tendo verificado que os livros de que carecia para os seus estudos eram vendidos a preço inferior na Tailândia, pediu a familiares e amigos que lhos adquirissem neste país e os enviassem para os Estados Unidos, onde os revendeu por um preço superior, ficando com o lucro. A Wiley & Sons demandou-o judicialmente perante os tribunais norte-americanos, imputando-lhe a violação do seu direito de autor, por a revenda dos livros importados ter sido feita sem o seu consentimento, o que constituiria uma infração do § 106 (3) da lei de direitos autorais norte americana (o capítulo 17 do United States Code), que proíbe a distribuição não autorizada de exemplares de obras protegidas. O demandado invocou, no entanto, a seu favor a doutrina do esgotamento, ou da first sale, consignada no § 109 (a) daquela lei, segundo a qual: «[...] the owner of a particular copy [...] lawfully made under this title [...] is entitled, without the authority of the copyright owner, to sell or otherwise dispose of the possession of that copy [...]». A «primeira venda» de um exemplar da obra protegida esgota, assim, o direito exclusivo de distribuição desse exemplar. A questão que se suscitou nos autos foi, como é bom de ver, se esta disposição também se aplicaria tendo os exemplares da obra em questão sido impressos e primeiramente vendidos fora dos Estados Unidos. Contra esse entendimento, depunha a circunstância de aparentemente tais exemplares não se encontrarem sujeitos ao Direito dos Estados Unidos, não sendo portanto «lawfully made under this title», mas antes ao do país do seu fabrico e venda, razão pela qual não seriam abrangidos pela disposição citada. Em primeira instância e no tribunal de apelação do 2º Circuito, a demandante obteve ganho de causa. O Supremo Tribunal pronunciou-se, no entanto (com três votos de vencido), noutro sentido, sustentando que o § 109 (a) não conhece limites geográficos à sua aplicação. A expressão «lawfully made under this title» significaria simplesmente que os exemplares da obra em questão teriam de ser produzidos «em conformidade com» a lei americana, e não em território americano. Ora, seria esse o caso de exemplares produzidos na Tailândia por uma subsidiária devidamente autorizada do titular dos direitos de autor. O esgotamento do direito de distribuição previsto nesse preceito aplicar-se-ia, assim, a exemplares primeiramente vendidos fora do território dos EUA. A não ser assim, salientou o Tribunal, as bibliotecas americanas careceriam de autorização para importarem e emprestarem exemplares de obras adquiridas no estrangeiro, o mesmo se podendo dizer do livro trazido por um turista estrangeiro para um amigo nos EUA ou do software produzido no estrangeiro e incorporado em automóveis fabricados neste país. O já referido objetivo que a Constituição norte-americana aponta ao Direito Autoral, de «promover o progresso da ciência e das artes úteis» (art. I, secção 8ª), não seria, assim, alcançado.

IV

A proteção conferida às obras literárias, artísticas e científicas pelo Direito Autoral português encontra-se, além disso, subordinada aos limites que resultam de certas utilizações dessas obras não carecerem do consentimento dos titulares de direitos. Está neste caso a *cópia privada*, que é permitida em Portugal quer em suporte analógico quer em suporte digital, contanto que seja «realizada por pessoa singular para uso privado e sem fins comerciais diretos ou indiretos». Várias outras categorias de utilizações são também qualificadas como livres pela lei portuguesa. É esse o caso, nomeadamente, das que são feitas para fins de informação, pesquisa e ensino.

Também estas regras refletem a primazia dos interesses sociais acima referidos sobre os interesses individuais dos titulares de direitos. Mas essas regras têm, além disso, uma justificação dogmática. Nos termos do art. 67º, nº 2, do CDADC, a garantia das vantagens patrimoniais resultantes da *exploração da obra* constitui, do ponto de vista económico, o objeto fundamental da proteção legal. Uma vez que a cópia privada e as demais utilizações livres atrás mencionadas não são formas de exploração económica da obra, elas encontram-se em princípio subtraídas ao exclusivo reconhecido ao autor¹⁸.

Trata-se aqui, como tem sido notado, de poderes de atuação que relevam do *princípio geral de liberdade* em que assenta todo o regime da utilização de criações intelectuais¹⁹. Mas a efetividade deste princípio na contemporânea *sociedade da informação* suscita diversas questões, que importa ter presentes.

De um modo geral, não se reconhece aos beneficiários das utilizações livres o poder de exigirem em juízo uma ação ou omissão dos titulares de direitos em ordem a obterem a satisfação dos seus interesses. Perante o Direito português, por exemplo, os limites ao direito de autor não podem ser genericamente caracterizados como *direitos subjetivos*²⁰. Não é possí-

¹⁸ Ver José de Oliveira Ascensão, *Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra, 1992, p. 199 s.; e Luís Francisco Rebello, *Introdução ao Direito de Autor*, vol. I, Lisboa, 1994, p. 208.

¹⁹ Nesta linha de orientação, vejam-se José de Oliveira Ascensão, «Direito intelectual, exclusivo e liberdade», *Revista da Ordem dos Advogados*, 2001, p. 1195 ss.; e Thomas Hoeren, «Access Right as Postmodern Symbol of Copyright Deconstruction?», *Direito da Sociedade da Informação*, vol. VI, Coimbra, 2006, p. 9 ss. (p. 26).

²⁰ Vide no mesmo sentido, quanto à cópia privada, a exposição de motivos do Projeto de segunda lei sobre o Direito de Autor na sociedade da informação (Referentenentwurf für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft), de 27 de setembro de 2004, p. 35.

vel, por isso, fundar nesses limites uma ação judicial contra o produtor do suporte material de uma obra que se socorra de medidas tecnológicas para impedir a cópia privada. Assim o entenderam também os tribunais franceses no caso *Mulholland Drive*, julgado em 19 de junho de 2008 pela *Cour de Cassation*²¹.

As utilizações livres correm assim o risco de serem neutralizadas pela via tecnológica, rompendo-se deste modo o equilíbrio de interesses inerente à consagração legal das utilizações livres.

A lei portuguesa procurou acautelar esse risco, consagrando certos mecanismos destinados a assegurar que a cópia privada e outras utilizações livres possam ser levadas a cabo, não obstante a adoção de medidas tecnológicas de proteção das obras²². Assim, tais medidas não devem, em Portugal, constituir um obstáculo ao exercício normal pelos beneficiários das utilizações livres previstas no Código, no seu interesse direto. Para tanto, devem os titulares proceder ao depósito legal, junto da Inspeção-Geral das Atividades Culturais (IGAC), dos meios que permitam beneficiar das formas de utilização legalmente permitidas e adotar medidas voluntárias adequadas, como a conclusão de acordos com os utilizadores interessados. Sempre que se verifique, em razão de omissão de uma conduta, que uma medida de caráter tecnológico impede ou restringe o uso ou a fruição de uma utilização livre por parte de um beneficiário que tenha legalmente acesso ao bem protegido, pode o lesado solicitar à IGAC o acesso aos referidos meios nela depositados. Para a resolução dos litígios sobre a matéria em causa, é competente a Comissão de Mediação e Arbitragem criada pela

²¹ Discutia-se neste caso a pretensão deduzida por um consumidor francês contra o fabricante de um DVD em que se achava reproduzido o filme de David Lynch *Mulholland Drive*, o qual não podia ser copiado para outro suporte devido a um dispositivo anticópia. Segundo a *Cour de Cassation*, «*après avoir à bon droit retenu que la copie privée ne constitue pas un droit mais une exception légale au principe prohibant toute reproduction intégrale ou partielle d'une oeuvre protégée faite sans le consentement du titulaire de droits d'auteur, la cour d'appel (Paris, 4 avril 2007) statuant après cassation (Cass / Civ 28 février 2006) en a justement déduit qu'une telle copie, si elle pouvait être opposée pour défendre à une action, notamment en contrefaçon, dès lors que les conditions légales en seraient remplies, ne pouvait être invoquée au soutien d'une action formée à titre principal ; qu'elle ne pouvait en conséquence que déclarer M. X... irrecevable à agir par voie d'action principale, faute pour celui-ci de pouvoir se prévaloir d'un intérêt légitime juridiquement protégé*».

²² Ver, sobre o ponto, Dário Moura Vicente, «Cópia privada e sociedade da informação», in *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António Sousa Franco*, Lisboa, 2006, vol. I, p. 709 ss.; *idem*, «Direito de Autor e medidas tecnológicas de proteção», in *Direito da Sociedade da Informação*, vol. VII, Coimbra, 2008, p. 499 ss.; Cláudia Trabuço, *O direito de reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital*, Coimbra, 2006, p. 642 ss.; e José de Oliveira Ascensão, «Dispositivos tecnológicos de proteção, direitos de acesso e uso dos bens», in *Direito da Sociedade da Informação*, vol. VIII, Coimbra, 2009, p. 101 ss.

Lei nº 83/2001, de 3 de agosto, de cujas decisões cabe recurso para o Tribunal da Relação, com efeito meramente devolutivo.

Consignou-se assim na lei portuguesa um *direito de acesso* às obras protegidas através de medidas tecnológicas. Também este direito reflete a preocupação de compatibilizar interesses contrapostos. O escopo desse direito é, no entanto, de alguma sorte restringido por outras regras. Por um lado, porque ele não impede os titulares de direitos de aplicarem medidas eficazes de carácter tecnológico para limitar o número de reproduções autorizadas relativas ao uso privado. Por outro, porque as regras mencionadas não se aplicam às obras, prestações ou produções protegidas disponibilizadas ao público na sequência de acordos 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 cópia privada dá, é certo, lugar ao pagamento de uma *compensação equitativa* a atribuir ao autor e, no âmbito analógico, ao editor²³. Essa compensação é assegurada em Portugal mediante a inclusão no preço de venda ao público de aparelhos que permitam a fixação e reprodução da obra e dos suportes materiais das fixações de uma verba, que a lei estabelece, destinada a beneficiar os autores, os artistas, os produtores fonográficos e videográficos e os editores²⁴. Mas a situação atual no tocante à cobrança e à distribuição dessa verba é altamente insatisfatória. Primeiro, porque, como se verificou num litígio recentemente submetido ao Tribunal de Justiça da União Europeia, ela é aplicada a aparelhos e suportes não destinados à cópia privada²⁵; segundo, porque tal verba reverte em benefício de pessoas e enti-

²³ Cfr. o art. 5º, nº 2, alínea a), da Directiva 2001/29/CE.

²⁴ Cfr. CDADC, art. 82º, e Lei nº 62/98, de 1 de Setembro.

²⁵ Haja vista, sobre o ponto, ao acórdão proferido por aquele Tribunal em 21 de outubro de 2010, no caso Padawan SL c. Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE), reproduzido em Cadernos de Direito Privado, nº 36 (outubro/dezembro 2011), p. 22 ss. O acórdão diz respeito a um litígio entre uma empresa espanhola, a Padawan, que comercializava CD-Roms e outros suportes digitais de reprodução, e uma sociedade espanhola de gestão coletiva de direitos autorais, a SGAE, que lhe exigira o pagamento da taxa por cópia privada prevista na Lei espanhola de Propriedade Intelectual relativa aos anos de 2002 a 2004. A Padawan recusou esse pagamento, alegando que a aplicação da taxa aos referidos suportes digitais, sem distinção e independentemente da função a que eram destinados – o uso privado ou uma atividade comercial ou profissional – seria contrária à Directiva 2001/29/CE. O Tribunal de 1ª instância de Barcelona julgou procedente a ação e a Padawan foi condenada a pagar-lhe o montante de € 16.000 acrescido de juros legais e custas. A Padawan recorreu para a Audiência Provincial de Barcelona, que submeteu ao Tribunal de Justiça da União Europeia diversas questões prejudiciais relativas à interpretação do art. 5º, nº 2, alínea b), da Directiva. Estava em causa, designadamente, saber se: a) O conceito de «compensação equitativa» utilizado na Directiva deve ser objeto de uma interpretação uniforme, apesar de os Estados-Membros

dades cujas obras não são, por via de regra, objeto de cópia privada; terceiro, porque a gestão das quantias assim cobradas muitas vezes não se mostra suficientemente transparente, não chegando os autores das obras mais atingidas pela cópia privada – as obras científicas e técnicas – a recebê-las, o que inevitavelmente desincentiva a produção e a divulgação dessas obras.

V

É hoje inequívoco que as criações intelectuais têm um enorme potencial de contribuir para o desenvolvimento económico e espiritual da

poderem estabelecer diferentes formas de implementá-la nos respetivos sistemas jurídicos; b) O «justo equilíbrio» entre os direitos e interesses dos titulares de direitos e os utilizadores do material protegido visado pela Diretiva implica que a compensação equitativa seja calculada com base no critério do prejuízo causado aos autores pela exceção da cópia privada; c) A taxa sobre equipamentos, aparelhos e materiais de reprodução instituída por um Estado-Membro deve estar relacionada com o presumível uso destes para reproduções, de tal modo que apenas estará justificada se esses objetos presumivelmente se destinarem a cópias privadas; d) Estaria em conformidade com a Diretiva a aplicação indiscriminada da taxa a empresas e profissionais que adquirem os aparelhos e suportes de reprodução para finalidades alheias à cópia privada. Em síntese, o Tribunal respondeu a essas questões do seguinte modo. Quanto à primeira questão, o conceito de «compensação equitativa» é, no entender do Tribunal, um conceito autónomo do Direito da União, que deve ser interpretado de maneira uniforme em todos os Estados-Membros que tenham introduzido a «exceção» da cópia privada. Tal seria, segundo o Tribunal, a solução imposta pelo objetivo precípua da Diretiva, que é impedir as distorções da concorrência eventualmente decorrentes da diversidade das legislações nacionais sobre a matéria. Os parâmetros da compensação não podem, por isso, ser livremente fixados pelos sistemas jurídicos nacionais de forma incoerente e não harmonizada. Quanto à segunda questão, o Tribunal entendeu que a compensação visa, de acordo com os considerandos 35 e 38 da Diretiva, indemnizar os autores pela utilização não autorizada das suas obras. Por isso, deve ser calculada com base no critério do prejuízo causado aos autores pela cópia privada. O «justo equilíbrio» entre titulares de direitos e utilizadores visado pela Diretiva assim o exige. A reparação desse prejuízo cabe, em princípio, às pessoas que efetuam cópias privadas, financiando a compensação que será paga ao titular do direito de autor. Tendo, porém, em conta as dificuldades práticas da identificação dos utilizadores que efetuam cópias privadas e de os obrigar ao pagamento da compensação, os Estados-Membros podem estabelecer, para financiar a compensação equitativa, uma «taxa por cópia privada» a cargo das pessoas que disponibilizam a utilizadores privados de equipamentos e suportes de cópia, às quais caberá pagar a taxa. Isto, na medida em que se pressupõe que estas pessoas têm a possibilidade de repercutir o encargo real desse financiamento sobre os utilizadores privados. Relativamente à terceira e à quarta questões, o Tribunal declarou que é efetivamente necessária uma ligação entre a aplicação da taxa destinada a financiar a compensação equitativa aos equipamentos e suportes de reprodução e o uso presumido destes para fins de reprodução privada. Por conseguinte, a aplicação, sem distinção, da taxa por cópia privada a todos os tipos de equipamentos e suportes de reprodução, incluindo no caso em que estes são adquiridos por pessoas não singulares, para fins manifestamente estranhos à cópia privada, não é conforme com o art. 5º, nº 2, alínea b), da Diretiva. Este aresto levou a Audiência Provincial de Barcelona a julgar procedente, em acórdão de 2 de março de 2011, o recurso de apelação da Padawan e a indeferir o pedido de condenação da ré a pagar à SGAE as taxas por esta reclamadas.

humanidade. Mas para que esse contributo se concretize impõe-se um regime do direito autoral que consagre um adequado equilíbrio dos interesses em jogo. Ora, o Direito Autoral vigente, como se deixou demonstrado, não reflete em muitos aspetos esse equilíbrio. Nisto radica a contemporânea *crise do Direito Autoral*. Este mostra-se por isso profundamente carecido de reforma: uma reforma que acautele devidamente a necessidade de preservar o acesso do público à informação e ao conhecimento e que corrija certos excessos de proteção; mas que atenda também, na justa medida, aos interesses dos autores na divulgação das suas obras e na obtenção dos benefícios a isso inerentes. Só assim se poderá falar, com propriedade, de uma *economia criativa*.

DIREITOS AUTORAIS E ECONOMIA CRIATIVA: UMA PERSPECTIVA PARA O DESENVOLVIMENTO

Rodrigo Otávio Cruz e Silva

Mestre em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD-UFSC). Pesquisador do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Informação (GEDAI-UFSC). E-mail: rodrigoocs@hotmail.com

Amanda Madureira

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD-UFSC). Pesquisadora do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Informação (GEDAI-UFSC). E-mail: amandamadureira@uol.com.br

RESUMO: As transformações ocorridas no seio da sociedade informacional, com especial destaque para a influência da revolução das tecnologias da informação e comunicação, proporcionaram o surgimento de um novo pensamento econômico. Hoje, no centro da economia está o capital intelectual, a criatividade humana responsável por agregar às criações inovação e conhecimento, com reflexo direto em seu valor econômico. Portanto, o insumo básico passou a ser o intelecto humano, o resultado da atividade intelectual criativa, superando as commodities primárias como elemento central, por isso denomina-se a nova economia de economia criativa. Em relação a essa nova realidade econômica os direitos autorais apresentam-se como um elemento nuclear central na construção do marco legal da criatividade, por compreender a regulação do acesso à cultura e ao conhecimento determinante para o estímulo ao surgimento de novas manifestações criativas. É nesse sentido que o presente trabalho busca apresentar a perspectiva do direito autoral para o desenvolvimento da economia criativa.

Palavras-chave: Direitos autorais. Economia criativa. Desenvolvimento.

1 INTRODUÇÃO

A lógica econômica da ordem liberal se mostra insuficiente para os desafios apresentados pela sociedade informacional. Apenas com um novo pensamento econômico comprometido com o desenvolvimento de modelos fundados no estímulo à criatividade, num ambiente de abundância e diversidade cultural é que se poderá construir uma economia que ao mesmo tempo em que respeite e garanta os interesses do criador, tutele o interesse

público a partir do acesso à cultura, em prol do desenvolvimento econômico, social, cultural e humano.

As bases para esse novo pensamento econômico surgiram a partir da revolução da tecnologia da informação e das transformações que conceberam a sociedade informacional. E para atender os desafios atuais é necessário ter em mente o papel fundamental do direito no processo de mudança.

O presente trabalho apresenta uma leitura crítica dos padrões individualistas e patrimonialistas herdados do modelo industrial. A partir disso busca justificar a construção de um marco legal que ao mesmo tempo tutele os interesses do criador e do público, concepção norteada pela promoção da criatividade, da diversidade cultural e do conhecimento.

Essa mudança perpassa necessariamente pelo reconhecimento da economia criativa como um fenômeno com valores e padrões próprios. Para garantir as prerrogativas fundamentais desta nova realidade socioeconômica surge a necessidade de uma revisão da Lei dos Direitos Autorais (LDA) em prol do surgimento de novas criatividades, do acesso à cultura e ao conhecimento, do estímulo aos setores criativos e do desenvolvimento sustentável em todas as suas dimensões.

2 O DESPERTAR SOCIOECONÔMICO DA CRIATIVIDADE

Os primeiros passos do sistema capitalista tal como conhecemos hoje tiveram início a partir do século XV. Nesse período histórico vigorava o capitalismo mercantil, ou *mercantilismo*, numa época em que regiões da Europa para desenvolver o comércio sentiram a necessidade de ampliar seu mercado para dimensões globais, o que se tornou possível graças às novas tecnologias da navegação, o poderio naval e a descoberta pelos portugueses da rota das Índias.

Os pensadores desse sistema viam o desenvolvimento econômico das nações no comércio exterior, o que representava uma solução à saída dos excedentes de produção e assim a obtenção de riquezas.

O modelo do imperialismo europeu foi marcado: pela acumulação de metais preciosos (metalismo ou bulionismo¹); pelo incentivo do Estado à

¹ **Bulionismo.** Designação dada ao sistema monetário em que o papel-moeda é livremente conversível em metal e deve estar integralmente garantido por um encaixe metálico. O

produção de mercadorias manufaturadas, grande parte destinada à exportação; pelo rígido controle às importações para a manutenção da balança comercial favorável; e pela restrição comercial monopolista das colônias em relação à metrópole, numa escala mundial.

Como resultado do desenvolvimento do comércio internacional e do natural fortalecimento da classe burguesa, que cada vez mais se aproximava dos grupos tradicionalmente dominantes e assim abria espaços nos centros de decisão, a Europa observou a decadência do feudalismo. Essa transformação social decorrente do desenvolvimento econômico gestou a Revolução Industrial de 1750².

A ascensão da burguesia e o desenvolvimento do modelo liberal nos trilhos das ferrovias fez a sociedade industrial voltar toda a sua atenção para a economia. A conquista burguesa orientou a sociedade para a acumulação de capital e riqueza através da produção de bens em larga escala, de forma racional, burocrática, com eficiência e dedicação militar, buscando na otimização da produção a redução dos custos e a maximização do lucro³.

As fontes de riqueza dos Estados, antes dependentes de guerras e conquistas territoriais pela força armada, tal como ditava o manual imperialista dos príncipes, foram completamente transformadas. Com o adven-

nome vem de *bullion*, que em inglês significa lingote ou barra de ouro ou prata. O mercantilismo espanhol foi caracterizado como bulionista por apoiar-se no grande fluxo de ouro e prata proveniente das colônias na América. (*Dicionário de Economia*. São Paulo: Abril Cultural, 1985. p. 38).

² “A abertura de linhas comerciais de amplitude planetária, na primeira metade do século XVI, está na origem do processo acumulativo que conduziria à Revolução Industrial. [...] A observação desse período multissecular, durante o qual se gera a civilização industrial, constitui a chave para identificar os traços mais característicos das sociedades capitalistas contemporâneas. A intensificação das atividades econômicas em certas regiões da Europa Ocidental, nessa fase decisiva da história moderna que Fernand Braudel chamou de ‘longo século XVI’, refletiu em grande parte a ação dominante que os europeus exerceram sobre outros povos em uma área que se expandiu até alcançar os confins do planeta.” (FURTADO, Celso. *Criatividade e dependência na civilização industrial*. São Paulo: Companhia da Letras, 2008. p. 56).

³ “As sociedades industriais são sociedade orientadas para a Economia, isto é, organizadas em torno de um princípio de eficiência funcional, cujo desiderato era ‘conseguir mais por menos’, e optar pelo modo de ação mais ‘racional’. Assim, a decisão de usar gás natural em lugar de carvão como combustível, para obter energia, foi ditada pela comparação dos custos, e a decisão quanto ao modo de estabelecer os programas de trabalho dependerá de uma combinação adequada dos materiais e das habilitações disponíveis. Nessa medida, a ideologia perde sua importância e é substituída pela ‘economia’ sob as aparências de funções de produção, de relações de produção de capital, de eficiência marginal do capital, de programação linear, etc. Nessa medida, igualmente, esmaece a distinção entre a ‘a economia burguesa’ e a ‘economia socialista’; e, quando se cuida de otimização e de maximização, as distinções deixam de existir totalmente.” (BELL, Daniel. *O advento da sociedade pós-industrial: uma tentativa de previsão*. Trad. Heloysa de Lima Dantas. São Paulo: Cultrix, 1973).

to da sociedade industrial as batalhas entre os Estados tiveram como plano de fundo a Guerra do Capital, com a entrada em cena das grandes empresas. O imperialismo concentrava suas forças na acumulação de capital, buscando aumentar o poderio econômico através da participação em novos mercados. À exceção das lamentáveis lutas armadas ocorridas na primeira metade do século XX em dimensão global, as relações e os conflitos entre os Estados Democráticos modernos passaram a cada vez menos considerar o poderio militar como requisito para o desenvolvimento.

As guerras do passado cederam espaço a verdadeiras batalhas comerciais: os territórios a serem conquistados transformaram-se em mercados; as fronteiras passaram a ser protegidas por políticas tributárias e de câmbio operadas por burocratas; as empresas tomaram espaços antes ocupados pelos Estados e se tornaram as principais fontes de riquezas e instrumento de dominação de povos e nações. Vence a ideologia da dominação pelo capital⁴.

Num primeiro momento o elemento central para a conquista de mercados era ditado pelo preço dos bens econômicos e pela maximização dos lucros, numa época em que se desconsideravam os grandes problemas da humanidade, como a fome, a dignidade dos trabalhadores e os problemas ambientais. Em que a produção em larga escala não valorizava o trabalho intelectual. Em que a demanda era superior à oferta, o que permitia aos empresários definir as necessidades da sociedade e impor seus produtos e serviços a ela. Em que os consumidores assimilavam o que lhes era oferecido, sentimento crítico, exigências e busca por informações ainda eram incipientes. Viviam-se o modelo da sociedade industrial das velhas estruturas capitalistas, em que o capital apátria, sem compromisso com territórios e nações, promoveu as empresas transnacionais.

A lógica da organização do trabalho na sociedade industrial privilegiava o trabalho mecânico e racional das massas de trabalhadores, e a linha de produção das fábricas apresentava a essência e a alma das empresas. Nesse modelo do capitalismo industrial os empresários buscavam eficiência nos números representativos de suas conquistas exploratórias, não im-

⁴ “Na verdade, a ordem mundial sempre se consolidou a reboque dos interesses das grandes potências; no passado, tais interesses motivaram a intervenção bélica pura e simples, substituída pela intervenção branca exercida através de títeres e ditadores. No atual mundo globalizado, o intervencionismo se manifesta através de uma aliança entre os governos das nações mais poderosas com suas grandes empresas transnacionais, cujos interesses meramente econômicos são ideologicamente identificados com os interesses de toda sociedade, nas nações ricas, quando não com os interesses da humanidade”. (COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do futuro*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001. p. 105).

portava elementos outros senão a máxima racionalização do trabalho para obter grandes margens de lucro.

Na visão da sociedade capitalista industrial destaca-se o surgimento da Escola da Administração Científica, a partir das ideias de Frederick W. Taylor, movimento este cujos estudos sugeriam um modelo de administração centrado na racionalização do trabalho. Os princípios tayloristas privilegiavam a divisão do trabalho em tarefas simples e padronizadas, com o objetivo de especializar o trabalhador, aumentar a produtividade e gerar a maximização do lucro. Nas empresas as relações humanas eram restritas, pensadas na razão do capital, o operário era visto na sua relação entre tempo, esforço e índice de produtividade – *não havia recursos humanos, a força de trabalho era a mão-de-obra*⁵.

Por isso, nas teorias de administração prevalecia a ideia de que os empregados deveriam atuar em atividades excessivamente especializadas, onde o cérebro exercia papel secundário, o pensar e o conhecimento não tinham qualquer valor para a grande massa de trabalhadores, pois interessava apenas seus serviços braçais.

Esse modelo de servidão do empregado ao capital em atividades desprovidas de criatividade foi superado pelo paradigma da sociedade pós-industrial⁶, em que se passou a valorizar a informação, o conhecimento e o trabalho intelectual⁷, reconhecendo no trabalhador atributos

⁵ “O nome Administração Científica é devido à tentativa de aplicação dos métodos da ciência aos problemas da Administração a fim de aumentar a eficiência industrial. Os principais métodos científicos aplicáveis aos problemas da Administração são a observação e a mensuração. A Escola da Administração Científica foi iniciada no começo do século passado pelo engenheiro americano Frederick W. Taylor, considerado o fundador da moderna TGA. Taylor teve inúmeros seguidores (como Gantt, Glibrenth, Emerson, Ford, Barth e outros) e provocou uma verdadeira revolução no pensamento administrativo e no mundo industrial de sua época. A preocupação original foi eliminar o fantasma do desperdício e das perdas sofridas pelas indústrias e elevar os níveis de produtividade por meio da aplicação de métodos e técnicas da engenharia industrial.” (CHIAVENATO, Idalberto. *Administração geral e pública*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. p. 5).

⁶ “Uma sociedade pós-industrial tem como base os serviços. Assim sendo, trata-se de um jogo entre pessoas. O que conta não é a força muscular, ou a energia, e sim a informação. A personalidade central é a do profissional, preparado por sua educação e por seu treinamento para fornecer os tipos que vão sendo cada vez mais exigidos numa sociedade pós-industrial. Se a sociedade industrial se define pela quantidade de bens que caracterizam um padrão de vida, a sociedade pós-industrial define-se pela qualidade da existência avaliada de acordo com os serviços e o conforto – saúde, educação, lazer e artes – agora considerados desejáveis e possíveis para todos.” (BELL, 1973. p. 148).

⁷ “A sociedade pós-industrial, como deixei bem claro por diversas vezes, é antes de tudo uma mudança no caráter da estrutura social – numa dimensão, não na configuração total da sociedade. Trata-se de um ‘tipo ideal’, de uma elaboração, armada pelo analista social que

peçoais como capacidade intelectual, criatividade e conhecimento, agora fundamentais no ambiente de trabalho.

A partir de então, superada a sociedade capitalista industrial preocupada, essencialmente, com a racionalidade dos meios de produção, com a escassez e em impor a demanda de seu interesse ao mercado consumidor, teve início o processo de evolução à construção de um modelo socioeconômico que garantisse a harmonização de interesses públicos e privados. Isso se deu porque o modelo da sociedade industrial entrou em colapso, em especial, com o advento da revolução das tecnologias da informação, cujo ambiente tecnológico não mais se amoldaria aos marcos regulatórios concebidos para modelo industrial.

A vitória e a evolução do capitalismo influenciado pela revolução tecnológica, com a importância cada vez maior da informação e do conhecimento, fez surgir essa nova realidade socioeconômica. Vencido o paradigma da modernidade, de um modelo econômico acéfalo, nasce um novo paradigma cuja essência está na influência das tecnologias informacionais na sociedade e na economia, em que a criatividade ganha especial destaque, nasce o paradigma cultural criativo.

Para entender essa transição do modelo industrial para o pós-industrial, é a contribuição de Krishan Kumar:

Hoje produzimos informação em massa, da mesma maneira que produzíamos carros em massa... Esse conhecimento é a força propulsora da economia (Naisbitt, 1984: 7). A sociedade de informação, segundo seus teóricos, gera mudanças no nível mais fundamental da sociedade. Inicia um novo modo de produção. Muda a própria fonte da criação de riqueza e os fatores determinantes da produção. O trabalho e o capital, as variáveis básicas da sociedade industrial, são substituídos pela informação e pelo conhecimento.

congregou diversas modificações sobrevindas à sociedade, as quais, quando reunidas, dão algo mais ou menos coerente quando confrontado com outras elaborações conceituais. Em termos descritivos, existem três componentes: no setor econômico, representa uma transição da manufatura para os serviços; na tecnologia, é a centralidade das modernas indústrias com bases científicas; em termos sociológicos, é a ascensão de novas elites técnicas e o advento de um novo princípio de estratificação. Partindo deste terreno, pode-se recuar e afirmar, de um modo mais geral, que a sociedade pós-industrial representa o aparecimento de novas estruturas e princípios axiais: uma sociedade produtora de bens transformada em sociedade de informação, ou erudita; e, nas modalidades de conhecimento, uma mudança no eixo da abstração, que passa do empirismo ou improvisação, através do sistema de ensaio-e-erro, para a teoria e codificação do conhecimento teórico, com o intuito de dirigir as inovações e a formulação das linhas de ação." (BELL, 1973. p. 538).

A teoria do valor do trabalho, da maneira formulada por uma sucessão de pensadores clássicos, de Locke e Smith a Ricardo e Marx, é obrigada a ceder lugar a uma “teoria do valor do conhecimento”. Agora, “o conhecimento, e não o trabalho, é a origem do valor” (Bell, 1980a, p. 506).⁸

Assim, surgiu o conceito de sociedade da informação, denominada por Daniel Bell de sociedade de informação e, posteriormente, por Manuel Castells de sociedade informacional. Sobre a diferença entre as expressões, Castells explica a opção pelo termo informacional:

Gostaria de fazer uma distinção analítica entre as noções de “sociedade da informação” e “sociedade informacional” com consequências similares para economia da informação e economia informacional. O termo sociedade da informação enfatiza o papel da informação na sociedade. Mas afirmo que informação, em se sentido mais amplo, por exemplo, como comunicação de conhecimento, foi crucial a todas as sociedades, inclusive à Europa medieval que era culturalmente estruturada e, até certo ponto, unificada pelo escolasticismo, ou seja, no geral uma infra-estrutura intelectual (ver Southern 1995). Ao contrário, o termo informacional indica o atributo de uma forma específica de organização social em que a geração, o processamento e a transmissão da informação tornam-se as fontes fundamentais de produtividade e poder devido às novas condições tecnológicas surgidas nesse período histórico. Minha terminologia tenta estabelecer um paralelo com a distinção entre indústria e industrial. Uma sociedade industrial (conceito comum na tradição sociológica) não é apenas uma sociedade em que há indústrias, mas uma sociedade em que as formas sociais e tecnológicas de organização industrial permeiam todas as esferas de atividade, começando com as atividades predominantes localizadas no sistema econômico e na tecnologia militar e alcançando os objetivos e hábitos da vida cotidiana. Meu emprego dos termos “sociedade informacional” e “economia informacional” tenta uma caracterização mais precisa das transformações atuais, além da sensata observação de que a informação e os conhecimentos são importantes para nossas sociedades⁹.

⁸ KUMAR, Krishan. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997. p. 24.

⁹ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura*. v. 1. São Paulo: Paz e Terra, 2011. p. 64-65 – nota 30.

Para entender essa perspectiva em que prepondera a informação, o saber e a interatividade entre as pessoas, Pierre Lévy discorre sobre o papel da informática e a necessidade de se construir um ciberespaço pensado para o século XXI:

Mas porque então chamar de “Espaço do saber” o novo horizonte de nossa civilização? A novidade nesse domínio, é pelo menos tripla: deve-se à velocidade de evolução dos saberes, à massa de pessoas convocadas a aprender e produzir novos conhecimentos e, enfim, ao surgimento de novas ferramentas (as do ciberespaço) que podem fazer surgir, por trás do nevoeiro informacional, paisagens inéditas e distintas, identidades singulares, específicas desse espaço, novas figuras sócio-históricas.

[...]. O papel da informática e das técnicas de comunicação com base digital não seria “substituir o homem”, nem aproximar-se de uma hipotética “inteligência artificial”, mas promover a construção de coletivos inteligentes, nos quais as potencialidades sociais e cognitivas de cada um poderão desenvolver-se e ampliar-se de maneira recíproca. Dessa perspectiva, o principal projeto arquitetônico do século XXI será imaginar, construir e organizar o espaço interativo e móvel do ciberespaço¹⁰.

Na sociedade informacional o fluxo de informação e a produção de conhecimento alcançaram uma dimensão jamais vista. O processo de globalização ganhou o ciberespaço com suas ferramentas digitais, revolucionando a interação entre as pessoas e o acesso à informação, aos saberes e à cultura.

Para o mercado de trabalho e de consumo há a valorização de elementos como conhecimento e inovação, esta considera o produto da criatividade (cultural e produtiva). Os profissionais do século XXI não mais ficam dependentes das grandes estruturas empresariais como no passado, os meios de produção estão acessíveis, destacadas as atividades baseadas nas ferramentas digitais.

O modelo industrial em que prevaleciam as indústrias tradicionais de transformação, dependentes de insumos e *commodities* primárias, está superado. Hoje, o capital é intelectual e criativo. As revoluções e a fonte de riqueza do novo século estão nas ideias, todos podem gestá-las individualmente, mas para isso seus agentes precisam estar estimulados e prepara-

¹⁰ LÉVY, Pierre. *A inteligência coletiva: por uma antropologia do ciberespaço*. 3. ed. Trad. Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Loyola, 2000. p. 24-25.

dos com informação e conhecimento¹¹. Não que as indústrias tradicionais estejam destinadas a um fim trágico, à escuridão do esquecimento, diferente disso, a sua importância econômica permanece viva, inclusive elas incorporam elementos inovadores às suas atividades, contudo, deixam de estar no centro da atenção do mercado que clama por produtos e serviços criativos¹².

Um bom reflexo dessas mudanças está na atuação interna dos Estados em matéria de educação e pesquisa, áreas que nas últimas décadas receberam investimentos crescentes. É quase unanimidade que recursos bem investidos nesses campos redundam em benefícios sociais e resultados econômicos.

No tocante a essa visão da educação como investimento para o econômico, o atual modelo dominante, concebido para educar as massas objetiva, ou fornecer ao mercado de trabalho mão de obra qualificada, ou satisfazer a fome de cérebros das Universidades. Já em relação ao investimento em pesquisas, a importância da propriedade intelectual para a nova economia bem representa essas transformações. Empresas e universidades têm aumentado a destinação de seus recursos para o desenvolvimento de produtos criativos, realidade incipiente na concepção industrial.

Essa importância de investir em conhecimento com o objetivo de estimular a criatividade e com ela gerar riqueza é praticamente unanimidade na atual economia. É por isso que não raras vezes diversos setores (empresarial, ONGs, acadêmico e governamental) defendem a necessidade do Governo promover políticas de manutenção do capital intelectual em território nacional, a fim de evitar que pesquisadores, na grande maioria formada no país, sejam atraídos por Universidades e empresas estrangeiras. Isso porque essa “fuga de cérebros” tem efeitos socioeconômicos visivelmente danosos para o país, o que os governos não podem ignorar¹³.

¹¹ “O conhecimento não só determina, em um grau sem precedentes, a inovação técnica e o crescimento econômico, mas está se tornando rapidamente a atividade-chave da economia e a principal determinante da mudança ocupacional.” (KUMAR, Krishan. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997. p. 23).

¹² “A sociedade de informação, segundo seus teóricos, gera mudanças no nível mais fundamental da sociedade. Inicia um novo modo de produção. Muda a própria fonte da criação de riqueza e os fatores determinantes da produção. O trabalho e o capital, as variáveis básicas da sociedade industrial, são substituídos pela informação e pelo conhecimento. A teoria do valor do trabalho, da maneira formulada por uma sucessão de pensadores clássicos, de Locke e Smith a Ricardo e Marx, é obrigada a ceder lugar a uma ‘teoria do valor do conhecimento’.” (KUMAR, 1997. p. 24).

¹³ Matéria da Folha de S. Paulo, com o título: EUA têm projeto para impedir “fuga de cérebros” estrangeiros. Senadores democratas apresentaram ontem ao Congresso dos EUA um proje-

É a partir dessa relação entre economia e conhecimento, centrada na importância do capital intelectual humano, que nasce o conceito de economia criativa, ligada à criação, produção e distribuição de produtos e serviços que se utilizam de recursos produtivos como conhecimento, cultura e informação para desenvolver bens e serviços inovadores. A nova economia compreende atividades resultantes da imaginação de indivíduos, com valor econômico¹⁴.

3 A ECONOMIA CRIATIVA COMO UMA REALIDADE PARA O DESENVOLVIMENTO BRASILEIRO

Desde o século XX observa-se essa revolução tecnológica fundadora de novos direcionamentos sociais, culturais e econômicos. A grande transformação sucedida nos meios e nos modos de produção alterou a lógica do racionalismo e da escassez da sociedade industrial. O capital de hoje emana do próprio homem, ou melhor, da criatividade humana. Por isso, diz-se que “na economia do futuro, o capital será o homem total”¹⁵, a fonte do capital intelectual como elemento central de uma economia comprometida com o desenvolvimento sustentável¹⁶.

to de lei para conceder a imigrantes superqualificados 55 mil “green cards” – o documento que permite ao estrangeiro viver e trabalhar no país. O alvo são mestres e doutores nas áreas de ciência, tecnologia, matemática e engenharia formados em universidades americanas. [...] “Não faz nenhum sentido os EUA educarem os estudantes mais talentosos do mundo e, quando eles atingem seu potencial, chutá-lo para fora”, escreveu o senador de Nova York Charles Schumer, um dos patrocinadores do projeto, em seu site. “Deveríamos incentivar todos os imigrantes brilhantes e bem educados a ficarem, estabelecerem um negócio, empregarem americanos e alimentarem nossa economia.” [...] A oferta aos superqualificados é vista como um meio de estimular a economia do país e a inovação após cinco anos de crise reverterem a “fuga de cérebros”, que por décadas trouxe aos EUA pesquisadores e empreendedores de países como China, Coreia, Índia, e recentemente e em menor escala, Brasil. (Folha de S. Paulo. Reportagem de Luciana Coelho, de Washington. Matéria publicada em 20/09/12. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/1156296-eua-tem-projeto-para-impedir-fuga-de-cerebros-estrangeiros.shtml>>).

¹⁴ “As noções de ‘economia do conhecimento’ e ‘empresa baseada no conhecimento’ que têm um certo caráter abstrato, mas não há nada de abstrato no trabalho do conhecimento. É o que você faz [...]. A informação provavelmente é a matéria-prima mais importante de que precisamos para realizar nosso trabalho. Isso costuma ser verdadeiro para um número reduzido de pessoas; hoje, aplica-se à maioria delas, e aqueles que não são trabalhadores do conhecimento não são tão bem remunerados quanto costumavam ser”. (STEWART, Thomas A. *Capital intelectual*. Rio de Janeiro: Campus, 1998. p. 37).

¹⁵ LÉVY, 2000, p. 43.

¹⁶ O conceito de desenvolvimento no presente trabalho é visto como aquilo que provoca “profundas alterações em todas as estruturas do país envolvido, por trazer como consequência uma série enorme de modificações de ordem não apenas econômica, mas também cultural,

No paradigma informacional os recursos econômicos básicos são a informação e o conhecimento¹⁷, e não mais os recursos naturais ou o trabalho físico. A riqueza está cada vez mais ligada à inovação como produto da criatividade, nascida da aplicação do conhecimento (técnico e cultural) do indivíduo ao trabalho.

As transformações vividas na economia mundial tiveram origem nas transformações sociais. Indivíduos mais informados, conscientes e críticos, essas são algumas das características dos consumidores do século XXI. Eles passaram buscar informações sobre os produtos que consomem, a exigir produtos inovadores com valor agregado, não bastando mais aos empresários ficar no mais do mesmo, a sobrevivência no mercado exige substanciais investimentos em capital intelectual.

O que promoveu uma verdadeira mudança nos modelos de negócios e na concorrência entre os agentes econômicos. As empresas devem produzir bens e prestar serviços pautados em conhecimento e criatividade como forma de responder os anseios dos consumidores. Em muitos casos o consumo é orientado para além da simples questão econômica, pois passaram a valorizar questões como soluções criativas e inovadoras, o bem estar proporcionado, a responsabilidade social e ambiental, a reputação do empresário, o processo de fabricação, a origem dos produtos, entre outras questões que provocaram uma grande estratificação no mercado e novas exigências para o consumo.

psicológica e social. São essas modificações que respondem pela sustentabilidade do processo, ou seja, em cada uma das suas fases deverão estar-se criando condições para que ele continue se manifestando nas fases seguintes. É por isso que o desenvolvimento econômico é dito auto-sustentável". Esse conceito se difere do mero crescimento econômico, por esse ocorrer sem "uma mudança estrutural e qualitativa da economia em questão". Diz-se isso por considerar o crescimento "mais um surto, um ciclo e não um processo dotado de estabilidade. É, em geral, causado por algum fator exógeno, isto é, externo à economia em questão. Cessada a ação daquele fator, ela regride ao seu estado anterior, contraindo-se a renda, o emprego, a produção e tudo o mais, deixando esse surto pouco ou nenhum vestígio do que ocorreu." (NUSDEO, Fábio. Desenvolvimento econômico: um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 17-18).

¹⁷ "O conhecimento, tal como normalmente é concebido pelo intelectual, é algo muito diverso do conhecimento no contexto de uma economia do conhecimento ou do trabalho baseado no conhecimento. Para o intelectual, o conhecimento é o que está escrito num livro. Mas enquanto está no livro, não passa de informação ou mesmo de simples dados. Somente quando alguém aplica as informações na realização de algo é que elas se transformam em conhecimento. [...] Mas o que importa na economia do conhecimento é se o conhecimento, novo ou antigo, é aplicável, e, g., a física newtoniana ao programa espacial. O que é relevante é a imaginação e habilidade de quem quer que o aplique, e não a sofisticação ou a novidade da informação." (DRUCKER, Peter F. *Uma era de descontinuidade*. São Paulo: Círculo do Livro, 1969. p. 297-298).

Portanto, essa realidade social de indivíduos cada vez mais informados e ansiosos por novos conhecimentos ajudou a promover alterações na economia e a construir novos modelos de negócio com o capital intelectual criativo no centro. É fácil perceber a ruptura com o modelo das economias industriais produtoras de bens tangíveis pautados em recursos naturais escassos, evoluindo para uma economia desenvolvidora de bens intangíveis criativos, dependentes da abundância e do acesso à diversidade de culturas e saberes. Passa-se a realçar a importância da capacidade intelectual humana sobre recursos físicos e financeiros, o foco da economia está no simbólico, o capital intelectual criativo.

Um único indivíduo pode, a partir de seu computador pessoal, criar produtos revolucionários e com ele gerar riqueza, feito que antigamente era quase impossível devido a dependência do capital e dos bens de produção mecanizados das grandes corporações. Contudo, essa independência é relativa. Acreditar que os profissionais criativos podem se isolar e que sozinhos são capazes de gerar riqueza e desenvolvimento é um erro. Para estimular e potencializar a sua criatividade eles dependem do meio social e cultural em que vivem, precisam também do suporte de organizações formadas por profissionais de diversas áreas, muitas vezes responsáveis pela produção, distribuição e comercialização do resultado final de suas criações. É o que acontece, por exemplo, com o setor musical, em que concebida a obra intelectual, ela muitas vezes só é disponibilizada aos destinatários da cultura depois de receber contribuições de diversos profissionais. Mas, ainda assim, é a sua individualidade o elemento responsável por gerar a criatividade, a inovação (cultural ou produtiva) e sugerir o novo.

Essas transformações na organização da vida social e econômica são visíveis e estão por toda parte: na valorização de bens e empresas criativas; no crescimento do comércio eletrônico; na facilidade de acesso à informação e na vasta disseminação do conhecimento e da cultura pelo meio digital. Grandes transformações também são notadas no ambiente de trabalho, na educação, nas relações sociais e de comunicação.

É por isso que se deve pensar a criatividade como um elemento de transformação e fonte de riqueza e desenvolvimento econômico. O estímulo à criatividade existe quando os indivíduos têm acesso a um ambiente de abertura, abundância e de diversidade cultural. Pois a inovação criativa surge, necessariamente, da relação entre o indivíduo e o meio social, cultural e produtivo em que está imerso, vivência esta somada à cultura e

aos conhecimentos técnicos armazenados, cuja complexidade constitui o substrato para a produção de novas criatividades.

A economia criativa está imersa nessa realidade, é tida como um conceito novo e em evolução que pode contribuir para reduzir as incertezas na construção do projeto da vida social. Dada a sua dimensão é uma oportunidade de renda e melhora do comércio nos países em desenvolvimento por conciliar crescimento econômico, criação de empregos e receitas de exportação, com promoção da diversidade cultural, inclusão social e desenvolvimento humano.

No coração da economia criativa estão os setores criativos¹⁸, considerados dos mais dinâmicos do comércio global. Compreendem os ciclos de criação, produção e distribuição de bens e serviços que se utilizam de criatividade e capital intelectual como insumos primários da nova economia. Hoje, a criatividade, mais do que trabalho e capital, ou mesmo tecnologias tradicionais, está profundamente enraizada no contexto cultural de cada país. Excelência em expressão artística, abundância de talento, e abertura para novas influências e experimentações não são privilégios de países ricos¹⁹.

A dimensão da importância econômica do capital intelectual criativo na economia mundial pode ser percebida com a valorização das marcas ligadas aos setores criativos. O relatório anual da Interbrand apresenta o ranking das marcas mais valiosas do mundo em 2012, nele se percebe que das 10 marcas mais valiosas 7 são ligadas ao setor de tecnologia e desenvolvimento de conteúdos. Os destaques ficaram para a valorização da Apple que subiu do 8º (2011) para o 2º lugar, e para a permanência da centenária Coca-Cola na primeira colocação²⁰.

¹⁸ O Plano da Secretaria da Economia Criativa (SEC-MinC) buscou definir os setores criativos da seguinte forma: “Chega-se então à seguinte definição: os setores criativos são todos aqueles cujas atividades produtivas têm como processo principal um ato criativo gerador de valor simbólico, elemento central da formação do preço, e que resulta em produção de riqueza cultural e econômica. [...]. Partindo-se, então, desse conceito, conforme representado na figura a seguir, percebemos que os setores criativos vão além dos setores denominados como tipicamente culturais, ligados à produção artístico-cultural (música, dança, teatro, ópera, circo, pintura, fotografia, cinema), compreendendo outras expressões ou atividades relacionadas às novas mídias, à indústria de conteúdos, ao design, à arquitetura entre outros”. (BRASIL. *Plano da Secretaria da Economia Criativa: políticas, diretrizes e ações, 2011-2014*. Brasília: Ministério da Cultura, 2011. p. 22)

¹⁹ UNCTAD, *Creative Industries and Development-XI*, 2004; *Creative Economy & Industries*, newsletter 3, 2006; *The Creative Economy Report*, 2010.

²⁰ Interbrand, *Best Global Brands Report – 2012*, publicado em 02/10/2012. De acordo com o relatório de 2012, o top 10 das marcas mais valiosas é o seguinte: 1º Coca-Cola,

Numa análise da economia global o Banco Mundial estima a expansão do PIB mundial para 3,8% em 2010, com uma leve redução para 3,2% em 2011. Segundo o IBGE, o PIB brasileiro cresceu 7,5% em 2010, reduzindo para 2,7% em 2011, e atingindo 0,9% em 2012, apesar desse recuo o Brasil ultrapassou o Reino Unido e se tornou a sexta economia mundial em 2011 (CEBR/UK), quadro que tende a ser revertido em 2012.

Em relação aos pedidos de patentes internacionais no âmbito da OMPI houve um novo recorde em 2011, com um aumento de 10,7% em relação a 2010, representando o crescimento mais acentuado desde 2005. China, Japão e Estados Unidos (EUA) foram responsáveis por 82% desse crescimento. Quatro grandes países em desenvolvimento tiveram crescimento de dois dígitos: **Brasil (17,2%)**, Índia (11,2%), Rússia (20,8%) e Turquia (12,7%).²¹ Contudo no ranking de inovação da OMPI, em 2010 o Brasil ficou na 47ª posição dos 125 países analisados, que juntos detêm 98% do PIB mundial (OMPI, 2011).

Especificamente, sobre os setores criativos, eles contribuíram com 5,4% para o PIB mundial, e com 5,9% dos empregos formais em 2011. No Brasil, estima-se que os setores criativos tenham participado com 2,5% no PIB em 2010, e que o número de empregados “criativos” cresceu em média 8,5% ao ano, no período de 2006 a 2010, ritmo mais acelerado que o mercado de trabalho brasileiro em geral (5,8% no período). Já o núcleo das atividades do setor criativo brasileiro, em 2010, empregaram 1,7% do total de trabalhadores, sendo que a renda média mensal desses trabalhadores do núcleo criativo foi de R\$ 2.296, valor 45% superior à remuneração média dos empregados formais (R\$ 1.588). Numa análise mais ampliada da cadeia criativa brasileira, verifica-se que 24% do total de trabalhadores formais exercem atividades ligadas ao núcleo criativo²².

Esses dados confirmam que a economia criativa brasileira está em desenvolvimento e que ainda há muito a ser feito.

2º Apple, 3º IBM, 4º Google, 5º Microsoft, 6º GE, 7º Macdonald's, 8º Intel, 9º Samsung e 10º Toyota. O desenvolvimento do relatório compreende a análise três aspectos: o desempenho financeiro dos serviços ou produtos vinculados as marcas, a influência da marca na escolha do consumidor e o poder da marca para comandar um “preço premium” ou garantir lucros à companhia. Disponível em: <www.interbrand.com/en/best-global-brands/2012/downloads.aspx>

²¹ WIPO–PCT, Patent Cooperation Treaty, 2012.

²² FIRJAN. *A Cadeia da Indústria Criativa no Brasil*. Edição 2011, nº 10. Gerência de estudos econômicos. Outubro de 2011. Acesso em: 12 de dez. 2012.

No Brasil é destacada a iniciativa do governo federal que, em 21.11.2011, lançou o Plano da Secretaria da Economia Criativa – SEC, e quando, em 01/07/2012, por meio do Decreto 7.743, criou a Secretaria da Economia Criativa (SEC)²³. Na criação da SEC o destaque foi a pasta que a abrigou, o Ministério da Cultura. Tal decisão não se trata de mero acidente de percurso, mas de uma opção que relaciona as diretrizes gerais da economia criativa com a cultura²⁴, gerindo assim um modelo específico para a realidade brasileira, sem focar exclusivamente no padrão Britânico, Francês, Norte Americano ou da UNCTAD.

²³ BRASIL. Decreto 7.743/12 - Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério da Cultura. [...]. **Art. 17.** À Secretaria de Economia Criativa compete: I - propor, conduzir e subsidiar a elaboração, implementação e avaliação de planos e políticas públicas para o desenvolvimento da economia criativa brasileira; II - planejar, promover, implementar e coordenar ações para o desenvolvimento da economia criativa brasileira; III - formular e apoiar ações para formação de profissionais e empreendedores criativos e qualificação de empreendimentos dos setores criativos; IV - formular, implementar e articular linhas de financiamento de ações dos setores criativos para fortalecer sua cadeia produtiva; V - formular e implementar ferramentas e modelos de negócios de empreendimentos criativos, isoladamente ou em parceria com organismos públicos ou privados; VI - instituir programas e projetos de apoio a ações dos setores criativos, seus profissionais e empreendedores, para articular e fortalecer micro e pequenos empreendimentos criativos; VII - subsidiar ações para promover bens e serviços criativos brasileiros em eventos nacionais e internacionais, em articulação com a Diretoria de Relações Internacionais; VIII - acompanhar a elaboração de tratados e convenções internacionais sobre economia criativa, em articulação com outros órgãos e organismos públicos e privados; IX - apoiar ações para intensificar intercâmbios técnicos e de gestão dos setores criativos com países estrangeiros; X - fomentar a identificação, criação e desenvolvimento de polos, cidades e territórios criativos para gerar e potencializar novos empreendimentos, trabalho e renda nos setores criativos; XI - articular e conduzir o mapeamento da economia criativa do Brasil para identificar vocações e oportunidades de desenvolvimento local e regional; XII - criar mecanismos de consolidação institucional de instrumentos regulatórios no setor da economia criativa; XIII - articular junto a órgãos públicos a inserção da temática da economia criativa nos seus âmbitos de atuação; XIV - subsidiar os demais órgãos do Ministério e entidades vinculadas na formulação de políticas para a promoção da economia criativa brasileira; XV - planejar, coordenar e executar ações para celebração e prestação de contas dos convênios, acordos e instrumentos congêneres, inclusive os que envolvam a transferência de recursos financeiros, no âmbito de sua área de atuação; e XVI - executar ações para celebração e prestação de contas dos convênios, acordos e instrumentos congêneres, que envolvam transferência de recursos do Orçamento Geral da União, no âmbito de sua área de atuação. (BRASIL. Decreto 7.743/12. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislacao>>. Acesso em: 09 out. 2012).

²⁴ “A delimitação do campo da economia cultural. Restrita durante muito tempo ao campo da arte, segundo a tradição anglo-saxã, a economia da cultura ignorou as indústrias culturais, por considerar que essas fariam parte da economia industrial. No entanto, os vínculos entre as indústrias culturais e as artes ao vivo ou as belas-artes são mais fortes do que se acredita. O papel de vitrine promocional que o espetáculo ao vivo representa para a música gravada, os produtos industriais, tudo isso milita em favor de colocar as indústrias culturais, o cinema, a edição de livros e a gravação de discos no campo da economia da cultura.” (BENHAMOU, Françoise. *A economia da cultura*. Cutia: Ateliê Editorial, 2007. p. 18-19).

A importância da cultura para o desenvolvimento tem sido cada vez mais reconhecida²⁵. No caso brasileiro optou-se por um enfoque claramente cultural. O plano informa que os setores criativos não são apenas aqueles tipicamente culturais, “compreendendo outras expressões ou atividades relacionadas às novas mídias, à indústria de conteúdos, ao design, à arquitetura entre outros”, de modo que os setores culturais estariam compreendidos no gênero setores criativos.

Apesar dessa ressalva, não é o que se observa no plano, cujo predomínio quase absoluto dos setores culturais está claro, vez que a mencionada ampliação contempla “setores de base cultural, com um viés de aplicabilidade funcional”. Logo, dita exceção aos setores culturais refere-se aos já citados setores da moda, design e arquitetura, e também aos setores da arte digital e da gestão/produção cultural, sendo que, ainda assim, todos esses foram qualificados como setores no campo das Criações Culturais e Funcionais (Apêndice I). Ou seja, de um total de 20 setores criativos, divididos no plano em 4 grandes categorias culturais, apenas 5 setores ligados à categoria das *criações culturais e funcionais* não teriam natureza, essencialmente, cultural.

Portanto, o plano elaborado para a economia criativa brasileira concebe o desenvolvimento a partir de entidades, predominantemente, culturais, para assim reafirmar o diferencial brasileiro. A sua abrangência foi feita com base em escolhas destinadas a valorizar a diversidade e a riqueza cultural nacional como fonte de desenvolvimento da nova economia.

Ocorre que esse distanciamento de outros setores criativos também importantes para o desenvolvimento nacional, tende a restringir as políticas de estímulo da Secretaria da Economia Criativa às criatividades culturais. Entende-se que outros setores criativos poderiam ser abrangidos pelo plano, como, por exemplo, o setor de desenvolvimento de conteúdos, com destaque para a realidade do *software*.

No que toca os princípios norteadores das ações para o desenvolvimento da econômica criativa brasileira, o plano da SEC-MinC adota:

²⁵ “Um número cada vez maior de estudiosos, jornalistas, políticos e profissionais do desenvolvimento está se concentrando no papel dos valores e das atitudes culturais como estímulos ou obstáculos ao progresso. [...]. Os estudos culturais e a ênfase na cultura nas ciências sociais predominavam nas décadas de 1940 e 1950. Depois, o interesse diminuiu. Mas um renascimento dos estudos culturais ocorreu nos últimos 15 anos, e está caminhando para a enunciação de um novo paradigma, com base na cultura, de desenvolvimento e progresso humano.” (HUNTINGTON, Samuel P. A importância das culturas. In: HARRISON, Lawrence E.; HUNTINGTON, Samuel P. *A cultura importa*. Rio de Janeiro: Record, 2002. p. 22).

- a) **Diversidade cultural:** esse princípio representa a escolha do governo em destacar a proteção e a valorização das expressões culturais nacionais como forma de valorizar o diferencial presente na riquíssima cultura brasileira, e, ao mesmo tempo, garantir e estimular a originalidade tão cara ao desenvolvimento do setor cultural. A diversidade cultural também é determinante nos comportamentos baseados em valores e atitudes de um povo, pois tende a estimular o surgimento de ambientes propícios à criatividade. Em todas as suas dimensões, seja como recurso social ou ativo econômico, a diversidade cultural é vista como uma alternativa para o desenvolvimento nacional.
- b) **Sustentabilidade:** esse princípio encarta o desenvolvimento sustentável, um desenvolvimento que respeite os interesses das gerações presentes e futuras em todos os seus elementos (social, cultural, ambiental e econômico). A sustentabilidade a partir da gestão da criatividade tende a beneficiar as próprias empresas, ao proporcionar um ambiente mais humano e consciente, comprometido com o mundo e com as pessoas.
- c) **Inovação:** a inovação é entendida como um produto da criatividade humana. Indica uma complexidade de elementos e dimensões. Para alcançá-la não basta apenas conhecimento e informação, é necessária também a presença do diferencial criativo responsável oferecer novos olhares e soluções, para desenvolver produtos com valor agregado. Inovar, esse é o diferencial que se busca e que é valorizado para agregar ao conhecimento o novo, é o criar, é o ser criativo;
- d) **Inclusão social:** a realização deste princípio objetiva a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, CF) formada por cidadãos socialmente incluídos. A chave para tanto pode estar na educação, pois a partir dela proporciona-se a liberdade (cultural e produtiva) inclusiva. A liberdade pelo conhecimento abre portas e cria oportunidades. A educação que ora se defende não é aquela padronizada para as massas, ela deve buscar entender as particularidade e desenvolver os potenciais de cada indivíduo, não pode se preocupar em fornecer cérebros para as Universidades ou mão de obra para o mercado. Outra prerrogativa para inclusão que encontra identidade com a dignidade e a cidadania é o acesso aos bens culturais, a partir desse direito garante-se às pessoas desenvolvimento humano e inclusão sociocultural. Não

se pode esquecer também do fenômeno da inclusão digital, que até certo ponto pode ser vista como sinônimo de inclusão digital, quando verificada a crescente dependência das pessoas ao ambiente virtual e às ferramentas digitais.

Esses princípios buscam traçar um norte para o desenvolvimento das políticas da SEC. Certamente muitos outros elementos devem ser considerados para tornar a economia criativa uma realidade amparada pelo Poder Público, e esse entendimento sobre a complexidade de cada atividade que compõe os setores criativos precisa estar clara para os administradores públicos responsáveis por executar o “Plano Brasil Criativo”.

É preciso ser críticos para não importar modelos inaplicáveis à realidade brasileira e para não confundir economia Criativa com mercantilização da cultura, visão que num futuro próximo poderia justificar o aumento da proteção da criatividade.

Para que isso não ocorra, deve-se diagnosticar os potenciais criativos e as fragilidades a serem atacadas; deve-se entender as realidades de cada região do Brasil para assim conciliar incentivos às particularidades dos setores criativos culturais e industriais, pensando incentivos para os agentes que tenham potencial econômico e que possam se desenvolver frente à realidade da economia nacional e mundial.

Não falta potencial em vista da diversidade cultural, do empreendedorismo e da reconhecida criatividade do povo brasileiro. Os novos tempos são para todas as nações e o Brasil deve navegar nesses ventos de oportunidades, encarando os novos desafios com Políticas Públicas de incentivo e com a construção de um marco legal comprometido com a criatividade.

O Brasil Criativo precisa acontecer, é esperado não apenas pelos brasileiros, mas pela comunidade internacional que anseia por novos modelos. Essa contribuição inspiradora poderá vir através de planos que valorizem as riquezas culturais e promovam a exuberância de nossos mananciais criativos, somente assim será possível consolidar o protagonismo brasileiro.

4 OS DIREITOS AUTORAIS COMO UMA PERSPECTIVA PARA O DESENVOLVIMENTO DA ECONOMIA CRIATIVA

A atual Lei dos Direitos Autorais (LDA) ainda conserva a feição privatista idealizada pelo modelo industrial, ao manter princípios da cultura liberal nascidos com a Revolução Burguesa. Nos séculos XVIII e XIX a pro-

priedade era concebida como um direito absoluto, uma vez reconhecida nada a atingia, a tutela legal tendia para o individualismo, e os interesses privados prevaleciam em detrimento do público.

A propriedade contemporânea, diferente do caráter idealizado pela ordem liberal, deve atender as atuais limitações incidentes sobre o direito de propriedade, a exemplo do tratamento como um direito relativo – noção vinculada à de “abuso de direito” –, das restrições ao direito de domínio – sujeição dos bens privados ao interesse público –, e observância a uma funcionalização – função social da propriedade.

Essa mudança paradigmática que contrapõe as novas forças à visão industrial de escassez artificial em matéria de direitos intelectuais deve construir um modelo pautado na abundância, na fartura e no acesso à cultura e ao conhecimento. Pois somente a partir de um ambiente multicultural aberto, continuamente alimentado por novos saberes é possível surgir uma rede social fértil à criatividade, e, conseqüentemente, para o desenvolvimento.

Contudo, tanto a noção relativista, como o esperado modelo de diversidade criativa não encontram correspondência na atual concepção dos direitos autorais, que mantém os resquícios dos padrões restritivos do modelo industrial. Como resposta aos anseios da atual sociedade está colocado o desafio do marco legal da economia criativa para perceber a realidade monopolística e de soberania do autor sobre a cultura, realidade prejudicial à diversidade cultural, ao acesso dos bens culturais, ao surgimento de novas manifestações criativas e ao desenvolvimento.

Na realidade informacional a tutela legal da criatividade precisa garantir às pessoas o acesso a um ambiente profícuo de ideias para assim estimular o surgimento de novos saberes – no entendimento de que a diversidade gera novas criatividades – e com eles a promoção do desenvolvimento, no seio do que se convencionou chamar de economia criativa, um modelo econômico transversal, imaterial, de valor agregado e centrado nas pessoas. Por isso a importância dos direitos autorais para o acesso à cultura, à diversidade, à informação e ao conhecimento.

Essa tutela da criatividade passa pelo reconhecimento da economia criativa como uma nova ordem com valores e padrões próprios. Aos olhos da nova economia se mostra relevante o papel da cultura e das tecnologias da informação, mas não apenas isso, seu potencial está antes de tudo na realidade informacional que explora a criatividade de uma forma aberta,

socializável e com viés público, para atingir e revolucionar toda a estrutura social e de mercado do século XXI.

Na nova economia, os direitos intelectuais, especialmente os direitos autorais, clamam por especial atenção na criação de um marco legal. Como parte da agenda de prioridades do legislador pátrio está a superação da concepção liberal-patrimonialista e seu ajuste aos anseios da sociedade informacional. Por isso a particularidade dos direitos autorais deve colocar em pauta na reforma da LDA a garantia do viés público, a partir do direito ao desenvolvimento, do acesso à cultura e da compreensão de sua funcionalidade socioeconômica.

Hoje muito do que parece razoável, aos olhos dos direitos autorais é ilegal. É por isso que se entende urgente a reforma da LDA, não apenas ampliando as limitações dos direitos autorais, mas para trazer à realidade uma legislação compatível com a vida social da informação, pois “a informação quer ser livre”²⁶. Livre não é sinônimo de gratuito, livre não significa deixar de respeitar o criador ou de valorizar a criatividade, livre é equilibrar o interesse do autor e o interesse público, é incentivar o surgimento de novas criações e garantir a exploração da obra para o justo retorno econômico, é garantir o acesso e a socialização da cultura, da informação e do conhecimento.

A visão da ordem liberal ainda presente na LDA é incompatível com os dias atuais, em que o relativismo e a harmonização de direitos estão no seio do pacto social. Na Constituição a funcionalidade social é alçada à condição de garantia fundamental, ocupando posição de destaque no artigo 5º, XXIII, e, como princípio da ordem econômica no artigo 170, III, condicionando o exercício das atividades econômicas à sua realização.

A Constituição também dedicou atenção especial ao direito de acesso à cultura e à proteção do patrimônio cultural brasileiro. O legislador originário conferiu, expressamente, ao Estado o dever de proteger todo tipo de manifestação cultural legitimamente tupiniquim, tutelando no § 1º, do artigo 215, as “manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”²⁷.

²⁶ “A informação quer ser livre” é uma frase atribuída a Stewart Brand. (BRAND, Stewart. ‘Keep designing’: How the information economy is being created and shaped by the hacker ethic. *Whole Earth Review*, 44-55, May 1985: p. 49).

²⁷ **Art. 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

Apesar do acesso à cultura não constar expressamente no artigo 5º, sua qualidade de direito fundamental não é desconsiderada. A partir de uma leitura atenta da Constituição verifica-se que foi reservada uma seção específica “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” (*caput*, art. 215). É possível ir mais além e afirmar que os ditames da ordem da cultura colocam o espírito da LDA numa situação de inconstitucionalidade, pois, ainda que a proteção autoral esteja no artigo 5º, o direito fundamental de acesso à cultura previsto no artigo 215 é, hierarquicamente, superior e determina a abertura combatida – não recebida – pela LDA.

O reconhecimento social não pode ser base para garantir apenas aos autores o justo retorno financeiro das obras, no sentido de que demonstrado o interesse da sociedade pela obra ao autor é garantido o direito de explorá-la sem compromisso social. Tal reconhecimento deve repercutir para muito além do que isso, ele vê na obra o seu valor social, vê o potencial de contribuição para a coletividade, e é esse espírito do público que o legislador precisa difundir. É o que a sociedade espera, o reconhecimento da importância individual e coletiva das obras.

Com base nesse entendimento e diante de uma realidade difícil de negar, o desafio presente é encontrar o equilíbrio necessário entre o direito do criador e o interesse público relativo aos bens intelectuais, sobretudo se considerada a restrição à concorrência das obras autorais como um monopólio lesivo ao desenvolvimento que ignora o seu valor social.

Para encontrar o ponto de equilíbrio entre o interesse público e privado no tratamento dos direitos autorais a problemática do direito à cultura, ligado ao desenvolvimento individual e coletivo das pessoas, e da função social são temas centrais, este último não pode ser visto como um princípio estanque de reconhecimento ou sugestivo de condutas individuais, ao contrário, como um preceito que zela por resultados positivos – uso produtivo – em benefício do social, e que combate os abusos do poder econômico.

Com base nessas premissas, a construção do marco legal, sob a perspectiva dos direitos autorais, é vista como imprescindível ao estímulo dos setores criativos, e à possibilidade de direcionar os agentes econômicos

culturais. § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

em prol da geração de produtos e iniciativas criativas sustentáveis, socialmente responsáveis e comprometidas com o desenvolvimento e o bem estar humano.

Portanto, a importância da construção de um marco legal da nova economia em matéria de direitos autorais apresenta-se como um projeto nacional de incentivo ao potencial criativo, à defesa de direitos fundamentais como o acesso à cultura e ao conhecimento em prol do desenvolvimento social, econômico, cultural e humano.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O surgimento histórico dos direitos autorais até pode ser explicado pela tutela de interesses econômicos, mas esse fundamento individualista não mais se justifica. Atualmente a sociedade reclama por garantias à coletividade. E por isso o interesse público nas criações se sobrepõe aos interesses particulares. A preservação da cultura, a construção do conhecimento e o desenvolvimento humano hoje, mais do nunca, dependem do acesso às obras autorais.

A cultura, o conhecimento e a informação são ferramentas inclusivas e libertárias. A revolução que se vivencia é democrática, anárquica e baseada na diversidade, é formada por um número indefinido de vozes e ideologias, e compreende um movimento que converge para a liberdade como prerrogativa de duas direções, a de expressão e a do acesso.

A revolução em curso não depende do poderio bélico, é feita individualmente por pessoas e grupos que de forma individual e coletiva constroem uma nova forma de viver e pensar a sociedade. Nela as conquistas não são territoriais, baseiam-se nas ideias, e por isso é uma revolução democrática pautada em capital intelectual e criativo.

Partindo dessa ideia é conclusivo que a atual LDA é uma ilha privatista fortificada contra o interesse público, carecedora de uma ampla reforma legislativa. Se a nova economia é criativa, para o seu estímulo é fundamental viabilizar o acesso às criatividades existentes e promover o surgimento de novas. Por tal motivo o desenvolvimento da economia criativa depende de uma reforma dos direitos autorais pautada em princípios democráticos que fundamentam a abertura, a promoção da diversidade e a garantia da liberdade de expressão e de acesso à cultura.

Com base nessas perspectivas, a reforma da LDA é vista também como uma saída para estimular a economia criativa brasileira e realizar os princípios norteadores definidos pela SEC-MinC. A partir de uma LDA mais aberta e em consonância com o público, o governo em suas políticas de estímulo poderá exigir como contrapartida dos agentes econômicos o desenvolvimento de produtos e iniciativas criativas que sejam sustentáveis e comprometidas com o desenvolvimento e o bem estar das pessoas.

O estudo que relaciona os direitos autorais com o desenvolvimento da economia criativa parte dessa premissa, reconhece primeiro o estado de calamidade em que se encontra a legislação dos direitos autorais, a desarmonia com a realidade social e o atraso frente ao público, para, a partir de então, planejar o futuro que se deseja.

Essa concepção de uma sociedade em rede pautada na liberdade informacional é a chave para as transformações em todas as dimensões. A nova economia é de pessoas e para as pessoas, é da cultura, do *software* e de produtos e serviços com valor criativo agregado, não mais das máquinas, do *hardware* e das *commodities*. Essa ideia precisa ser perseguida pelos governantes, a importância de construir o “Brasil Criativo” para o povo brasileiro, e para isso o papel dos direitos autorais é determinante, inclusive, como um fator de desenvolvimento da economia criativa.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da internet e da sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BELL, Daniel. *O advento da sociedade pós-industrial: uma tentativa de previsão*. Trad. Heloysa de Lima Dantas. São Paulo: Cultrix, 1973.

BENHAMOU, Françoise. *A economia da cultura*. Cutia: Ateliê Editorial, 2007.

BRASIL. Ministério da Cultura. *Plano da Secretaria da Economia Criativa: políticas, diretrizes e ações, 2011-2014*. Brasília, Ministério da Cultura, 2011. CHIAVENATO, Idalberto. *Administração geral e pública*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do futuro*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001.

Dicionário de Economia. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

DRUCKER, Peter F. *Uma era de descontinuidade*. São Paulo: Círculo do Livro, 1969.

FURTADO, Celso. *Criatividade e dependência na civilização industrial*. São Paulo: Companhia da Letras, 2008.

HUNTINGTON, Samuel P. A importância das culturas. In: HARRISON, Lawrence E.; HUNTINGTON, Samuel P. *A cultura importa*. Rio de Janeiro: Record, 2002.

KUMAR, Krishan. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

LÉVY, Pierre. *A inteligência coletiva: por uma antropologia do ciberespaço*. 3. ed. Trad. Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Loyola, 2000.

NUSDEO, Fábio. Desenvolvimento econômico: um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.

STEWART, Thomas A. *Capital intelectual*. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

RELATÓRIOS E PERIÓDICOS:

Creative Economy & Industries, newsletter 3, 2006.

Folha de S. Paulo. Reportagem de Luciana Coelho, de Washington. Matéria publicada em 20/09/2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/1156296-eua-tem-projeto-para-impedir-fuga-de-cerebros-estrangeiros.shtml>>. Acesso em: 29 out. 2012.

INTERBRAND, Best Global Brands Report – 2012, publicado em 02/10/2012. Disponível em: <www.interbrand.com/en/best-global-brands/2012/downloads.aspx>. Acesso em: 29 out. 2012. UNCTAD. Creative Industries and Development-XI, 2004.

UNCTAD. The Creative Economy Report, 2010.

WIPO–PCT. Patent Cooperation Treaty, 2012.

POLÍTICAS PÚBLICAS: MERCADO E DESENVOLVIMENTO NOVOS MODELOS / POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCENTIVOS / PAPEL ESTRATÉGICO DOS SETORES CRIATIVOS

Karin Grau-Kuntz

Doutora em Direito - Ludwig Maximilian Universität (2005) e Mestre em Direito - Ludwig Maximilian Universität (1996). Coordenadora acadêmica e pesquisadora na Alemanha (Estudos Europeus) do Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual.

Nesta ocasião tratarei das políticas públicas de incentivos voltadas ao setor (verdadeiramente) criativo, isto é, das políticas públicas destinadas a incentivar ou apoiar o trabalho realizado pelos autores.

Destaco, desde já, empregar aqui o termo autor/autores de forma ampla, abrangendo também a categoria de intérpretes, tradutores etc.

Nem sempre – e talvez até mesmo na maioria das vezes – os discursos vinculados ao tema direito de autor não têm por objeto – infelizmente – o próprio autor, i.e. o sujeito criativo nas relações de direito de autor, mas antes estão centradas nos problemas da indústria que explora o trabalho criativo dos autores.

Este deslocamento do objeto de discussão (e preocupação) – afinal a referência é a direito *de* autor – torna-se ainda mais evidente nos momentos em que o avanço tecnológico coloca em risco ou torna obsoletos os modelos de negócios já assentados.

A situação aqui é paradoxal. Por um lado, o toque de marcha do mercado moderno é fornecido pela renovação tecnológica constante. Como sabemos, os produtos oferecidos ao mercado têm vida breve, *i.e.* tornam-se rapidamente obsoletos do ponto de vista técnico. Por sua vez, a mecânica de constante renovação tecnológica pressupõe uma acentuada disposição de consumo.

Na outra banda temos a indústria exploradora do trabalho criativo alheio que, assentada em seus modelos de negócios tradicionais espera dos consumidores das novas tecnologias que não as utilizem privadamente (por exemplo, proibindo a cópia privada).

Nesta situação o consumidor ideal é aquele do tipo “marionete”: ele deve consumir desenfreadamente todo o tipo de novas tecnologias introduzidas no mercado, fomentando assim a economia nacional – eu lembro que a economia de mercado sem consumo não é viável, mas deve, concomitantemente, abster-se de lançar mão das funcionalidades técnicas que estas tecnologias oferecem, de forma a não colocar em risco a posição confortável da indústria de exploração do trabalho criativo alheio.

Em outras palavras – e tendo por escopo um modelo baseado na compreensão dinâmica dos mercados (do capitalismo), onde o desenvolvimento de formas produtivas como estratégia para a centralização e acumulação do capital representa um fator potencializador do progresso técnico (inovação) que, por sua vez, modifica as estruturas existentes criando novas ondas de desenvolvimento (destruição criativa)¹ – se por um lado o desejo é que os mercados funcionem ao toque da inovação (o consumo gera bem-estar social), a indústria de exploração do trabalho criativo de terceiros, em outra banda, clama, empunhando a bandeira do direito de autor, ser poupada das forças da destruição criativa.

A afirmação de que o direito de autor não desponta focado no sujeito criativo não deve causar surpresa. Aqueles que já se ocuparam mesmo que superficialmente com o processo de formação do instituto jurídico conhecem as razões que a sustentam.

Mas insistindo nela, e agora apresentando dados estatísticos, informo que a renda média bruta dos sujeitos autônomos que exerceram atividades criativas (que aqui denomino de forma geral como autores) na Alemanha no ano de 2011 girou em torno de 14.000 Euros², renda que, como restará esclarecido ao fim desta exposição, significa um atestado de pobreza a este setor profissional.

Na contramão, indico alguns números das estatísticas relacionadas ao movimento econômico das indústrias de direitos autorais na Alemanha:

¹ Refiro-me aqui ao modelo de Schumpeter.

² Este valor, e muitos outros dados estatísticos estão listados na página eletrônica da Künstler-sozialkasse: Disponível em: <<http://www.kuenstlersozialkasse.de/wDeutsch/kuenstlersozialkasse/index.php?navanchor=1010002>>

indústria de software – 16,9 bilhões de euros em 2006; editoras de livros e periódicos – cada uma delas ca. 9 bilhões de euros em 2006; indústria cinematográfica – ca. 2 bilhões de euros; indústria fonográfica – 1,7 bilhões de euros³.

A disparidade entre os valores apresentando não podia ser mais evidente.

Ao lado do consumidor “marionete”, que deve consumir suportando controle no uso (privado) das possibilidades tecnológicas, e a despeito daqueles autores famosos, uma minoria que não se enquadra nas estatísticas acima apresentadas e que aderem a movimentos que defendem o poupar a indústria de direitos de autor da destruição criativa no mercado, são os autores em geral, sujeitos criativos que alimentam a indústria mencionada, os grandes perdedores nas relações econômicas reguladas pelo “direito de autor”.

A crítica não deve ser compreendida no sentido de um ataque global a indústria de direitos de autor. Em momento algum estou a negar sua importância econômica. Pelo contrário, a repreensão tem por objeto específico um comportamento “anticompetitivo”, no sentido do interesse em ser parte do mercado quando a participação é vantajosa – leia-se no momento em que é possível e legítimo alcançar nos mercados grandes quantias com a exploração do trabalho criativo de terceiros, mas na recusa em aceitar estar sujeito às forças naturais do mercado quando se trata de se curvar frente as forças da destruição criativa.

Se a economia de mercado tem como legítimo que um agente enriqueça às custas do trabalho de terceiros, por outro lado ela não alimenta consideração especial alguma com os agentes econômicos individuais; sua dinâmica alimenta um processo de seleção “natural” pelo sistema da inovação e destruição criativa. Em outras palavras, quem sai na chuva, mesmo que vendendo guarda-chuvas, tem de ter em conta o risco de acabar molhado.

Feita a introdução, que julguei necessária, cabe agora tratar das políticas públicas de incentivos que, por razões evidentes, devem estar focadas no autor, posto ser ele, como o dado estatístico acima bem apontou, o elo mais fraco nas relações econômicas travadas a partir do trabalho criativo.

³ Disponível em: <<http://www.bpb.de/gesellschaft/medien/urheberrecht/63404/urheber-rechts-industrien-in-deutschland>>

A indústria de direitos de autores é alimentada com os trabalhos criativos dos autores. Nesse sentido, sem fazer descaso de seu valor estético ou ideal, destaco aqui o valor econômico do trabalho intelectual daqueles. Cabe então analisar a forma como os autores atuam economicamente no mercado.

As informações estatísticas que apresento a seguir referem-se à realidade alemã. Lanço mão dos dados estrangeiros não só pelo fato de ter fácil acesso a eles, mas especialmente porque pretendo trazer como exemplo um aspecto do modelo alemão de incentivo à produção criativa do autor, como uma forma possível de aplicação de políticas públicas.

Pois bem, o autor atua no mercado ou como empregado de alguém, ou em seu próprio nome. Quando em seu próprio nome ele exercerá atividade econômica como autônomo, devendo cumprir, na Alemanha, com o pagamento dos encargos do sistema de seguridade social, isto é, seguro saúde, seguro para a hipótese de invalidez etc. e ainda com o pagamento de impostos.

No que toca aos impostos a serem pagos não há diferença de tratamento legal entre os autônomos em geral e autor autônomo. Outra, porém, é a situação dos autores autônomos em relação aos outros profissionais autônomos no que toca o pagamento dos encargos de seguridade social.

Os trabalhadores em relação de emprego são onerados todos os meses, descontados diretamente da folha de pagamento, com a metade dos custos de seguridade social, enquanto o empregador assume o pagamento da outra metade (sistema “meio a meio”).

Um autônomo comum, isto é, no contexto desta palestra aquele que não atue como autor, deve pagar mensalmente o valor integral do seguro saúde, cujo valor, como também no caso dos empregados, é variável de acordo com o montante de renda.

Autores autônomos, por sua vez, *quando vivem apenas da produção criativa*, gozam de uma situação especial, porque são considerados pelo legislador alemão como integrantes de uma classe profissional que necessita de proteção especial.

Por meio da Lei de Seguridade Social dos Artistas, que cria um Sistema que leva o mesmo nome (Sistema de Seguridade Social dos Artistas - *Künstlersozialkasse*), o legislador alemão criou, então, um sistema onde

autores autônomos só devem a metade dos encargos obrigatórios voltados à segurança social. A outra metade é financiada pelo governo (um terço) e pela chamada *Künstlersozialabgabe*, isto é, por um imposto social artístico (abarcando dois terços), que é devido por todos os agentes econômicos que vivam da exploração do trabalho criativo dos autores, com exceção daqueles que contratem este tipo de serviço autônomo até três vezes por ano.

A contratação de trabalhos de autores autônomos até três vezes no ano serve, assim, como o critério para a determinação do que se deve entender como exercício de atividade econômica que envolva a exploração do trabalho criativo alheio.

A lei mencionada trata dos autores autônomos como se fossem empregados e, em uma relação simbiótica, obriga os agentes econômicos que vivem da exploração dos direitos de autor (editoras, galeristas, indústria de fonogramas etc.) a assumirem uma parte da responsabilidade social em relação a eles, como se empregadores fossem.

Por sua vez o imposto social artístico é calculado com base nos honorários pagos aos autores autônomos no ano anterior. Por esta razão a Lei obriga aos agentes econômicos que exploram o trabalho criativo dos autores a pagarem honorários também aos autores não assegurados pelo Sistema mencionado, bem como aos autores estrangeiros.

É interessante notar que este modelo solidário vigora na Alemanha desde de 1983, quando os efeitos da “revolução” tecnológica e a passagem para a economia da informação ainda eram incipientes. Na verdade, o que justificou a introdução do modelo foram considerações de natureza político-sociais: os resultados de um estudo datado de 1975 indicaram no sentido de que a grande parte dos autores não tinha condições de arcar com os custos de seguridade social.

O sistema alemão nem de longe é perfeito ou suficiente para corrigir as distorções no setor. Ele não oferece, por exemplo, um seguro desemprego nos moldes solidários, isto é, financiado pelas duas partes envolvidas na cadeia econômica. Ademais, se passados alguns anos um autor autônomo não puder comprovar um saldo positivo na sua contabilidade, ele perderá seu status de autônomo, deixando de gozar das vantagens do sistema descrito.

Mas apesar disto ele não deixa de exprimir uma preocupação *social* com a categoria dos autores, que frente aos números acima apresentados é

sem dúvida justificável e ainda, de modo geral, indicar interesse no incentivo à produção cultural.

É ainda importante destacar que o exemplo oferecido traduz apenas uma entre outras medidas públicas de fomento da atividade criativa na Alemanha. O sistema jurídico alemão, por exemplo, fornece uma medida de cálculo vinculante para garantir uma remuneração justa aos autores, entre outros incentivos na formação profissional de autores (música, por exemplo).

Vou encerrando esta exposição retomando o valor bruto de 14.000 Euros anuais que as estatísticas apontaram como a renda média dos 175.000 autores assegurados no ano de 2011.⁴ Peço aos senhores considerarem o resultado desta quantia quando dividida pelos dozes meses do ano. Sobre o resultado desta divisão noto a incidência 19% referente a imposto sobre negócios e, ainda, de um segundo percentual variável relativo a imposto sobre a renda além, evidentemente, da parte devida ao Sistema de Segurança Social dos Artistas, cujo valor mínimo é de ca. 80 euros⁵.

Ao resultado desta conta – que de tão vil prefiro não mencionar –contraponho, de um lado, o patamar de renda abaixo de 940,- euros por mês como indicador da faixa de pobreza na Alemanha e, por outro lado, o número crescente, em um país que praticamente não se desenvolve demograficamente, de assegurados no Sistema de Seguridade Social dos Artistas⁶ e, por fim e especialmente, relembro os valores assombrosos que envolvem as atividades das indústrias de direito de autor acima indicados.

Este complexo de informações contraponho, então, ao contexto discursivo do direito de autor e concluo: enquanto a média dos autores alemães, mesmo e apesar da adoção de uma política pública de incentivos, vive abaixo do limite da pobreza, as indústrias de exploração do trabalho criativo alheio se autoencenam em uma ofensiva levada a cabo *em nome*

⁴ Esse o número de assegurados pelo sistema especial alemão, não inclusos nesta cifra os autores e artistas que exercem a atividade criativa como hobby ou que concomitantemente mantêm uma outra relação de emprego.

⁵ O valor mínimo de pagamento monta 31,85 Euros para o seguro aposentadoria; 35,88 Euros para o seguro saúde; 4, 27 Euros (se o assegurado tem um filho) para o seguro de invalidez. Fonte: <http://www.kuenstlersozialkasse.de>

⁶ Em 2000 o número de assegurados estava em torno de 120.000, em 2011 superou a margem dos 175.000. Fonte: <http://www.kuenstlersozialkasse.de>

dos direitos (de quem?) dos autores (!), ofensiva que, na verdade (não é segredo algum) está voltada ao desejo de, contra as forças naturais do mercado, garantir a perpetuação de modelos de negócios obsoletos (o que por si só já é ruim), fontes de altos lucros que, evidentemente (e isto é o mais dramático) nem em uma mínima fração vêm sendo repassados aos verdadeiros produtores do trabalho criativo.

Creio ser muito importante termos consciência desta disparidade absurda.

Talvez, ao invés de investir tanta energia em discutir o direito de autor, seja hora de focarmos nossos esforços em outra direção, qual seja no desenvolvimento de proposição de mecanismos de proteção para uma classe de sujeitos que, apesar do que parece sugerir a denominação, não está sendo devidamente protegida pelo instituto jurídico do direito de autor, qual seja a classe dos autores.

A CIRCULARIDADE CULTURAL E O PAPEL DO ESTADO COMO FOMENTADOR E PROTETOR DO DESENVOLVIMENTO DA CULTURA¹

Victor Gameiro Drummond

Doutorando em Direito pela UNESA. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Professor universitário. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

O texto trata da importância da compreensão do acesso à cultura como direito fundamental e da necessidade de haver uma política de desenvolvimento cultural promovida pelo Estado.

O presente estudo tem como objetivo identificar os direitos inerentes à proteção da cultura no direito constitucional brasileiro e analisar o *locus* ocupado pelas diferentes aplicações de vertente protetiva da cultura no ambiente constitucional.

Para tanto, inicialmente é necessário apontar quais direitos relacionam-se, direta ou indiretamente com a cultura uma vez que falar-se em cultura estabelece uma linha ainda muito débil de definições.

Devem ser objeto de análise para a compreensão deste ambiente: a *proteção de direitos de acesso à cultura*; a *proteção constitucional da liberdade de expressão criativa*; a *proteção e garantia de proteção dos direitos de autor*; etc.

Cada uma destas categorias ou circunscrições jurídicas podem ocupar uma posição diferenciada no ambiente constitucional, com consequências diferenciadas e obrigações distintas por parte do Estado. A intenção deste estudo é facilitar a compreensão do universo inerente aos direitos culturais, ainda tão incipientemente explorado.

¹ A compreensão da circularidade cultural e o papel do Estado como fomentador e protetor do desenvolvimento da cultura.

Sabe-se porém, que a discussão dos elementos formadores da cultura não é nada nova. Em diversas atividades e áreas do conhecimento humano, a cultura recebe definições distintas. Em todas elas, porém, ao menos nos países de orientação democrática, parece haver uma certa unanimidade quanto ao fato de que o desenvolvimento das atividades culturais, não obstante uma participação da sociedade e do Estado, deve ser livre.

Ou seja, o “*fazer ou produzir cultura*” não pode estar moldado ou ser direcionado. Partindo deste paradigma, que parece ser efetivamente correto, é importante analisar se há obrigações do Estado para contribuição neste processo e, em caso positivo, analisar também as motivações que indiquem tais obrigações.

Dois fundamentos, porém, merecem ser salientados:

- 1 – Como se posicionam constitucionalmente os direitos implicados na proteção da cultura e mais precisamente, qual o ambiente de proteção destes no que tange aos direitos fundamentais;
- 2 – O modo por meio do qual o Estado pode contribuir para o desenvolvimento da cultura.

Nestes termos, é importante procurar analisar se os direitos culturais ocupam uma posição clara no ambiente dos direitos fundamentais.

2 BREVES INDICAÇÕES SOBRE A NATUREZA DA CULTURA

Não parece razoável propor discussões filosóficas sobre o que seria cultura para a apreciação deste breve estudo. Concomitantemente, parece razoável apontar, ainda que com a precisão terminológica somente possível, sem pretensões de esgotamento, a qual cultura se está referindo.

Há de se compreender, porém, que o conceito de cultura pode ser altamente indecifrável e para tanto, a (breve) indicação do que seja cultura, para os devidos efeitos do presente texto² comporta uma dupla vertente interpretativa, qual seja, a da cultura:

- como (1) a totalidade das manifestações sociais inerentes à existência e a representatividade de um povo e;

² E que, desde já se faz a ressalva quanto ao fato de que não se está procurando definir a cultura em si, mas delinear-la para os fins exigidos para este estudo.

- como (2) o conjunto de conhecimentos que possa ser formador das capacidades de desenvolvimento da(s) pessoa(s) e de sua personalidade.

Seja como representação de um povo, seja como elemento formador das capacidades/personalidades, a cultura representa algo de grande relevo, que é o **diálogo social**. A simples existência das manifestações culturais indica um ambiente de participação social, do qual participa, por um lado, quem “produz” cultura e do outro, quem “absorve” cultura.

Esta “produção” e “absorção” fazem parte de um processo cíclico, que ocorre no ambiente de potencialidades criativas e que conduzem aos dois fundamentos que, neste estudo, estão indicados como definições de cultura: **a representação de um povo** e a formação deste mesmo povo, em sua coletividade e em suas múltiplas individualidades (pela formação das capacidades e desenvolvimento das personalidades dos sujeitos implicados).

Cultura, porém, ainda assim pode ser vista sob muitos olhares e o que interessa a este estudo é a compreensão da cultura como elemento formado dor caráter coletivo de um povo, manifestado por meio de suas criações artístico-culturais³.

Por sua vez, as criações artístico-culturais ora referidas são aquelas que se manifestam sob a forma de música, literatura, cinema e audiovisual, teatro, artes plásticas, artes cibernéticas, moda, gastronomia, fotografia, arquitetura, patrimônio imaterial e todos os elementos que possam ser enquadrados no que se pode conceber como ambiente sociocultural relacionado às criações intelectuais. Serão todas enquadradas como elemento formador da representatividade de um povo e são manifestações culturais⁴. Obviamente que cultura, em um sentido mais amplo, é ainda mais do que isto, é toda e qualquer manifestação social referente aos seres humanos, mas é certo que este conceito ainda mais amplo não serve aos propósitos deste estudo.

³ A utilização da expressão criações artístico-culturais indica um fechamento semântico em relação à expressão manifestações culturais que também pode ser utilizada com maior abrangência significativa. Enquanto as criações se referem, ao fim e ao cabo, às obras artísticas (que podem ou não ser protegidas pelo direito de autor) a expressão manifestações culturais conduz a algo mais, considerando que muitas manifestações podem não ser criações em sentido estrito, ou seja, podem não exigir uma criatividade humana, exteriorização das ideias sob alguma forma perceptível aos sentidos e originalidade relativa. Ver também nota de rodapé 21.

⁴ Ver nota de rodapé anterior.

O propósito inicial do texto é identificar, portanto, a acepção do que é o ambiente cultural para os efeitos dos direitos culturais e as relações destes direitos com as possibilidades de representatividade de um povo e inserção do que se denomina círculo cultural.

3 DO CÍRCULO CULTURAL (E DA CIRCULARIDADE CULTURAL) E DO CONTEÚDO GENÉRICO DOS DIREITOS CULTURAIS

O que é se evidencia, portanto, é que o sujeito que “produz” cultura precisa ter à sua disposição condições jurídicas, estabelecidas num ambiente, inclusive, de política legislativa claramente definida, que permitam que a cultura seja “explorada”⁵ ao máximo possível (num sentido de possibilidade da criação potencialmente concebível).

Por outro lado, aquele que absorver a cultura inerente às criações artístico-culturais se beneficiará e fortalecerá a sedimentação de sua personalidade, pois, como indica Barreto, “o acesso ao conhecimento irá tornar o homem livre, pois será o ato mais revolucionário de toda a cultura humana”⁶.

Portanto, o receptor das criações artístico-culturais precisa ter à sua disposição as distintas manifestações culturais, seja (simplesmente) como destinatário, seja como um novo alimentador do processo cultural que, pode, eventualmente, redirecionar e reenviar os elementos recebidos no ambiente cultural⁷.

⁵ No sentido de divulgação, difusão, sem necessariamente a violação de direitos inerentes à proteção dos criadores de obras protegidas por direito de autor.

⁶ BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.13.

⁷ Vem se desenvolvendo com bastante profusão, especialmente nos Estados Unidos da América, teses de que o processo criativo deveria ser relativizado no que se refere à proteção pelos direitos de autor. As teses basicamente atribuem fundamentos muito mais presentes no âmbito econômico e da liberdade de acesso à cultura e liberdade de criação do que pontuações filosóficas. O autor norte americano Lewis Hyde, na sua obra *A dádiva* foge um pouco a esta regra, pois indica um posicionamento de ordem filosófica, afastando-se em sua tese, dos meros argumentos econômicos ou excessivamente libertários de outros autores, ainda que não estejamos de acordo com parte significativa de suas ideias. Em linhas gerais, o autor busca adequar a questão do que pode ser considerado como criação artística e que, esta criação deve circular socialmente como uma doação. Em algum sentido, o que é defendido pelo autor norte-americano é uma concepção de que deve estar intrínseca à criação o fato de que a circulação artística é (para dizer o mínimo) melhor se for promovida como a transmissão de uma dádiva que foi recebida e que, portanto, não poderia deixar de circular. Assim, parece indicar Hyde que, uma vez compreendido que um autor é um criador de uma

obra de arte, este deve permitir a sua circulação social pois esta somente pode criá-la por ter recebido, sob a forma de dádiva de um autor anteriormente alimentado por alguma(s) outra(s) criação(ões). Este círculo vicioso-virtuoso seria fundamental para a criação artística e estimulante para a possibilidade de novas criações. Melhor dizendo, em linhas gerais, defende o autor que somente desta forma haveria um novo processo criativo. Segundo Hyde, se a doação não se consumir, o espírito criador se consome (p. 230). O autor defende que somente pelo processo criativo pensado como uma doação poderia haver uma nova criação futura, como se todas as obras fossem, ao mesmo tempo, originárias e derivadas, fato que, do ponto de vista filosófico, não deixa de ser uma realidade, pois todas decorrem de alguma percepção anterior e serão, ao menos potencialmente, alimento para criações futuras. Nisto estamos de acordo. E afirma Hyde: A doação cria um espaço por onde flui uma nova energia. A alternativa é a petrificação, é o bloqueio da capacidade de criar”, “é como se a vida fosse impedida de fluir” (p. 231). A tese do autor, em alguma medida, surge desde os primórdios das discussões de direito de autor, considerando-se o fato de que parte significativa do que é criado decorre da criação dos sujeitos anteriores e que, portanto, até mesmo, não se justificaria uma proteção pela exclusividade inerente aos direitos de autor e direitos conexos. Claro que como se sabe, esta posição acaba sendo objeto de aplicação de diversos institutos de direitos de autor e conexos que tem como objetivo equilibrar a relação existente entre a proteção pela exclusividades (a mais ampla na propriedade intelectual) e a livre utilização pela sociedade, como é o caso do domínio público e das limitações de direitos de autor. Ocorre porém, que esta posição libertária, também verificada em autores como Lawrence Lessig e na doutrina dos creative commons parece ignorar que a criação pode se dar por motivações outras que não a criação pela criação. Ora, se Hyde entende que ao aceitar o que lhe é dado, o artista se sente compelido a criar uma obra e oferece-la ao público poder-se-ia interpretar que existem artistas que são doadores por natureza e outros que não o são? E como a obra se processa na mente criativa de cada um deles? E será que o não-doador, necessariamente será um “mal-criador”. Sua obra será, portanto, uma “má-criação” nas duas mais evidentes acepções que cabem ao caso em análise? Esta lógica para conduzir a uma divisão dual, em que haveria artistas mais “generosos” e que poderiam doar por receber, e haveria outros “menos generosos” conduziria a um problema bastante significativo: haveria obras que circulariam mais ou melhor do que outras por serem objeto do que o autor indica como doação? Ou as demais sequer seriam obras com a mesma qualidade? Isto não seria o mesmo que se querer instituir um caráter e características humanas ao objeto criativo? Haveria uma obra egoísta na sua essência? Estas perguntas parecem todas estar colocadas pelas teses defendidas pelo autor, mas parece que estão todas sem respostas. Ainda que se compreenda, nas palavras do autor, que a dádiva (o dom) precisa ser mantida em movimento, uma criação que não seja doada não necessariamente deixará de influenciar outras criações ou deixará de fazer parte do círculo-virtuoso das influencias criativas, assim como um artista, que em sua vida particular se comporte como um canalha sem caráter não deixará de, por meio de suas obras, influenciar outras pessoas. Por mais que se compreenda que a circulação se dará de forma mais descompromissada e despreocupada, esta não é uma realidade que pode ser ampliada a toda e qualquer criação artística. Neste sentido, parece que não foi objeto do autor a análise do que definimos como o conteúdo filosófico do surgimento da obra de arte, compreendido no círculo hermenêutico, que denominamos círculo criativo. Em linhas gerais, porém, considerando que a obra A Dádiva foi escrita ainda nas décadas de 1970 e 1980, há certo pioneirismo ao compará-la com novos autores que se pretendem libertários em decorrência da nova moda nas análises do direito de autor, demasiadamente ideologizadas, em minha opinião, especialmente após o surgimento dos creative commons. Além de A dádiva de Lewis Hyde e das obras de Lawrence Lessig em geral, outros textos que apresentam um viés que pode também ser considerado excessivamente liberal, mas que merecem alguma atenção pelos estudos implementados ou por algumas teses apresentadas são: Copyrights and copywrongs, The rise of intellectual property and how it threatens creativity, de Siva Vaidhyanathan e The soul of creativity, forging a moral rights law for the United States de Roberta Rosenthal Wall.

Ou seja, no processo do ambiente potencial de criação, o criador é criador, mas também sempre é destinatário, e o destinatário, potencialmente, pode vir a ser criador, ainda que esta não seja necessariamente uma obrigação.

Esta conclusão, evidente e naturalmente perceptível do ponto de vista do surgimento natural dos processos de desenvolvimento de criações artístico-culturais, conduz à percepção de que há movimentos cíclicos na cultura e que merecem ser observados. Um deles se refere ao ambiente de criação artístico-cultural que se dá no processo da criação. Neste sentido, entendendo que há uma similaridade entre o círculo hermenêutico presente nos fundamentos de hermenêutica contemporânea desenvolvidos por Schleiermacher, Dilthey, Heidegger e Gadamer e o *locus* no qual se opera o processo de criação artística, o qual denomino círculo criativo e, ao seu movimento denominamos circularidade criativa⁸.

Por outro lado, há também um ambiente circular de criação-recepção de cultura no âmbito social do qual participam todos os criadores (potenciais ou efetivos) e receptores/destinatários que, muitas vezes, necessitará de observação do Estado para o estabelecimento de políticas de desenvolvimento cultural.

⁸ O círculo hermenêutico pode ser compreendido como o locus onde se dá a criação, e, este locus, como se percebe, não é um vazio, um mundo das ideias platônico à espera de um criador-condutor de sua captura para dar vida à sua plenitude existencial. Por outro lado, este conceito circular e de complexidade filosófica pode (e deve) ser compreendido no âmbito da criação artística, visto que uma criação artística nunca é uma criação artística fora do contexto. A obra é parte de um todo. O todo que é o ambiente do qual ela surge, o qual representa a totalidade. Também o todo que é composto por todas as obras do artista que a criou. Igualmente do todo das criações artísticas postas antes dela mesma. Ela sempre se relaciona com seu criador, que por sua vez, igualmente compõe parte de um todo. E pela compreensão do fato do ser criativo encontrar-se num mundo posto, este já é influenciado pela percepção das criações artísticas já postas. A esta concepção do círculo hermenêutico no ambiente das criações artísticas nomeio como círculo criativo e o movimento inerente a este locus, circularidade criativa. O círculo hermenêutico, portanto, possibilita que a arte se manifeste, considerando-se seus antecedentes, em uma criação artística. O quanto desta criação deve ser atribuída ao autor é algo que não se pode mensurar no campo direito de autor sem a compreensão do círculo hermenêutico ora adaptado. E mesmo a origem da obra em si, não pode sofrer mensuração qualitativa considerando antecedentes sem a compreensão do círculo hermenêutico. A tarefa filosófica do direito de autor é dizer o quanto o criador pode e deve ser protegido em sua individualidade por ter trazido ao mundo perceptível dos sentidos algo que se plasmou sob a forma de uma criação artística. Neste sentido, entendo que o que está posto como antecedente à criação concretizada no círculo hermenêutico exige, de fato, um retorno a seu lugar de origem, considerando a possibilidade de circularidade. Isto, porém, não pode ser visto sob o olhar econômico ou do direito sem apreciação da compreensão filosófica deste olhar do momento e do locus da criação.

Este ambiente, denominado **círculo cultural**, no qual se opera a **circularidade cultural**, pretende que todas as potencialidades culturais sejam livremente circulantes e que possam fomentar ao máximo as potencialidades de desenvolvimento cultural e representação de um povo, ao mesmo tempo em que servem como fundamento de desenvolvimento social e educacional.

Neste aspecto, é de suma importância compreender (e apontar) a função que deverá ser exercida pelo Estado no fenômeno da **circularidade cultural** e também é fundamental compreender qual a natureza dos direitos fundamentais em questão e como se deverá proceder numa política legislativa eficiente para o setor.

Neste momento, cabe compreender que há uma dupla vertente de proteção dos direitos culturais: enquanto uma primeira vertente de proteção se dá num ambiente de **garantia de (acesso aos) direitos culturais** (e inclusive pela difusão e divulgação de criações artístico-culturais) e de liberdade criativa, a segunda ocorre pela **proteção das criações artístico-culturais**⁹.

Ou seja, o Estado deve, concomitantemente garantir e permitir, no tocante às liberdades: 1 – liberdade de criação cultural; 2 – liberdade de acesso à cultura. Por outro lado, deve haver garantia da proteção das criações artístico-culturais (fundamentada pela proteção pelo direito de autor). Esta primeira análise, aparentemente, localiza os direitos culturais no ambiente dos direitos fundamentais de 1ª geração, uma vez tratando-se de proteger as liberdades inerentes à cultura¹⁰ e, por outro lado, o próprio desenvolvimento protetivo dos direitos de autor¹¹.

Delineando um pouco estes aspectos, e sob uma outra ótica, Jorge Miranda estabelece uma distinção entre a “Constituição cultural objectiva – a referente às instituições culturais e às incumbências do Estado e da sociedade – e uma Constituição cultural subjetiva – a referente aos direitos fundamentais”. Entendo que há aspectos de ordem dos direitos subjetivos e de ordem objetiva em cada uma destas apreciações e, por isso, compreendo que a distinção entre a **obrigação de garantia de acesso** e a obrigação de proteção da criação são duas faces de uma mesma moeda que buscam

⁹ O Património Cultural e a Constituição (Tópicos), em *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais*. Estoril: Principia, 2006. p. 362.

¹⁰ Ver nota de rodapé 13.

¹¹ Ver nota de rodapé 13.

um equilíbrio não somente da ordem econômica, mas simplesmente da permissão/remuneração da criação, o que é um dos grandes fundamentos da criação humana.

Por outro lado, faz parte também deste estudo analisar que, além da garantia de acesso e da garantia da proteção no âmbito do direito de autor, há um elemento que promove um entroncamento a estes duas concepções: em que medida o Estado deve participar para promover a circularidade cultural, possibilitando as plenas liberdades criativas, e garantindo, ao mesmo tempo, a proteção aos autores das criações artístico-culturais.

Esta função parece não estar totalmente presente no universo da 1ª geração de direitos fundamentais.

4 DA PRESENÇA DO CONCEITO DAS LIBERDADES INERENTES AOS DIREITOS CULTURAIS NA CIRCULARIDADE CULTURAL

Como visto, tanto a permissão de acesso quanto a proteção cultural, entre outros elementos, estão incluídas no contexto da circularidade cultural.

Antes disso, porém é importante perceber que o primeiro elemento fundamental para compreensão da circularidade cultural é, desde já, apontar que as manifestações culturais (representadas pelas criações artístico-culturais) podem se dar de qualquer forma, ou sob qualquer modalidade. Ou seja, não se pode limitar qual forma se dará uma expressão cultural visto como criação artístico-cultural. Por outro lado, o conteúdo por meio do qual se conceberá a criação artístico-cultural também não pode ser delimitado ou indicado. Desta forma, tanto no que se refere à questão de forma quanto à questão de conteúdo, as constituições contemporâneas tem atuado como garantidoras do processo eletivo por parte do criador de qual caminho este optará na sua criação, até mesmo por meio de garantias de liberdade de expressão. Isto se dá por meio da liberdade de criação implementada nos textos constitucionais, sendo certo que algumas constituições tratam de liberdades de expressão em gênero e outras em liberdade de criação artística.

Pode-se, portanto, partir de um pressuposto que vem sendo alcançado com as constituições contemporâneas que se refere pela presença, direta ou indireta, da liberdade de criação artística. Dito de outra forma, o concei-

to amplo das liberdades civis republicanas e oriundas historicamente dos processos constitucionais da revolução francesa e do constitucionalismo norte-americano inclui a liberdade de criação artística, mesmo quando não especificamente indicada, o que conduz até hoje à compreensão destes valores, seja num contexto geral de liberdade (como no caso dos EUA¹²), seja no conteúdo mais específico (como no caso, *v.g.* da Espanha e do Brasil¹³), ou ainda por meio de discussões, já à época destes momentos constitucionais, de temas inerentes aos direito de autor e direitos conexos¹⁴.

Ou seja, hodiernamente, portanto, não parece repousar qualquer dúvida quanto à liberdade de criação artística estar presente como direito fundamental previsto nos textos atualmente em vigor, oriundos de democracias modernas e contemporâneas.

A liberdade de criação artística encontra-se de tal modo assentada como direito fundamental de 1ª geração que a discussão mais efetiva no que se refere à circularidade cultural talvez não esteja presente neste ambiente,

¹² Nos Estados Unidos da América as liberdades mais aproximadas à liberdade de criação artística estão revistas já na primeira emenda constitucional (Amendment 1), por meio da liberdade de religião, liberdade de imprensa e liberdade de expressão: O congresso não poderá criar nenhuma lei referente ao estabelecimento da religião, ou proibindo seu livre exercício; diminuindo a liberdade de expressão, ou de imprensa, ou o direito do povo de se associar em paz, e peticionar ao governo por reparação de ofensas.

¹³ Na constituição espanhola a liberdade de criação está prevista em conjunto com outras modalidades de liberdades inerentes à cultura, tais como liberdade de opinião, liberdade de cátedra, em seu artigo 20: **Art. 20-1.** São reconhecidos e protegidos os direitos: a) A expressar e difundir livremente os pensamentos, ideias e opiniões mediante a palavra, escritos ou qualquer outro meio de reprodução. b) A produção e criação literária, artística, científica e técnica. c) A liberdade de cátedra. d) A comunicar ou receber livremente informação verdadeira por qualquer meio de difusão. A lei regulará o direito à cláusula de consciência e ao segredo profissional no exercício destas liberdades. No caso do Brasil estão constitucionalmente previstas a liberdade de criação (**Art. 5º [...] IX** - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença); a proteção efetiva dos direitos de autor e direitos conexos como direitos fundamentais (**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) e por fim, pela garantia de (**Art. 5º [...] XVIII [...] a**) proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas e (**Art.5o, inciso XVIII, b**) do direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.

¹⁴ Isto foi observado no próprio surgimento do constitucionalismo, inclusive com a garantia da proteção das criações artística prevista no federalista 43: Os poderes conferidos pela Constituição [...]: A quarta classe de poderes compreende as seguintes autoridades: 1. A autoridade para promover o progresso da ciência e artes aplicadas, assegurando, por tempo limitado, aos autores e inventores, o direito exclusivo sobre suas [sic] escritos e descobertas. (Aqui entendo que seria melhor a denominação invenções, mas talvez esta distinção não estivesse definidamente esclarecida na ocasião da publicação dos textos federalistas).

visto que, em alguma medida, o Estado, ao promover esta garantia de liberdade, já atua no fomento da movimentação inerente ao círculo cultural.

Claro que não se pode esquecer que há liberdades que vem sendo observadas e interpretadas sob o viés de um certo “*libertarianismo*” excessivo, ao se considerar que obras que sejam protegidas por direitos de autor devam ser de livre circulação, em nome do acesso à cultura e informação, como medida de fomento da circularidade cultural. Os argumentos, porém, muitas vezes tem sido excessivamente direcionadores de pontos de vista pouco neutros, isto para não dizer os que são intelectualmente pouco honestos^{15 16 17}.

¹⁵ Neste sentido, a discussão mais importante que vem ocorrendo é (sendo muito reducionista) o embate entre os defensores e apoiadores dos creative commons e os defensores de uma linha de direito de autor mais tradicional. O que importa indicar, antes de tudo, é que parece que a discussão entre o direito de autor mais tradicional e os creative commons faz sentido nos países de filiação ao sistema de copyrights, por diversos motivos que valem a pena ser enumerados: 1 – no sistema de copyrights a transferência dos direitos pode ser dar na totalidade dos direitos sem grandes discussões técnico-jurídicas; 2 - a possibilidade de atribuição originária da autoria diretamente a pessoas jurídicas; (em oposição, por exemplo, a lei brasileira, Lei 9.610/98: **Art. 11.** Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica); 3 - os EUA possuem todos os mecanismos de distribuição de produtos de entretenimento/cultura que geram grandes volumes na economia mundial, seja por manipulações de mercados locais (muitas vezes por medidas altamente condenáveis, tais como “venda casada” de obras de audiovisual), pela utilização do mercado em língua inglesa, entre outros fatores. Por outro lado, são as próprias poderosas empresas de novas tecnologias (Google; Microsoft; Apple; Yahoo, etc.) que vem tomando posições contrárias aos titulares de direitos de autor e de direitos conexos, com a intenção de, entre outras atividades, possibilitar o “acesso livre” às informações e à cultura, com a incrementação ao de seus bancos de conteúdo (como vem sendo denominadas as criações intelectuais de um modo genérico nesta quadra da história). Em linhas gerais, por estes motivos, pode-se entender que a discussão entre os defensores de uma linha mais tradicional de filiação aos direito de autor e dos entusiastas dos creative commons não faz o mesmo sentido no Brasil e nos EUA. Ainda assim, entendo que as discussões devam também ocorrer no cenário nacional, em nome de uma evolução do direito de autor e das ideias em geral, mas compreendendo-se que não há correlação absoluta entre a problemática norte-americana e a brasileira.

¹⁶ Outro exemplo desta diferenciação se observa na obra *Copyrights and Copywrongs, The rise of intellectual property and how it threatens creativity* de Siva Vaidhyanathan, p. 28: “Copyright was to be a balance between the interests of the producer and the interests of the society os consumers, voters and readers. “O direito de autor era o equilíbrio entre os interesses do produtor (producer) e os interesses da sociedade de consumidores, eleitores e leitores.” Como se observa, e complementando que foi indicado no final da nota de rodapé supra, o termo producer denuncia o entendimento típico do sistema de copyright e, portanto, típico da problemática norte americana.

¹⁷ Dentre as muitas correntes libertária(nista)s ou relativistas que tem como interesse diminuir a aplicação de pressupostos de direitos de autor e de direitos conexos, os argumentos que conduzem à diminuição dos direitos aplicáveis surgem de aspectos inerentes às liberdades. Há um autor português, Vasco Pereira da SILVA, que indica questões referentes tanto a razões econômicas quanto aquelas de interesse das liberdades, tratado de analisar, inclusive, o importante viés constitucional e basilar tantas vezes esquecido pelos autorralistas. O problema é que o autor quer trazer ao ambiente da criação sujeitos que não possuem qualquer

O equívoco da maioria dos analistas atuais do direito de autor se dá exatamente por acreditar que as discussões de direito de autor contemporâneo devem ser amparadas sempre por um viés preferencialmente econômico, sem análise das questões filosóficas. Como alguns dos nomes significativos trouxeram elementos desta natureza econômica, há uma repetição

possibilidade de serem considerados criadores da obra protegida. Em algum momento o autor resolve estabelecer a distinção - ou a identificação dos sujeitos que se referem à proteção constitucional da cultura. (SILVA, Vasco Pereira da. *A cultura a que tenho direito*. Direitos fundamentais e cultura. Coimbra: Almedina, 2007. p. 95). Defende, posteriormente, que o direito à criação cultural tem como sujeitos, além do criador da obra (Id. p. 97), que está em primeiro lugar, outros sujeitos. Indica o autor que “o âmbito de proteção subjetiva deve ainda ser alargado a todos aqueles que medeiam entre a criação e o trazer ao público da obra intelectual (muitas vezes substituindo-se aos artistas no processo da sua publicitação, divulgação ou mesmo comercialização...” (Id. p. 97). E indica os referidos sujeitos, entre outros: editoras, agentes artísticos, produtores, mecenas e citando o autor alemão IPSEN indica que os mediadores do artista (Mittler der Kunst) cuja atividade é condição de realização da obra de arte, para que esta encontre seu público, também fazem parte do processo. Com a devida vênia ao autor, que de fato se debruçou sobre importantes temas inerentes aos direitos fundamentais, entendo que este pensamento está completamente equivocado em sua mais pura essência, qual seja, a própria origem da criação artística. O criador é unicamente aquele que possui a possibilidade e capacidade de desenvolver e trazer do mundo das abstrações psicológicas, sensíveis - do universo não palatável extra-sentidos - as sensações que irão se configurar como criações artísticas. Não há a menor hipótese de se considerar autor alguém que não tenha efetivamente sido o sujeito que possibilitou este nascimento da criação. Pode-se utilizar os argumentos que se entender para atribuir a titularidade ou autoria originária a qualquer outro que não o autor, mas esta atribuição será sempre uma ficção do universo jurídico, seja nas contemplações de titularidades derivadas ou mesmo na consideração de criações como de pessoas jurídicas. Até mesmo o argumento que se possa utilizar com que a criação decorre da percepção humana do que está no mundo, e que, portanto, o criador ser o remetente criador de algo novo (ou fio condutor de algo novo, no ambiente das artes) ainda nestas circunstâncias não há que se falar em atribuição do conceito de criador a um terceiro que não este mesmo sujeito que efetivamente trouxe à cabo a possibilidade de transformar um vazio artístico, ainda que com cores de outras criações anteriores, em algo novo e perceptível aos sentidos. Um mecenas, portanto, não poderia, em nenhuma hipótese ser comparado ao criador da obra que participa por meio do mecenato, por mais que sua condição seja a de possibilitador da divulgação da obra. Entendo, quando indica o autor que não se trata de uma igualdade de condições. Entendo que defende sua tese (e do citados autor alemão) como uma possibilidade de inclusão dos mediadores culturais na condição de titulares de direitos à liberdade criativa e não criadores em si. Entendo porém, também, que não obstante possibilitarem o livre exercício dos artistas mais criativos, não merecem coautoria nem qualquer atribuição assemelhada com esta, pelo simples fato de possibilitarem uma liberdade. A problemática mais significativa se dá no fato de que a expansão artificial desta condição pretende igualar os criadores aos meros mediadores numa ordem forçosa, considerando que as razões de ordem filosófica demonstradas neste artigo indicam já a sua impossibilidade, visto que os demais partícipes do processo indicados por SILVA não se encontram no círculo hermenêutico de onde surgem as obras. Alegar que são livres para fazer circular a obra não os iguala aos artistas, mas os coloca em condições distintas de mediadores, possibilitadores, difusores, portanto, seria razoável denominá-los como titulares de direitos de livre difusão da arte, ou outra nomenclatura que se queira utilizar, mas seria excessivamente forçoso denominá-los por titulares de um direito à livre criação artística, mas titulares de direito à livre circulação artística.

por parte significativa da academia ressonando mantras que conflitos econômico-ideológicos dos elementos propagados por Lessig, Smiers, Paltry, Hyde (para citar alguns), quando há muitas discussões interessantes propostas por estes autores de matriz naturalmente filosófica.

Assim, ainda que se compreenda que a liberdade de criação artística (que obviamente passa por uma liberdade de acesso à cultura) não é questionável do ponto de vista do conceito de circularidade cultural, é certo também que não se pode considerar que a cultura deve ser gratuita (em detrimento da sociedade produtiva) ou por outro lado, garantida pelo Estado em toda a sua amplitude (por políticas de fomento cultural decorrentes de leis de incentivo, leis de meia entrada, etc.).

Este processo retroalimentador de produção cultural é inerente ao círculo cultural, mas efetivamente não pode ser visto como uma vertente de desobrigação de toda uma gama de direitos que estejam intrinsecamente relacionados. **Neste sentido, não se pode compreender que direitos de autor de titulares sejam completamente ignorados em nome da liberdade de criação, pois mesmo com a presença dos direitos de autor (e desde o início de sua implementação) sempre houve liberdade criativa.** No mesmo diapasão, não é justo que os produtores culturais devam encontrar mais dificuldade no âmbito da difusão da cultura por estarem submetidos a obrigações de cunho econômico impostas, sem qualquer questionamento aos próprios produtores culturais, como é exatamente o caso das leis de meia-entrada (somente para citar um exemplo). **Ou seja, o conflito da liberdade criativa com a liberdade de acesso cultural é artificialmente trazido ao ambiente da circularidade cultural, locus de importante valor filosófico, quando na verdade o que se pretende, muitas vezes é definir direções econômicas, políticas e muitas vezes de política de baixo nível significativo e meramente com fins eleitorais¹⁸.** O ambiente de discussão deve, portanto, ser reavaliado para que

¹⁸ Veja por exemplo o tema das leis de meia entrada existentes no Brasil. Há um evidente acúmulo de leis com finalidades que não a verdadeira inserção de categorias de pessoas no ambiente da circularidade cultural pelo acesso a manifestações culturais. Em algum sentido, isto decorre do fato de que a constituição brasileira, excessivamente descritiva na intenção de proteger o cidadão – o que historicamente é obviamente aceitável – acabou criando condições para conflitos de competência, considerando, p. ex. que a União, os Estados e os Municípios devam tratar concorrentemente, sobre questões inerentes às relações de consumo e patrimônio cultural e artístico e educação e cultura, como se depreende do Art. 24, inciso V: Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal, legislar concorrentemente sobre: [...] VII – proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico [...] VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico [...] IX – Educação, cultura, ensino e

as discussões de ordem extraeconômicas possam vir à tona, favorecendo as análises de ordem filosófica.

Ou seja, é evidente que as liberdades de acesso à informação e a proteção da cultura estão em conflito, mas o que pretende uma política de implementação efetiva de direitos culturais, amparada por aspectos de relevo à criação artística é um catálogo legal que imponha a obediência ao princípio filosófico inerente à circularidade criativa, ou seja, a que a criação é livre e pode ser oriunda da percepção de outras criações anteriores¹⁹ e ainda assim respeite às obras anteriormente criadas, as leis de direitos de autor, as liberdades inerentes ao acesso à cultura e liberdade de acesso à informação. **Estando obedecidas estas condições, o círculo cultural será devidamente alimentado pela participação dos criadores e dos destinatários, sem violações de direitos.**

Pode-se perceber, portanto, que a liberdade criativa está diretamente relacionada à proteção que recai sobre o criador pela lei de direito de autor pela remuneração que lhe é destinada (Lei 9.610/98) e que, portanto, o conflito pode até mesmo não se apresentar. Ou seja, a liberdade criativa permitida ao criador efetivo ou potencial é objeto de proteção no momento em que esta se exterioriza sobre as ideias que passam a ser perceptíveis pelos sentidos, após a tradução do criador de elementos do universo da sensibili-

desporto. Neste sentido, o que seria benéfico acabou, no tema específico das leis de meia-entrada e outros temas inerentes à cultura, sendo pernicioso e possibilitador de posturas eleitoreiras. No mais, a atenção demasiada a grupos privilegiados por leis de meia entrada acaba prejudicando os que não fazem parte dos grupos destacados, e aumentam o valor dos ingressos para atividades culturais. Assim, existem diversos diplomas de competência federal e estadual que instituindo o benefício da meia-entrada e possibilitando conflitos de competência e políticas eleitoreiras. São exemplos de leis de meia-entrada a Medida Provisória 2.208/01 a Lei estadual (RJ) 2.519/96, o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03, que não obstante não se caracterizar como uma lei especificamente com esta intenção, também trata do tema em seu artigo 23: A participação dos idosos em atividades culturais e de lazer será proporcionada mediante descontos de pelo menos 50% (cinquenta por cento) nos ingressos para eventos artísticos, culturais, esportivos e de lazer, bem como o acesso preferencial aos respectivos locais) e, par se ter uma ideia, as Leis 7.844/92; 10.858/01 e 13.715/04 somente para citar o estado de São Paulo.

¹⁹ Ligeiramente distinto, mas com ideia bastante aproximada a que indicamos está o texto de Mario G. Losano, em Sistema de estrutura no Direito, volume 2 – o século XX, Editora Martins Fontes, São Paulo: 2010, p. 35: No mundo do pensamento, as inovações raramente cancelam o antigo, mas, muitas vezes, a ele se superpõem, de forma que a reação a um movimento de pensamento assinala o retorno às ideias contra as quais o próprio movimento reagira. Ainda que o texto de Losano se refira a discussões inerentes a estrutura do Direito em modo amplo, em especial sobre o positivismo e o neokantismo, evidencia-se que esta mesma lógica decorre do processo criativo e do que faz parte do círculo criativo que, em grande medida, justifica a própria existência do círculo cultural, considerando que novas criações artístico culturais comprovam o movimento circular de criação.

dade para o universo da percepção de terceiros. O criador traz do universo cultural abstrato e ilimitado algo que, sob a forma de obra artística, será percebido por terceiros (e ele mesmo) após o processo de exteriorização²⁰.

Assim sendo, o criador é também destinatário da liberdade de acesso, no mínimo pelas escolhas das fontes de algo que lhe possa conduzir a uma nova criação, à liberdade de observação, como leitor, receptor, ouvinte, analista de todo este complexo inerente ao destinatário da criação artística que será passível de um processo de retroalimentação no ambiente da circularidade cultural, considerando, também, que há uma *saudável promiscuidade cultural* entre as posições ocupadas pelo criador, ora como sujeito criador, ora como destinatário. E esta potencialidade é inerente a toda universalidade de pessoas, numa evidente proteção constitucional de um viés universalizante das liberdades criativas de um lado e de liberdade de acesso, e de recepção de informações, dados e cultura, de outro.

Por outro lado, parece não ter havido uma consolidação efetiva das posições ocupadas pelo Estado fora do âmbito dos direitos fundamentais de 1ª geração, representados, principalmente, pelo conceito das liberdades. Há, portanto, lacunas a serem preenchidas no que se refere às obrigações do Estado em relação ao desenvolvimento da cultura em, constatando-se que, também neste aspecto, o Estado deixou de observar o que Streck correntemente denomina de **promessas não cumpridas da modernidade**²¹.

Pode-se concluir, até o momento, que efetivamente há uma preocupação da ordem constitucional em promover uma ampla liberdade criativa, liberdade esta que também se assenta em outras modalidades, tais como liberdade religiosa e liberdade profissional, somente para citar algumas, mas isto não vem sendo suficiente para o fortalecimento do círculo cultural²².

Ora, considerando-se o universo dos direitos culturais, de fato isto ainda não é suficiente, pois entendemos que a cultura, como elemento parte formador do desenvolvimento de um povo, muitas vezes não pode ficar simplesmente à espera que o seu próprio povo decida como deverá ser

²⁰ As condições de possibilidade para a proteção de uma criação artístico-cultural e, consequentemente, uma obra artística, são: criatividade – a obra necessita decorrer de uma criação humana; exteriorização – a obra necessita ser exteriorizada pelo criador, trazida mundo dos sentidos, ao inteligível, e originalidade relativa – a obra necessita ser diferente de outras obras anteriormente criadas.

²¹ Sobre o tema e as expressões utilizadas por Lenio Luiz Streck, ver, por todas as suas obras: *Verdade e consenso: uma teoria da decisão*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

²² Ainda está presente como representação do Brasil o trinômio futebol-praia-samba, muitas vezes como se não existisse qualquer outra modalidade de manifestação cultural.

indicada a quem, talvez, sequer tenha conhecimento da mesma. Ou seja, a cultura e a manutenção do que são os direitos culturais por meio do acesso a atividades culturais compreendem uma circunstância diferenciada da liberdade de criação artística.

Atente-se ao fato de que ao se falar de direitos culturais também se faz referência à necessidade de que a cultura circule, e, neste sentido, a liberdade não é um elemento suficiente para tal efeito. Não há dúvidas, porém, de que este aspecto deve ser visto com bastante parcimônia, ao se compreender que um dirigismo cultural não pode ser implementado pelo Estado, pois, de outra forma, se poderia conduzir a uma situação ainda mais grave do que a simples ignorância da necessidade da participação do Estado nesta circunstância fática a qual já denominamos circularidade cultural.

Tudo isto, dito de outra forma, significa que o Estado deve participar do movimento do círculo cultural, ao qual denominamos circularidade cultural. Ocorre que as liberdades civis manifestadas sob a forma de liberdade criativa não atendem à necessidade de impulso difusor da cultura por parte do Estado. **Para ser mais direto, ainda que a garantia da liberdade de criação e expressão artística livre esteja presente no texto constitucional, isto não é garantia de que a cultura circule. Evidentemente, permite a circulação, mas não a promove. Ou seja, não é simplesmente permitindo que qualquer criador em potencial tenha liberdade criativa em detrimento de censura que o Estado promoverá o acesso à cultura.**

Esta ordem de ideias conduz à evidência de que também é necessária uma participação mais efetiva do Estado por meio dos direitos sociais para o desenvolvimento dos direitos culturais. Ora, se a liberdade criativa decorre de uma necessidade de possibilitar a maior amplitude possível de criações artísticas, os direitos sociais têm como função trazer à sociedade o que o liberalismo não permitiu que surgisse em condições igualitárias. O que se pretende é que manifestações artístico-culturais sejam efetivamente promovidas pelos direitos fundamentais sociais, além de todo o entorno de participação ativa na circulação cultural já indicado neste estudo.

5 DA CULTURA COMO COMPLEMENTAÇÃO DO PROCESSO EDUCACIONAL

Ocorre, porém, que deve ser percebido que o fato de a cultura ser a manifestação representativa de um povo não afasta sua caracterização

como conjunto de conhecimentos que fortalecem a educação. Ou ainda, pelo menos deve se afastar o entendimento de promoção da cultura como complemento do binômio “pão e circo” e tratá-la como elemento para uma melhoria na formação da sociedade e desenvolvimento de diversas ordens, inclusive, econômica.

Por outro lado, a cultura representa um povo porque este se vê representado nela. E desta forma, só poderá se ver representado em uma manifestação cultural aquele indivíduo que **compreende o universo cultural do que faz parte**. Como é evidente, somente poderá ser representado na cultura alguém que tenha acesso a ela²³.

Neste sentido, a necessidade de implementação de elementos de educação que possam permitir um ponto de partido idêntico ou assemelhado a todos os participantes da sociedade decorre da presença, no ambiente educacional, das variadas e distintas manifestações representativas de um povo, , sob a forma de conjunto de conhecimentos culturais (**conjunto de conhecimentos que possa ser formador das capacidades de desenvolvimento da pessoa, por meio de manifestações culturais**)²⁴.

A educação, portanto, está diretamente relacionada à cultura e, neste sentido, deveria ser efetivamente considerada a universalização das diversas manifestações culturais, visto que enquanto que se considera que

²³ Neste sentido, é ainda mais relevante a implementação do acesso à cultura, e ainda mais, por meio de uma valorização de uma cultura nacional, diferenciadora, ao mesmo tempo em que se deve promover o acesso às diferentes manifestações culturais, com a finalidade de, ao mesmo tempo, situar o destinatário das manifestações culturais no universo mais amplo possível, mas, outrossim, de fazê-lo compreender o universo cultural do qual faz parte, evitando uma compreensão artificial e já tão acentuada em uma padronização cultural. Este fato, inclusive, decorre do que bem indicou Ahmet DAVUTOGLU, “A hegemonia econômica e política [...] da civilização ocidental [...] faz de sua cultura um padrão válido em termos globais para sociedades diferenciadas. Tal homogeneização da cultura global, contudo, está se tornando uma ameaça ao pluralismo cultural, um pré-requisito para qualquer tipo de diálogo e interação entre civilizações, cujo discurso é incoerente com a ausência de pluralidade”. Em: Cultura global versus pluralismo cultural: hegemonia civilizacional ou dialogo e interação entre civilizações. In: BALDI, Cesar Augusto (Org.). *Direitos Humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 105).

²⁴ Para simples reflexão é importante compreender alguns elementos entre as culturas de massa, erudita e popular: Cultura de massa – é a cultura originária da produção industrial e não do surgimento espontâneo como manifestação social. É possível, porém, que seja originária de uma migração artificial de uma cultura popular ou erudita para o ambiente da indústria cultural. Cultura erudita – É a cultura originária de um grupo social que ao se expandir para além das fronteiras deste, é compreendida por outros grupos como importante e necessária para a elevação ou manutenção do *status* social. Cultura popular – É a cultura originária de um grupo social, determinável ou não, sem transbordamentos para além deste, e representativa de sua coletividade criadora. É a cultura para consumo interno do grupo social que a criou ou deu origem.

o objetivo da universalização educação permite o conhecimento mínimo e básico para se alcançar o mesmo ponto de partida para todos os membros de uma sociedade²⁵, deveria estar a cultura presente, no mínimo, como complemento do processo educacional²⁶, e, neste caso, mesmo quando necessariamente tivesse que ser promovida pela Estado. Ora, mesmo eventualmente interpretando-se a cultura como meramente complementar ao processo educacional (e não como representatividade de um povo) também deve haver um mínimo desenvolvimento cultural a ser implementado o que conduz à compreensão do desenvolvimento cultural ao nível de proteção da educação, como direito fundamental social e não um direito de natureza difuso de difícil identificação²⁷.

Desta forma, todos deveriam ter acesso à cultura, como possibilidade para que, diante de cada critério pessoal e de acordo com as manifestações de seu interesse, possam ser feitas escolhas de complementação educacional.

Há de se compreender, portanto, que o processo de desenvolvimento cultural, por ser dinâmico e contido na circularidade cultural, necessita de estímulo, especialmente para inclusão das classes sociais economicamente menos favorecidas. Pode parecer pouco, mais um simples concerto de música erudita numa praça pública com uma programação de compositores nacionais faz, por si só, grande diferença do ponto de vista do estímulo para a criação musical e para a absorção da cultura brasileira. Uma multiplicação de atividades desta natureza fomenta o interesse e desenvolve a difusão cultural, o que pode não ser visto como uma preferência qualitativa

²⁵ O que deveria ocorrer por meio de um “ponto de partida” universalizado por meio da efetivação da universalização da educação, ponto no qual ainda não chegamos no Brasil, ainda que a universalização do ensino fundamental já seja uma grande vitória.

²⁶ Como visto, é importante identificar o conteúdo do que se pretende compreender como cultura no universo jurídico, e, em especial, no contexto do direito constitucional. Há um certo padrão constitucional na compreensão do que seja cultura observado nas diversas constituições democráticas. Este padrão não segue a compreensão do que seja a cultura num sentido amplo mas, sim do que seria a cultura a ser promovida, estimulada ou desenvolvida pelo Estado. O padrão deveria ser um pouco mais direcionado à indicação da cultura como manifestação de expressão do povo, mas, insistimos, sempre relacionada ao conteúdo da educação. Neste sentido, este conceito de cultura, se aproxima, evidentemente, do conteúdo de educação como direito fundamental social e, portanto, de obrigação de cumprimento por parte do Estado, o que fortalece a compreensão de cultura ou de direitos culturais como direitos fundamentais como direitos sociais, portanto de 2ª geração, em conjunto com a sua concepção como direitos de 1ª geração e, eventualmente, de 3ª geração.

²⁷ Ou como um vertente das liberdades criativas, que, neste caso especificamente, não apresentam qualquer relação.

nas atividades culturais em países como o Brasil²⁸, em que o catálogo de direitos sociais ainda se apresenta tão incompleto diante das obrigações do Estado, mas certamente fomenta o interesse e sedimenta os valores culturais a longo prazo²⁹.

6 DA CONSIDERAÇÃO DOS DIREITOS CULTURAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Como já foi visto, é fundamental salientar a relevância do desenvolvimento cultural para um país que pretende valorizar sua cultura e para que possa compreender os valores formadores da sociedade que o compõe. A cultura e sua proteção, porém, sempre foram atividades consideradas de segunda linha, até mesmo quando políticas populistas são aplicadas³⁰. Não se percebeu, portanto, que os direitos culturais não podem ocupar um lugar de importância no constitucionalismo se não se considerar a cultura como um elemento formador social. Um valor importante para a sociedade. Esta é a dificuldade inerente a consideração efetiva do constitucionalismo dos valores culturais. A ocupação de um lugar periférico no texto constitucional (e nas discussões constitucionais) somente ajuda a afastar a compreensão de que a cultura é fundamento ético e formador do povo brasileiro³¹.

No caso da CRFB, somente no artigo 215 e seguintes houve indicação mais precisa do que seria (ou de como deveria se dar) a presença do Estado no ambiente de proteção cultural, do ponto de vista constitucional. Percebe-se que a sua localização no texto constitucional, mesmo considerando-se que é obedecida uma ordem lógica de ideias proposta pelo texto constitucional em vigor; também significa, em alguma medida, um certo desprezo que o Estado brasileiro possui pela proteção da cultura, em detrimento de como a cultura é vista em outros países.

²⁸ Digo isto, pois o dirigismo cultural sempre é uma preocupação em países de constitucionalidade ainda tardia, com possibilidade de resgate (ou promoção) de atuações populistas.

²⁹ O mesmo ocorre com outras atividades mas que, diante de uma maior popularidade, estimulam uma maior participação da sociedade e tem resultado mais evidente e facilmente comprovável. Basta pensar que quando algum esportista se torna um profissional de destaque logo ocorre uma maior procura pela prática de tal esporte.

³⁰ Como muitas vezes se observa em medidas de política legislativa típicas de leis de incentivo e leis de meia entrada, somente para citar algumas.

³¹ Como já citei neste mesmo artigo, e insistindo nas palavras de Barretto: o acesso ao conhecimento irá tornar o homem livre, pois será o ato mais revolucionário de toda a cultura humana.

Sabemos, portanto, que os direitos fundamentais sociais não são de fácil concepção e efetivação³². Deve-se compreender, portanto, que não obstante o fato de que a grave crise paradigmática que atravessa o Direito atinge todas as suas áreas, o direito constitucional e, em especial, os direitos fundamentais parecem ser os mais sacrificados, seja pela dificuldade de implementação, seja pela inefetividade constante. E, tratando-se de inefetividade, se é possível apontá-la em ambientes protetivos da saúde e outros componentes de ordem assumidamente mais relevantes para o Estado, imagine-se a inefetividade no universo do desenvolvimento cultural e da educação.

São, pois, direitos mais “caros” que outros grupos de direitos e custam altos valores aos cofres do Estado e, portanto, também custam muito aos contribuintes. Imagine-se ao considerar direitos que além de “caros” ainda são considerados *de segunda linha*, como é o caso da proteção e acesso à cultura.

Por outro lado, no que se refere à educação, as obrigações do Estado devem seguir em direção a uma busca de igualdade (de conhecimento de elementos culturais básicos) como ponto de partida. Isto porque, como afirma Leal³³:

O que está em jogo com esta perspectiva do conceito de igualdade é exatamente a garantia sistemática e integral de comandos constitucionais principiológicos atinentes ao pluralismo e à diversidade social, assegurando o tratamento diferenciado-igualizador de sujeitos desiguais materialmente.

A igualdade possui o condão coletivista de permitir o acesso de todos à educação como meio de possibilidade de participação (e inserção) social³⁴. Neste sentido, o acesso às manifestações culturais, como medida

³² Neste sentido, cabe indicar, ainda que em referência ao direito à saúde (mas também da ordem dos direitos fundamentais sociais, o entendimento de Rogerio Gesta Leal: “Assim, o direito à saúde não pode se concretizar, ou pelo menos não se concretiza somente através de uma política constitucional, eis que esta é, *prima facie*, uma projeção imperativa sobre órgãos constitucionais do Estado das contingências de varias esferas da sociedade.” (*A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro?* Esgotamento de um modelo institucional, p. 20. Disponível em: <www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/doutrina/doc/DireitoSaude.doc>.

³³ LEAL, Rogerio Gesta. *Condições e possibilidades eficacias dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 127.

³⁴ A educação não deve ser, porém, amparada por políticas de restrição estatais de desenvolvimento cultural ou mesmo direcionadoras, ou nas palavras de Jorge Miranda, “O Estado não

de conduzir o ser humano a uma formação básica que lhe coloque em condições de igualdade com os demais, é uma vertente da proteção e garantia da dignidade da pessoa humana³⁵ e este sentido evidencia que os direitos culturais, ainda que no que corresponda ao menos neste aspecto, são da natureza dos direitos humanos^{36 37}. Isto parece ser compreendido em outros aspectos sociais, tais como o acesso às novas tecnologias (já não tão novas assim), como Internet e telefonia celular. Utilizando-se exatamente deste exemplo, é necessário compreender que o conteúdo do que se pretende possibilitar por meio do acesso tecnológico é o verdadeiro objeto da proteção. **Ou seja, quando se fala em garantia de acesso à Internet, fala-se em inserção social para que se possa permitir o acesso à formação cultural.** Neste sentido, não há porque se considerar o acesso às novas tecnologias um direito fundamental e não considerar o acesso ao elemento intrínseco da formação cultural. Claro, e não se pode ser ingênuo, que deve se considerado que parte da inserção tecnológica decorre da necessidade/possibilidade de comunicação, até porque, o que se observou, nos últimos anos, foi o rompimento do paradigma comunicacional e não de efetivo conteúdo em decorrência de um surgimento espontâneo e exponencial de novas ideias. Dito de outra forma, o que efetivamente rompeu o paradigma anterior não foi a quantidade de novas informações (ou mesmo

pode atribuir-se o direito de programar a educação e a cultura segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas. (Liberdade religiosa e Liberdade de Aprender e Ensinar. In: *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais*. Estoril: Principia, 2006. p. 197)

³⁵ “O princípio da dignidade pressupõe também o acesso aos bens espirituais, como a educação e a cultura, e o respeito a sentimentos propriamente humanos”. (BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 71)

³⁶ Diante da vulgarização da compreensão do que são os direitos humanos, é importante salientar a presença de diversos elementos no conteúdo dos denominados direitos culturais, sendo certo que há valores que podem ser considerados como de direito humanos, tal qual o acesso à cultura e a liberdade de criação e proteção (da obra) e remuneração pelo uso, independente da qualidade da criação, todos amparados pelo sentido da liberdade em um ambiente de igualdade.

³⁷ O que pretendem os direitos humanos não é acrescentar um elenco o mais amplo possível de direitos que sejam garantidos pela sua natureza. O que pretendem os direitos humanos é garantir o mínimo existencial que garanta a sobrevivência com dignidade no ambiente de igualdade em que coabitam os homens livres. E para isto, os direitos humanos pretendem que haja igualdade de condições para que o marco zero de onde partem todos os homens seja idêntico. Não se pretende, com a aplicação dos direitos humanos, subnívelar ou sublevar direitos, mas manter o igual tratamento dos direitos no universo que os mesmos ocupam. Neste sentido, tratar qualquer direito como direito humano, sem que o seja é supervalorizar um direito que não merece tal condição em detrimento da desvalorização de todos os demais. Entrar por este tema seria seguir por vias demasiado distantes do que pretendo neste estudo.

conteúdo) ainda que não se possa olvidar que a própria tecnologia traz um maior desenvolvimento de conhecimento que lhe é intrinsecamente relacionado, mas o que trouxe uma circunstância perfuro-cortante foi o desenvolvimento tecnológico inerente à comunicação. Por isso, tenho defendido a utilização da expressão sociedade tecno-comunicacional desde 10 anos atrás³⁸. De toda esta discussão, porém, o que mais releva é perguntar: se o direito ao acesso às novas tecnologias já vem sendo indicado como a causa ou consequência de uma 4ª geração de direitos fundamentais, o que falta para compreender que os próprios direitos culturais e proteção da cultura também devem ocupar o mesmo espaço?

Ora, a compreensão de que os direitos culturais fazem parte do escopo dos direitos fundamentais (em posições que devem ser efetivamente reavaliadas) e concomitantemente de um catálogo de direitos humanos, conduz à compreensão de que o próprio Estado não pode se exceder, inclusive, na negação do acesso à cultura, sob pena de estar violando aspectos dos direitos culturais pertencentes a cada uma das gerações de direitos fundamentais³⁹. Ou seja, **se o acesso tecnológico deve ser considerado direito fundamental, com mais razão a proteção efetiva dos fundamentos culturais, do acesso a cultura em si e das liberdades criativas. É inevitável, portanto, uma reavaliação da posição ocupada pelos direitos culturais nesta quadra da história.**

O que parece ser de alguma dificuldade por parte do Estado é a compreensão que o desenvolvimento cultural faz parte deste ambiente de proteção e mínimo a ser garantido pelo Estado, não como um direito de categoria inferior ou mesmo um direito difuso (de 2ª ordem) na aplicação ou na “compreensão” por inexatidão de seu conteúdo, mas um conteúdo de primeira grandeza, fundamental para a formação do indivíduo na sociedade.

É neste sentido que se deve compreender que os direitos culturais devem ser efetivamente considerados direitos fundamentais sociais e urgem de implementação efetiva para que o desenvolvimento cultural do Brasil

³⁸ Ver minha obra: *Internet, privacidade e dados pessoais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

³⁹ Tal circunstância é mais bem compreendida no ambiente dos direitos fundamentais de primeira geração (em relação a um conceito mais genérico de liberdade) bem como em relação aos direitos sociais de 2ª geração relacionados à saúde e à educação em sentido restrito – acesso à escola, por exemplo, por meio de cotas de participação. “Como direito do homem e do cidadão, os direitos fundamentais, são uma vez, direitos de defesa contra os poderes estatais. Eles tornam possível ao particular defender-se contra prejuízos não autorizados em seu status jurídico-constitucional pelos poderes estatais no caminho do direito.” (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 235)

possa gerar uma sociedade culturalmente mais rica, produtiva e educada no sentido mais amplo, ainda que o processo ocorra de forma lenta e gradual. **Sob este enfoque, o ponto nodal deve ser a necessidade de efetivação dos direitos sociais culturais como complemento à educação.**

Por outro lado, a inefetividade dos direitos culturais ocorre também como consequência da inaplicabilidade dos fundamentos protetivos da cultura no universo constitucional. A garantia/proteção de uma (cláusula geral da) cultura⁴⁰ não é autoaplicável, necessitando de complementação posterior infraconstitucional. Nisto, ao menos no que se refere ao conteúdo do artigo 215, as obrigações conferidas são de resultado⁴¹ da qualidade das normas programáticas, e pode conduzir a que alguém afirme “que os direitos que dela constam, máxime os direitos sociais, tem mais **natureza de expectativas** que de verdadeiros direitos subjectivos, aparecem, muitas vezes, acompanhadas de conceitos indeterminados ou parcialmente indeterminados”⁴² (grifei).

Por outro lado, e já ingressando em tema específico relacionado à inefetividade, é evidente que não se destina ao setor cultural verba sequer próxima do razoável, mesmo considerando a dificuldade de implementação da ordem econômica em decorrência da *reserva do possível*⁴³. Neste sentido, e como bem indica Canotilho, “a reserva dos cofres do Estado coloca problemas de financiamento mas não implica o grau zero de vinculatividade jurídica dos preceitos consagradores de direitos fundamentais sociais⁴⁴, até porque, como ensina o mestre de Coimbra, “o **recorte jurídico-estrutural de um direito não pode nem deve confundir-se com a questão do seu financiamento**”⁴⁵.

⁴⁰ Em especial dos direitos culturais, pouco aclarados no decorrer do texto constitucional e do acesso à cultura.

⁴¹ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2003. p.442.

⁴² *Ibid.*, p. 442.

⁴³ Importante salientar que o investimento em cultura, esportes, turismo e entretenimento nos próximos anos no Brasil poderá trazer retorno institucional e econômico altamente significativo, isto se as diferentes instâncias de poderes atuarem de modo a que os investimentos em eventos internacionais tais como os Jogos Mundiais de 2014 no Brasil e as Olimpíadas na cidade do Rio de Janeiro possam ser utilizados a favor do Estado e da sociedade. Neste sentido, indico que, em circunstâncias como a que no momento se apresenta, as novas valorações e considerações sobre o conteúdo da reserva do possível se fazem necessárias. Por outro lado, urge medidas procedimentais de controle das contas públicas.

⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodologia Fuzzy e camaleões normativos na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 109.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 108.

Diante do exposto, observe-se que o fundamento geral da proteção dos denominados direitos culturais se apresenta, do ponto de vista constitucional, no artigo 215 da CRFB, com o seguinte teor: “**Art. 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.”

Não obstante o estabelecimento da garantia dos direitos culturais, o texto constitucional não define ou indica quais seriam estes direitos. Portanto, a compreensão dos direitos culturais deve, antes de tudo, considerar a indicação do objeto de proteção e dos sujeitos relacionados (seja o cidadão que deverá ter acesso à cultura, seja aquele que pretende ser protegido no ambiente criativo das artes e da cultura).

Por outro lado, e também observando o que indica o texto constitucional seguidamente, o artigo 216 também necessita de uma observação à luz de uma complementação infraconstitucional, visto que também se caracteriza (em sua essência) como cláusula geral não autoaplicável e neste caso, simplesmente indica a existência de necessidade de proteção do denominado patrimônio cultural, sem, porém, esclarecer condições ou modalidades protetivas:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Por sua vez, a própria legislação infraconstitucional, que deveria estar destinada a estabelecer políticas legislativas eficazes de proteção, no caso específico do patrimônio cultural e da complementação do teor do artigo 216, em termos objetivos não confere grau de proteção razoável. No mais das vezes, o que se pode indicar como legislação infraconstitucional complementar e referente ao artigo 216 são o Decreto 3.551/00⁴⁶, cujo

⁴⁶ Em verdade, não obstante a legislação que objetiva definir e salvaguardar o conteúdo do patrimônio cultural, qual seja, o Decreto 3.551/00, existe ao menos uma significativa moda-

objetivo é estabelecer livros de registro de bens culturais de natureza imaterial, o que não garante qualquer acesso à cultura, mas serve unicamente de registro declaratório de manifestações culturais que fazem parte do patrimônio cultural imaterial⁴⁷ e, por outro lado, a Lei 9.610/98, quando estabelece, em seu artigo 45, a ressalva a proteção aos conhecimentos étnicos e tradicionais.⁴⁸ Ou seja, também o teor do artigo 216 não parece indicar precisamente como devem ser fundamentados e efetivados os direitos culturais como complementação educacional pois o simples registro de atividades ou patrimônio cultural está longe de garantir desenvolvimento educacional efetivo e é tema distinto do que ora indico neste texto.

Diante destas primeiras observações, já se pode constatar que os direitos culturais, não obstante o seu posicionamento relativamente (e forçosamente considerado) periférico no texto constitucional, além de toda a evidência de serem considerados direitos fundamentais, podem, em uma análise mais apurada, ser considerados direitos de 1ª geração (no sentido do já observado à luz do seu conteúdo de liberdades) e, no sentido do necessário acesso à cultura como complemento inerente à educação, direitos fundamentais sociais, portanto, de 2ª geração (para dizer o mínimo), com as características inerentes a estas categorias. No mais, se há uma consideração de que os direitos de acesso à tecnologia da informação e aos elementos da sociedade da informação (que denomino sociedade tecnocomunicacional) são direitos fundamentais de 3ª ou 4ª geração, também o próprio direito ao conteúdo cultural e as ferramentas de acesso não tecnológico devem ser assim observadas (em concomitância com as demais categorizações), como tenho defendido.

Especificamente quanto ao posicionamento na 2ª geração de direitos fundamentais, este aspecto há de ser salientado, pois na maioria das vezes

lidade de proteção constitucional por meio do uso de ferramental típico dos direitos coletivos/difusos, que e a aplicação da ação popular.

⁴⁷ O conteúdo declaratório dos bens imateriais registrados, no mais das vezes, serviria como fundamento em eventuais demandas da ordem do direito internacional tendo o Brasil como titular perante organizações internacionais, tais como a Unesco e a OMPI. Por outro lado, o conteúdo em si é de tão diversa natureza que não corresponde a um arquivo efetivo ou conjunto de bens acessíveis ao público, tais como se pode observar no endereço eletrônico do Programa Nacional do Patrimônio Imaterial em <http://portal.iphan.gov.br>.

⁴⁸ Que constitui tema demasiadamente específico se comparado com o que se expõe neste estudo. Cito, porém, o dispositivo indicado da Lei 9.610/98: **Art. 45.** Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público: I – as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores; II – as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.

os direitos culturais são completamente esquecidos desta 2ª geração de direitos como complemento educacional, ainda que a educação componha os valores inerentes aos direitos sociais, como previsto no caput do dispositivo constitucional que os indica: “**Art. 6º** São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta constituição.” Assim, considera-se que a proteção da cultura e, portanto, dos direitos culturais, estaria submetida ao crivo do interesse, eventual, da sociedade civil por meio de mecanismos (forçosamente) próprios (à cultura)⁴⁹.

⁴⁹ O fato de o Estado “esquecer” a existência de direitos culturais, não obstante a previsão programática constitucional conduz a um fortalecimento de medidas (quando muito) da ordem dos direitos difusos. A consideração dos direitos culturais como de natureza difusa, por sua vez, trazem em si um aspecto de relevo, que é o fato de perceber que há mecanismos constitucionais de controle da integridade do patrimônio cultural. Por outro lado, esta visão acaba por ser, para dizer o mínimo, levemente excludente das obrigações do Estado em relação ao denominado complemento educacional por meio do acesso à cultura. Ou seja, ainda que, do ponto de vista da consideração dos direitos culturais como direitos de 2ª geração, e, portanto, como direitos fundamentais sociais, sejam absolutamente pertinentes as críticas decorrentes da impossibilidade de cumprimento das promessas da modernidade, em decorrência da catalogação dos direitos culturais ao lado da educação e da cultura, somente para citar os mais relevantes, a consideração eventual de direitos culturais sob a forma de direitos difusos, portanto de 3ª geração, traz alguns benefícios de ordem prática e que conduzem a uma (relativa) efetividade. Neste sentido, talvez o mais relevante seja o instituto da ação popular, presente no ordenamento brasileiro e português, que merece especial consideração. Tanto Brasil quanto Portugal possuem esse mesmo instituto jurídico presente em seus diplomas constitucionais, cabendo somente salientar que o objetivo da ação popular não se restringe à tutela do patrimônio cultural, permitindo um escopo de proteção ainda mais amplo. Desta forma, na CRFB, em seu art. 5º, inciso LXXIII, institui-se que: qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência. O ordenamento português, por sua vez, trata da ação popular através do teor do artigo 52. 3., que dispõe: “É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de ação popular nos casos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indenização, nomeadamente, para: a) promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infrações contra [...] preservação do [...] patrimônio cultural; [...] No ordenamento brasileiro, o objeto da tutela em sentido amplo é o patrimônio público (contra atos lesivos que lhes possam ser praticados). Dessa forma, há, em certa medida, proteção adequada ao patrimônio histórico e cultural no seio da CRFB, mesmo sem a necessidade de qualquer modalidade de registro de bens como componentes do Patrimônio Cultural do Brasil. Dito de outra forma a garantia de manutenção dos bens é efetivada, ainda que isto não signifique, diretamente, acesso aos bens culturais, mas ao menos, garante a sua sobrevivência, por assim dizer, para a garantia do acesso. Por outro lado, a própria natureza da ação popular traz em si particularidades que facilitam o seu uso, a saber: a atribuição de qualquer cidadão como parte legítima para ingressar com a mesma e a isenção das custas judiciais e eventuais ônus de sucumbência. Tais particularidades têm como objetivo facilitar a proteção do patrimônio cultural. É também importante relevar que

Não obstante o entendimento de que não há distinção qualificativa dos direitos fundamentais, consoante o seu surgimento e sendo a classificação em gerações uma consequência cronológica e histórica, resta evidente que o Estado promoveria uma maior atenção à cultura se considerasse que esta faz parte do grupo dos direitos de 2ª geração, ao lado da proteção da saúde e da educação, em especial porque as políticas públicas de disseminação da cultura nacional seriam muito mais presentes e não se dariam somente sob a forma de declarações, registros, inventários, tombamentos ou outras atividades que, não obstante a sua importância, não são suficientes para fazer chegar o conteúdo cultural à parcela da sociedade que necessita de tal formação cultural, principal objetivo dos direitos culturais.

Tudo isto deve ser visto, porém, sem esquecer a problemática inerente aos direitos fundamentais sociais decorrentes da dificuldade em efetuar a manutenção econômica dos valores constitucionais⁵⁰.

o cidadão poderá impetrar a ação popular ainda que não esteja em seu domicílio eleitoral e mesmo que não pertença à comunidade a que respeita o litígio. De toda forma, o que ambienta o uso do referido remédio constitucional são dois requisitos, um de ordem subjetiva e outro de ordem objetiva. O requisito de ordem subjetiva já fora analisado, pois que este é a exigência para que a legitimidade ativa seja exercida somente por cidadãos, sem qualquer outra exigência prevista no texto constitucional. No que se refere ao requisito de ordem objetiva, este configura-se por ser um ato de ação ou omissão do Poder Público que venha a lesar o patrimônio público, devendo, portanto, ser impugnado. Outro ponto a ser colocado no que se refere à ação popular é a consideração sobre qual a natureza de atos poderiam ser objeto de sua tutela; se somente aqueles inerentes à administração pública, portanto, atos de cunho administrativo direto, ou se estaria possibilitada a tutela também a atos de cunho legislativo ou inerentes ao judiciário. Acreditamos que o patrimônio cultural do país poderia ser violado por todo e qualquer ato inerente ao Poder Público, sendo irrelevante a natureza do referido ato. Por fim, importante notar que a ação popular somente caberá em casos práticos, nunca na análise de lei em tese. O ordenamento português, por sua vez, define que o objeto será constituído pelos bens do Estado, das regiões autônomas e das autarquias locais, bem como a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida e a preservação do ambiente e do patrimônio cultural. No que pesem algumas diferenças terminológicas quanto ao funcionamento do referido mecanismo de proteção em ambos os países, o que de fato nos interessa é ressaltar a sua eficiência como método de garantia da preservação do patrimônio cultural e manutenção da existência do patrimônio como garantia primeira do acesso. Compreendido, de modo genérico, o mecanismo de funcionamento do modelo da ação popular pode-se compreender que a própria consideração dos direitos culturais como direitos difusos, ainda que sem uma consideração da ordem de 1ª ou 2ª gerações, já apresenta a discussão sobre a necessidade de preservação do patrimônio cultural e, portanto, do acesso à cultura de um modo genérico, o que já um grande passo em termos da efetivação dos direitos culturais.

⁵⁰ Ou, como dizem Mendes et al.: “Noutras palavras, como os direitos sociais demandam medidas redutoras de desigualdades [...] e essas medidas dependem quase que exclusivamente de investimentos estatais [...] o grande problema para a efetivação desses direitos reside mesmo é na escassez de recursos para viabilizá-los – o chamado limite do financeiramente possível –, perversamente mais reduzidos onde maior é a sua necessidade, ou seja, naquelas países absolutamente pobres, subdesenvolvidos ou em desenvolvimento”. (MENDES,

7 DA NECESSIDADE DE VALORIZAÇÃO DAS ATIVIDADES CULTURAIS COMO ELEMENTO FORMADOR HUMANO E DA SOCIEDADE

Como já constatado no decorrer do presente texto, a cultura é vista como um aspecto supérfluo na formação dos povos na contemporaneidade e o Brasil, neste sentido, segue a cartilha com exatidão, como se pode constatar na própria participação do Ministério da Cultura no orçamento nacional⁵¹.

Correto está, também, compreender que no que se refere à análise da questão dos direitos culturais visto à luz dos direitos sociais deve ser levada em conta a condição da reserva do possível, como já indicado. Neste sentido, sabe-se que há direitos de liberdade que, uma vez que seja necessária uma aplicação de obrigações por parte do Estado, é importante compreender que eles passam por uma questão de ordem econômica. Especificamente no que respeita à cultura, considerando-se que a possibilidade de liberdade criativa necessita de um mínimo de educação e conhecimento a ser apreendido, o problema já se coloca com mais gravidade. Isto porque liberdade criativa está, em alguma medida, também relacionada a um mínimo de conteúdo de formação intelectual. Se não no que se refere a um universo diretamente relacionado como causa e efeito do que pode ser apreendido, ao menos como formação cultural em sentido amplo. Assim, terá mais condições de alcançar possibilidades de compreender música e compor música quem tenha uma formação mais ampla, tendo acesso, por exemplo, a concertos de música erudita na mesma medida em que haja acesso a programações culturais de música popular por meio, por exemplo, de localidades populares, como é o caso das lonas populares na cidade do Rio de Janeiro.

Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009. p. 760-761)

⁵¹ No ano de 2013, o orçamento do setor cultural (por meio da dotação orçamentária destinada ao Minc) teve considerável incremento, esperando-se, tão somente, que não se trate de uma destinação eventual, mas efetivamente uma mudança de pensamento sobre a importância da valorização da cultura no país. Sobre o tema, ver: <<http://blog.planalto.gov.br/ministerio-da-cultura-tera-orcamento-de-r-3-bilhoes-em-2013-afirma-dilma-ao-emposar-marta-suplicy/>> e <http://www.cultura.gov.br/leis/-/asset_publisher/aQ2oBvSJ2nH4/content/orcamento-do-ministerio-da-cultura-de-2013/10895>. Sobre o detalhamento do planejamento do orçamento para 2013, incluindo o Ministério da Cultura com as suas de vidas rubricas e destinação orçamentária especificada, ver o relatório do Ministério do Planejamento: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/sof/ploa2013/Volume_2.pdf>.

É claro, se a cultura está imbricada – e está – com a educação deve-se levar em conta o alto custo da educação em países de modernidade tardia, para utilizar uma expressão difundida por Lenio Streck que já indiquei. A valorização da cultura, no Brasil, ainda é incipiente se comparada com outros países que tem nesta atividade um verdadeiro mercado. Deve-se considerar que a cultura faz parte do desenvolvimento da sociedade a longo prazo, para dizer o mínimo. Um povo orgulhoso de suas atividades e produções culturais as irradia com mais fervor. Neste sentido, não parece haver dúvida de que uma política cultural inclusiva passa por uma universalização da educação, como ainda não se conseguiu alcançar no caso brasileiro. Enquanto a universalização do ensino fundamental foi já alcançada, ainda que todas as críticas que lhes possam ser feitas⁵² a universalização em novos graus precisa ser buscada, mas também com uma formação, ao menos complementar, de aspectos culturais relevantes.

⁵² Sobre a universalização do ensino fundamental, veja-se o estudo de Romualdo Portela de Oliveira denominado *Da universalização do ensino fundamental ao Desafio da qualidade: uma análise histórica*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v28n100/a0328100.pdf>> e <www.cedes.unicamp.com.br>: “Abunda na literatura uma interpretação bastante crítica desse processo de expansão do ensino, enfatizando o que não se alcançou e diminuindo a importância do que se conseguiu. A opção feita neste texto foi chamar a atenção para o que se conseguiu. Não que isso signifique abraçar um otimismo ilusório ou que não se perceba a dimensão das insuficiências e da desigualdade incorporada nessa dinâmica. Entretanto, tomado de um ponto de vista histórico, esse processo reduziu a desigualdade de acesso à educação e não a aumentou, ainda que esta permaneça acentuada. Na mencionada publicação do IPEA, essa leitura é evidenciada na seguinte passagem: Um aspecto particularmente importante de nosso sistema educacional é que virtualmente todos entram na escola, mas somente 84% concluem a 4ª série e 57% terminam o ensino fundamental. O funil se estreita ainda mais no nível médio, no qual o índice de conclusão é de apenas 37%, sendo que, entre indivíduos da mesma coorte, apenas 28% saem com diploma. (IPEA, 2006, p. 129) Entretanto, se não percebermos que a desigualdade é outra, não estaremos preparados para enfrentá-la adequadamente. Paradoxalmente, mais educação gera demanda por mais educação. Esse é o ponto que procurei assinalar com força neste texto. A universalização do ensino fundamental gerou duas novas demandas populares por acesso à educação. Uma materializada na matrícula no ensino médio e mesmo no ensino superior, implodindo, ironicamente, a vertente de economia de recursos que originou parte das políticas de correção de fluxo. A vertente que prosperou foi a democratizadora, por mais educação, para maior número de pessoas, por mais tempo. A segunda demanda, propositadamente não mencionada, refere-se à questão da qualidade. Ainda que não se possa arguir com tranquilidade que a escola que foi deixada para trás nesse processo, a idílica escola de privilégios de alguns, como menciona Mariano Enguita (1995), tivesse de fato qualidade, no momento em que os setores excluídos anteriormente passam a ingressar e permanecer no sistema, emerge com toda força o desafio de lograr democratizar o conhecimento historicamente acumulado. A superação da exclusão por falta de escola e pelas múltiplas reprovações tende a visibilizar a exclusão gerada pelo não aprendizado ou pelo aprendizado insuficiente, remetendo ao debate acerca da qualidade do ensino. É a qualidade ‘que oprime o cérebro dos vivos’ e ocupa o centro da crítica ao processo presente de expansão, tornando-se a questão central da política educacional referente à educação básica nos próximos anos.”

Por outro lado, o reiterado apoio a manifestações repetitivas de padrões universalizados da cultura brasileira não dão apoio e suporte a que outros conceitos surjam. Assim, quanto mais se valoriza, excessivamente, a cultura das escolas de samba em detrimento das atividades de bois de Parintins, por exemplo, não se consegue sair de um mesmo roteiro básico de apresentação de padrões universalizantes. Há de se tomar cuidado com o dirigismo cultural, mas deve se compreender que é pernicioso a reiteração dos mesmos valores em detrimento da diversidade cultural que, esta sim, deveria ser objeto de políticas públicas, como forma de divulgação das “diferentes culturas brasileiras”. Ou seja, ainda que não se possa estabelecer uma distinção qualitativa para se enquadrar alguma atividade como mais necessária do que outra, sob pena de dirigismo cultural, também é verdade que quanto mais se permite o uso de leis de incentivo por parte do Estado para os mesmos nomes já consagrados e já assentados na cultura brasileira, mais distante se está de um fortalecimento da diversidade cultural⁵³.

Por outro lado, políticas de troca de informação cultural deveriam ser implementadas pelo Estado, como forma de introduzir diferentes culturas em grupos diferenciados. Por exemplo, não seria má ideia criar intercâmbios culturais entre escolas públicas, por meio dos quais os próprios alunos poderiam, durante certo período, frequentar atividades em escolas de regiões diferentes, com medida de aproveitamento/absorção da cultura local.

Em linhas gerais, o que se deve pretender é que a incrementação e a valorização da cultura como elementos de formação do povo brasileiro devem ser objeto das preocupações do constitucionalismo brasileiro e de políticas culturais efetivas.

8 DA NECESSIDADE DE ESTÍMULO À PRODUÇÃO CULTURAL COMO ELEMENTO DE FORMAÇÃO DA SOCIEDADE

A esta altura, parece estar compreendido o fato de que os direitos culturais não podem ser vistos somente sob o olhar da liberdade de cria-

⁵³ Repare-se a recente polêmica sobre o blog de divulgação de poesia com a participação da cantora Maria Bethânia. Fontes: Jornal *O Globo*: <<http://oglobo.globo.com/cultura/mat/2011/03/20/blog-de-poesia-de-maria-bethania-inspira-debate-sobre-projetos-brasileiros-na-web-924048888.asp>>; Folha de S. Paulo: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/889245-maria-bethania-podera-ter-r-13-milhao-para-criar-blog.shtml>>; Ministério da Cultura: <<http://www.cultura.gov.br/site/2011/03/17/maria-bethania-nao-recebeu-dinheiro-do-ministerio-da-cultura/>>.

ção artística e, obviamente, da proteção da criação por meio do direito de autor, mas deve ser observado sob a ótica de direitos fundamentais sociais. Assim, eventuais falhas interpretativas sobre o posicionamento da proteção da cultura no universo constitucional (que é o hábito corriqueiro) conduzem à conclusão de que a formação cultural deve ocupar um espaço privilegiado na formação do povo brasileiro, sendo certo que medidas procedimentais e de política legislativa podem ser tomadas como meios de efetivação dos direitos culturais, considerando-se, inclusive, a cultura como investimento.

Já se concluiu que as manifestações culturais, de qualquer forma, de fato devem ser valorizadas e difundidas. A plena difusão das manifestações culturais pode ocorrer de diversas formas para atingir a maior parcela possível da população, por meio, por exemplo, da própria criação e apoio para a criação e surgimento de novos ambientes culturais (centros culturais, bibliotecas, estabelecimento de cinema, de teatros, tudo isto principalmente em localidades com pouca difusão cultural, permissão para surgimento de rádios comunitárias, etc.)

Por outro lado, um aspecto que deve ser considerado é que não há estímulo suficiente para que a sociedade civil tenha interesse em investir em cultura. Isto decorre do fato de que, no ambiente da criação artística e do mercado cultural impera um entendimento de que quem trabalha com arte e cultura – principalmente o empreendedor do setor – deve absorver, ainda que indiretamente, um espírito de mecenas, abrindo mão de seus lucros em detrimento da simples função perseguida. Dito de outra forma, se nos setores bancário ou financeiro, da construção civil, da saúde privada, do transporte, só para citar alguns, ninguém espera que haja descontos ou benefícios aos consumidores ou destinatários finais (ao menos como benesse), por outro lado, no universo do empreendedorismo cultural a sociedade somente vê com bons olhos o empresário que atue de modo a permitir cortes ou diminuição no seu lucro e, caso a legislação assim determine, que o mesmo seja efetivamente responsável por benefícios diretos ao consumidor, como é o caso das políticas legislativas de meia-entrada no setor cultural.

Assim, além de uma certa *vergonha institucionalizada* por perseguir lucros no setor cultural, também se deve enfrentar uma pré-compreensão social de que o mercado cultural deve absolver prejuízos em decorrência de se tratar de cultura, em especial se o empreendedor tiver prazer ou orgulho de sua atividade, o que seria o mesmo que dizer que alguém que

tenha prazer em sua profissão deva ser menos remunerado por esta circunstância.

As políticas de difusão cultural, de proteção cultural e de acesso à cultura no Brasil compreendem, todas, em sua medida, falhas estruturais que necessitam ser modificadas para uma efetivação eficiente dos direitos culturais. Considerando o fato de que o texto constitucional não abarca as medidas legislativas nem as determinações de efetivação, tal tarefa se torna ainda mais difícil, visto que seria necessária uma reformulação de diversos diplomas infraconstitucionais.

9 PONTUAÇÕES DE ASPECTOS PRAGMÁTICOS E PROCEDIMENTAIS PARA VALORIZAÇÃO DA CULTURA COMO ELEMENTOS FORMADOR DO POVO BRASILEIRO E DE MAIOR MOVIMENTAÇÃO DO CÍRCULO CULTURAL

Do ponto de vista de aspectos pragmáticos, há possibilidades procedimentais diversas ao desenvolvimento de condições de difusão cultural, que obviamente necessitam ser desdobradas em estudos aprofundados, uma a uma, com a finalidade de buscar soluções de efetividade. Ainda assim, algumas merecem indicações ao menos ilustrativas:

- 1 – Reformulação das leis de meia-entrada. É importante salientar que as leis de meia-entrada, senão em sua totalidade, em sua maioria não contemplam soluções adequadas e facilitadoras da circularidade cultural. O não estabelecimento de limites de ingressos a serem comercializados (tornado o ônus pesado ao produtor cultural) dificulta o acesso à manifestações culturais. Por outro lado, os valores dos ingressos sofrem descontos “artificializados” para atender às leis e não há planejamento adequado por parte dos produtores culturais. Por fim (nesta sintética apreciação do tema) “falsos beneficiários⁵⁴” buscam a atribuição decorrente dos descontos por sua posição fazendo com que os custos finais da produção sejam muito mais altos

⁵⁴ Pessoas que fazem uso de documentações falsas ou que requerem a impressão de carteiras de estudante sem ostentar esta posição, para citar exemplos. Estas figuras merecem a consideração de participantes mais execráveis do ambiente cultural, pois arditosamente se beneficiam de vantagens não atribuídas a si, prejudicando toda a circularidade cultural, sendo perniciosas a todo o processo inerente à cultura.

do que o esperado pela obrigatoriedade dos descontos, sendo onerados os que não são contemplados com a condição de beneficiário que, por sua vez, deixam de frequentar eventos culturais, por impossibilidade de participação econômica.

- 2 – Reformulação da atual lei de direitos de autor e direitos conexos em vigor (Lei 9.610/98), por meio da inclusão de mecanismos de acesso a obras, sem excessiva imposição sob pena de desestimular o processo criativo e o mercado cultural.
- 3 – Reformulação das leis de incentivo fiscal por meio de (alguma efetiva) responsabilização sobre o resultado das obras produzidas e criadas com verba pública.
- 4 – Reformulação das leis de incentivo fiscal por meio da criação de um fundo econômico com a finalidade de promoção de atividades que sejam efetivamente necessárias e cujos incentivos fiscais sejam direcionados, como medida de fortalecimento da cultura a longo prazo, como elemento formador/desenvolvedor de manifestações culturais.
- 5 – Estabelecimento de uma política pública de reconhecimento de que os direitos culturais são direitos sociais e, portanto, que as manifestações culturais devem ser promovidas pelo Estado como elemento complementar da educação.
- 6 – Estabelecimento de atividades culturais não populistas e que possam dar retorno ao Estado, para que, com o resultado econômico, possam ser redirecionadas para novas atividades culturais, aumentando a circularidade cultural, por exemplo, por meio das seguintes atividades: 1 - contratação de artistas a preços populares que possam ser cobrados da população, e que com isso possam ser mais efetivas do que espetáculos musicais gratuitos; 2 – participação do Estado, não somente por meio de leis de incentivo, mas por meio de participação econômica como destinatário de partes dos lucros das atividades, que integrariam um fundo de circularidade cultural, cujas verbas seriam obrigatoriamente utilizadas para desenvolvimento de novas atividades culturais, entre outras.

Evidentemente que cada uma destas medidas necessitam de uma política legislativa efetiva e que considere os direitos culturais como inte-

resse por parte do Estado e objetivo para desenvolvimento de atividades culturais. Tratam-se de brevíssimas reflexões, mas que tem um condão de trazer algum pragmatismo à discussão inerente à circularidade cultural.

10 CONCLUSÕES

Diante do exposto, uma série de conclusões pode ser tomada, com fins a ainda mais desenvolver os temas dos direitos culturais:

- 1 – O desenvolvimento de atividades culturais criativas deve ser livre e a constituição deve garantir e preservar esta liberdade, tanto seja pela permissão da escolha de profissões que se insiram em atividades que sejam consideradas artísticas, seja pela própria garantia da liberdade de criação artística por parte de qualquer pessoa.
- 2 – A liberdade de criação artística e de conhecimento passa também pelo acesso à cultura, que deve ser promovida pelo Estado, não obstante o fato de que este deve compreender que a cultura não deve ser considerada gratuita para que somente neste caso haja um acesso às suas diferentes manifestações (liberdade de acesso à cultura não significa, necessariamente, gratuidade).
- 3 – O Estado deve promover a proteção das criações artísticas e do sujeito-criador por meio de leis de proteção de direitos de autor, garantindo o estímulo à criação, sem promover, com isto, uma excessiva utilização das obras protegidas em detrimento das obras ou de seus criadores.
- 4 – Deve ser compreendido que o Estado deve possibilitar a circularidade criativa, que comporta a complexidade de atos e fatos indicativos de que as manifestações culturais ocorrem de modo circular, havendo a necessidade de fomento e estímulo para a sociedade.
- 5 – Também deve ser compreendido que a circularidade criativa comporta também toda e qualquer circunstância factual que possa gerar uma manifestação criativa ou o acesso às criações artístico-culturais, e que as atividades econômicas relacionadas à cultura também fazem parte deste processo.

- 6 – O Estado e a sociedade devem atuar no sentido da valorização das atividades culturais e os direitos culturais devem ser vistos, também, como direitos fundamentais sociais de 2ª geração.
- 7 – As atividades culturais devem ser vistas como elemento economicamente viável e de interesse da sociedade como investimento econômico.
- 8 – A garantia do acesso à cultura no ambiente da circularidade cultural, a longo prazo, auxilia na formação do povo e fortalece os seus laços culturais e interesse pelas atividades formadores da personalidade coletiva e da sua própria essência cultural.
- 9 – Devem ser criados procedimentos que conduzam à circularidade cultural, com o intuito de que a cultura possa circular, ser absorvida e gerar desenvolvimento econômico.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL, Ministério da Cultura. <<http://www.cultura.gov.br/site/2011/03/17/maria-bethania-nao-recebeu-dinheiro-do-ministerio-da-cultura/>>.

BRASIL, Ministério da Cultura: <http://www.cultura.gov.br/leis/-/asset_publisher/aQ2oBvSJ2nH4/content/orcamento-do-ministerio-da-cultura-de-2013/10895>.

BRASIL, Ministério do Planejamento. <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/sof/ploa2013/Volume_2.pdf>.

BRASIL, Presidência da República. <<http://blog.planalto.gov.br/ministerio-da-cultura-tera-orcamento-de-r-3-bilhoes-em-2013-afirma-dilma-ao-empossar-marta-suplicy/>>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodologia Fuzzy e camaleões normativos na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: _____. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

DAVUTOGLU, Ahmet. Cultura global versus pluralismo cultural: hegemonia civilizacional ou dialogo e interação entre civilizações. In: BALDI, Cesar Augusto (Org.). *Direito Humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

DRUMMOND, Victor Gameiro. *Internet, privacidade e dados pessoais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

ESPAÑA. Constitución Española de 27 de diciembre de 1978. In: *Constituciones de España (1808-1978)*. Madrid: Editorial Segura, 1988.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The Constitution of the United States of America. In: *The Constitution/The Declaration of Independence and the Articles on Confederation*. Radford: Wilder Publications, 2008.

FOLHA DE S. PAULO. <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/889245-maria-bethania-podera-ter-r-13-milhao-para-criar-blog.shtml>>.

HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HYDE, Lewis. *Dádiva e a Origem da obra de arte*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

HUSTER, Stefan; PAU, António; ROCA María J. *Estado y Cultura*. Madrid: Fundación Colóquio Jurídico Europeo, 2009.

IPHAN - Instituto Nacional do Patrimônio Imaterial. <<http://portal.iphan.gov.br>>.

LEAL, Rogério Gesta. *A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional*. Disponível em: <www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/doutrina/doc/DireitoSaude.doc>.

_____. *Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LOSANO, Mario G. *Sistema de estrutura no Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2 – o século XX.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. Liberdade religiosa e Liberdade de Aprender e Ensinar. In: _____. *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais*. Estoril: Principia, 2006.

_____. O Patrimônio Cultural e a Constituição (Tópicos). In: _____. *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais*. Estoril: Principia, 2006.

O GLOBO: <<http://oglobo.globo.com/cultura/mat/2011/03/20/blog-de-poesia-de-maria-bethania-inspira-debate-sobre-projetos-brasileiros-na-web-924048888.asp>>.

OLIVEIRA, Romualdo Portela de. *Da universalização do ensino fundamental ao Desafio da qualidade: uma análise histórica*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v28n100/a0328100.pdf>> e <www.cedes.unicamp.com.br>.

SILVA, Vasco Pereira da. *A cultura a que tenho direito*. Direitos fundamentais e cultura. Coimbra: Almedina, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: uma teoria da decisão*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

VAIDHYANATHAN, Siva. *Copyrights and copywrongs: The rise of intellectual property and how it threatens creativity*. Stanford: Stanford University Press, 2007.

VICENTE, Dário Moura. *A tutela internacional da propriedade intelectual*. Coimbra: Almedina, 2008.

WALL, Roberta Rosenthal. *The soul of creativity, forging a moral rights law for the United States*. Stanford: Stanford University Press, 2009.

ECONOMIA DA CULTURA OU ECONOMIA CRIATIVA? INTERSECÇÕES E TRANSITORIEDADES CONCEITUAIS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CULTURAL BRASILEIRA

Rodrigo Vieira Costa

Advogado. Bolsista da CAPES. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Doutorando em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Culturais da Universidade de Fortaleza. Membro do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Informação – GEDAI, da Universidade Federal de Santa Catarina. Membro do Grupo de Estudos em Direitos Autorais e Industrial da Universidade Federal do Paraná. E-mail: rodrigovieira@direitosculturais.com.br.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo traçar um breve esboço do contraste entre os conceitos de economia da cultura e economia criativa, dimensionando o debate teórico com o atual momento da importância do valor econômico dos bens culturais a orientar a organização da Administração Pública cultural brasileira e o plano normativo das políticas culturais.

Palavras-chave: Economia da Cultura. Economia Criativa. Sistema de Informações e Indicadores.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em geral, quando nos referimos à categoria dos bens culturais enfrentamos imbróglis conceituais, na medida em que há uma confusão usual na sua aplicação para se referir a fenômenos distintos, muito embora próximos. É comum a afirmação de que a cultura é “tudo que se reporta a bens não econômicos”¹, porém se tem ciência de que esta visão é apenas parcial, de uma ótica que aparta o valor cultural do valor de uso-troca dos bens culturais. Isso permite afirmar que existem dois sentidos para

¹ MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, constituição e direitos culturais. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio (Orgs.). *Direito da cultura e do patrimônio cultural*. Lisboa: AAFDL, 2011. p. 159.

os bens culturais, um amplo e outro estrito. Aqui, não há como apartar o caráter simbólico do bem cultural do seu valor patrimonial, daí porque ele se diferencia dos demais bens de consumo.

Frequentemente relegados a um segundo plano dentro dos esquemas analíticos dos economistas – não apenas por desconhecerem as bases sobre as quais se movem, mas também porque pouco ou quase nada de acúmulo se produziu em termos de conhecimento científico acerca de suas propriedades, características e comportamentos de sua cadeia produtiva – os bens culturais na sociedade da informação, de bases tecnológicas e digitais, destacam-se devido a sua crescente importância em percentuais significativos do produto interno bruto de países desenvolvidos e em desenvolvimento. Correspondem a um universo amplo de criações, expressões, atividades e serviços que são de interesse cultural, mas que se destacam por seu valor comercial de mercado ou de uso e de troca geralmente apropriado por arranjos produtivos ou pelas indústrias culturais, cujas fases, segundo Paul Tolila², são enumeradas frequentemente da seguinte forma: criação, edição/produção, fabricação, distribuição, comercialização. Nesta última etapa, acrescentar-se-ia o consumo, tampouco se pode olvidar de que, conforme Allan Rocha³, sem acesso e fruição, a engrenagem da cadeia não funcionará com regularidade e equilíbrio de modo a produzir inovações.

Hoje, este fenômeno não passou despercebido das políticas culturais encetadas em muitos países no globo, cujos fundamentos econômicos transformaram a organização administrativa dos órgãos públicos de cultura, de maneira a modificar o modo como intervêm na seara cultural ou, senão, pelo menos exerceu alguma influência, independente dos modelos de governo adotados; assim, para tornar mais efetivo o acesso aos bens apoiados e fomentados por ações e programas governamentais, bem como aqueles que contam com o incentivo e o financiamento da iniciativa privada, instituíram sistemas de informações que permitem analisar quantitativa e qualitativamente os fluxos dessa economia de um nicho ainda a ser desbravado. Mas o que é a economia da cultura? Trata-se da denominada economia criativa?

² TOLILA, Paul. *Cultura e economia*. São Paulo: Iluminuras; Itaú Cultural, 2007. p. 38-39.

³ SOUZA, Allan Rocha de. Os marcos legais da economia criativa. In: *Plano da Secretaria da Economia Criativa: políticas, diretrizes e ações 2011 a 2014*. Brasília: MINC, 2011. p. 117.

2 A DIMENSÃO ECONÔMICA DA CULTURA

Ao contrário do que se possa imaginar *a priori*, a atenção destinada à cultura pela economia não partiu dos economistas clássicos que em suas teorias não enxergavam o lugar dos bens culturais no processo produtivo das riquezas vinculadas às necessidades humanas, pois não obedeciam às regras básicas fundantes da produção e do consumo (oferta, demanda, custos, preço, trabalho, valor de uso e de troca etc.). Frequentemente, eram tratados como pertencentes ao reino do supérfluo ou do luxo e do lazer⁴, cuja importância era ignorada e até mesmo questionada. Por óbvio que aí está imbuída também a vinculação do ideal aristocrático de cultura dos governos monárquicos absolutos europeus ou da burguesia ascendente a quem serviam os intelectuais, pais fundadores da ciência econômica, pelos idos dos séculos XVIII e XIX, mas que não resistiu ao fenômeno das massas, já ao fim desse último período, na Revolução Industrial⁵.

Na *Dialektik der Aufklärung*, traduzida para o português como *Dialética do Esclarecimento*, Adorno e Horkheimer⁶ cunharam o conceito de indústrias culturais, de um lado para designar a produção e o consumo dos bens de caráter simbólico com as características da sociedade industrial, de outro para se opor ao termo muito utilizado de cultura de(as) massas que mascarava o funcionalismo da cultura no processo de produção capitalista, pois essa ideia queria referir-se à cultura proveniente de uma determinada população ou à universalização do acesso aos bens culturais sem dimensionar sua conversão em mercadoria de consumo. Os frankfurtianos estavam interessados em compreender os eficazes meios de dominação da razão humana através da empregabilidade das técnicas modernas de produção da indústria em série aplicadas aos bens culturais, tais como o cinema, o rádio, os jornais, os livros, a música e a televisão.

O também teórico da Escola de Frankfurt, Herbert Marcuse, advertiu que a racionalidade tecnológica do modo de produção capitalista, em

⁴ John Meisel (1974, p. 604-605) pontua que no Canadá o interesse acadêmico e a institucionalização da cultura deram-se como consequência da sociedade pós-industrial que proporcionou maior tempo livre e ócio à vida das pessoas, incrementada pelo consumo de massa. Assim, inicialmente, as políticas culturais canadenses voltaram-se para um vínculo estreito com o lazer da população. (MEISEL, John. Political culture and the politics of culture. *Canadian Journal of Political Science*, v. 7, n. 4, p. 601-615, dez. 1974. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/3230568>>. Acesso em: 11 jan. 2013)

⁵ TOLILA, Paul. *Cultura e economia*. São Paulo: Iluminuras; Itaú Cultural, 2007. p. 25-28; BENHAMOU, Françoise. *A economia da cultura*. Cotia: Ateliê Editorial, 2007. p. 15-16.

⁶ ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985. p. 113 e ss.

boa parte, transformou radicalmente a autonomia individual, moldando por meio de técnicas de padronização massificada os gostos, sentimentos e ações humanas, antecipando o debate sobre a homogeneização cultural da globalização com seu conceito de padronização, no qual afirmava que

[...] a produção em massa mecanizada está preenchendo os espaços nos quais a individualidade poderia se afirmar. A padronização cultural de forma bastante paradoxal, aponta para a abundância potencial, bem como para a pobreza real. A padronização pode indicar o grau em que a criatividade e a originalidade individuais tornam-se desnecessárias.⁷

Sob o manto da denúncia sociológica da Escola de Frankfurt, à qual pertenciam os dois pensadores, além de contar com as contribuições de Herbert Marcuse e Walter Benjamin, e que influenciou toda uma geração posterior de análises, como as de Bourdieu, Elias, Edgar Morin, Bachelard, entre outros, as teorias econômicas se viram pressionadas não apenas pelos fatos e circunstâncias históricas, mas para atender a um setor cada vez mais organizado e formalizado, que necessitaria de informações e dados confiáveis acerca do setor sobre custos, públicos, gostos, padrões de consumo, investimentos públicos e privados, dentre outras coisas.

Este fenômeno ganhou notoriedade com a globalização ou, na versão francesa do termo, mundialização, dos mercados, ao se referir ao papel homogêneo que as indústrias culturais exerciam sobre os gostos e padrões das pessoas no Planeta. Renato Ortiz⁸ reserva “a idéia de mundialização ao domínio da cultura”. Por isso, antes de enxergar qualquer unicidade ou homogeneização cultural, parece mais interessante compreender a relação globalização econômica-cultura e no que consiste a autonomia deste último campo.

A ideia de imperialismo cultural, muito recorrente nos debates atuais e nos discursos dos ativistas políticos, ainda está demasiado arraigada de que o local está refém da reprodução cultural de uma ordem global ditada pelo capital internacional, que não conhece limites, nem fronteiras. A produção cultural reproduziria apenas as relações imperialistas de produção e agravariam as relações “de interdependência, alienação e antagonismo”,

⁷ MARCUSE, Herbert. *Tecnologia, guerra e fascismo*. São Paulo: Unesp, 1999. p. 99.

⁸ ORTIZ, Renato. *Mundialização e cultura*. São Paulo: Brasiliense, 2000. p. 29.

formando e legitimando “estruturas de dominação política e apropriação econômica”⁹.

Essa concepção passa por conceber a cultura como produto e subordinada à economia; entende o *american way of life* como cultura de exportação norte-americana ou, em um sentido mais amplo, ocidental, que irá substituir ou aniquilar inexoravelmente todas as demais. A cultura é a cultura de massas que não está mais adstrita aos mercados internos das nações, mas afeita aos signos dos interesses dos organismos econômicos internacionais e do mercado financeiro e àqueles dos mais variados tipos de bens culturais considerados pelas indústrias culturais como símbolos de padrões de desenvolvimento. Valores caros da tradição universalista da modernidade iluminista, como a democracia e os direitos humanos, são ofertados quais bens de consumo; caso o cidadão-consumidor não queira comprá-los, adquiri-los, sofrerá sanções das mais variadas, que implicarão na relativização de suas soberanias e na sua autodeterminação, quando mais significará o exílio da convivência na sociedade internacional.

Pode-se ainda alimentar o *clash of civilizations* de Huntigton¹⁰ que, embora reconheça a existência de uma multiplicidade de culturas e civilizações, cria uma superioridade hierárquica entre elas, na qual a cultura de um grupo de nações dominantes da nova ordem mundial entrará em conflito com as demais e instaurará ordens sociais, valores e formas de expressão de cunho tipicamente ocidental. Esquece-se, porém, que a cultura tem meios próprios de responder a estímulos que lhes são exteriores, como adaptar-se, resistir, repudiar ou mesmo incorporar e reinterpretar esses elementos.

Seja como for o processo de expansão dos bens culturais, associado às novas tecnologias, e seus impactos sociais e uma autonomia relativa no que concerne ao seu sistema de relação de produção, circulação e consumo¹¹, ainda que, segundo Celso Furtado¹², a cultura escape “ao cálculo econômico em sua versão tradicional”, a economia da cultura é, desde a década de 60 do século passado, não apenas uma realidade, mas uma necessidade para a aferição das características particulares de suas cadeias

⁹ IANNI, Octavio. *Imperialismo e cultura*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1976. p. 7.

¹⁰ HUNTINGTON, Samuel P. *O choque das civilizações e a ordem econômica mundial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1996.

¹¹ BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas simbólicas*. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 99.

¹² FURTADO, Celso. A economia da cultura. In: ÁLVAREZ, Gabriel O. *Indústrias culturais no Mercosul*. Brasília: Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 2003. p. 11.

produtivas, bem como um campo de análise que permite aos poderes públicos formular suas políticas culturais, de acordo com as demandas sociais que se apresentem.

Hodiernamente, a economia da cultura vem dando lugar à denominada economia criativa, que nada mais é do que o alargamento conceitual da primeira. Na visão de Paulo Miguez¹³, “as indústrias criativas significam, particularmente, a ampliação dos campos de estudos e pesquisas dedicados às artes, às indústrias culturais e aos media na perspectiva da incorporação de setores e dinâmicas típicas da nova economia”.

O conceito é de origem anglófona (Inglaterra, Austrália, Nova Zelândia) e ganhou notoriedade a partir da propaganda política dos trabalhistas ingleses, no prenúncio do que viria a ser o governo do Primeiro-Ministro Tony Blair, em 1997. É fato que, assim como o *New Labour*, a Unesco não desconhecia esse discurso associativo entre economia e cultura enquanto fator de desenvolvimento, porém sempre teve cuidado ao evitar os determinismos que poderiam eventualmente advir dessa relação. Todavia, diante da viabilidade do crescimento do Reino Unido, assim como da constatação de que a antiga compreensão do significado de indústrias culturais não seria suficiente para substituir as áreas economicamente em declínio, os ingleses apostaram na criatividade como força motriz da produção de bens e serviços que escapavam simplesmente da ordem dos valores simbólico, artístico e recreativo para passar ao campo da utilidade técnica, prática e funcional¹⁴.

A rigor, não há setor industrial que não funcione a partir da criatividade, pois ela nada mais é do que uma característica inerente do próprio ser humano e integra o que se conhece como capital intelectual, cuja associação imediata está vinculada às capacidades de imaginar, de inventar, de se inspirar, de ter ideias e de criar coisas novas e originais, isto é, produzir e aplicar conhecimentos¹⁵. Para Paulo Miguez¹⁶,

[...] a economia criativa trata dos bens e serviços baseados em textos, símbolos e imagens e refere-se ao conjunto distinto de ati-

¹³ MIGUEZ, Paulo. Economia criativa: uma discussão preliminar. In: NUSSBAUMER, Gisele Marchiori (Org.). *Teorias e políticas da cultura: visões multidisciplinares*. Salvador: EDUFBA, 2007. p. 98.

¹⁴ BOTELHO, Isaura. Criatividade em pauta: alguns elementos para reflexão. In: *Plano da Secretaria da Economia Criativa: políticas, diretrizes e ações 2011 a 2014*. Brasília: MINC, 2011. p. 83.

¹⁵ ONU. *Rapport sur l'économie créative 2008 – le défi d'évaluer l'économie créative: vers une politique éclairée*. Genebra: UNCTAD; DITC, 2008. p. 35-36.

¹⁶ MIGUEZ, Paulo. Loc. cit., p. 96-97.

vidades assentadas na criatividade, no talento ou na habilidade individual, cujos produtos incorporam propriedade intelectual e abarcam do artesanato tradicional às complexas cadeias produtivas das indústrias culturais.

Vê-se que a economia criativa procura aproximar áreas, tais quais a moda, o artesanato, o universo dos jogos eletrônicos, os esportes, o turismo, que aparentemente estavam desconexas das indústrias culturais tradicionais, para o centro de debates e iniciativas do que se designou de a nova economia da sociedade da informação e do conhecimento. Mas quais são as indústrias criativas que se encontram no cerne deste conceito? Segundo o Relatório da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento – UNCTAD¹⁷ sobre economia criativa, as indústrias criativas:

[...] podem definir-se como os ciclos de criação, produção e distribuição de bens e serviços que utilizam a criatividade e capital intelectual como insumos primários. Elas compreendem um conjunto de atividades baseadas no conhecimento e que produzem bens e serviços intelectuais ou artísticos tangíveis e de conteúdo criativo, valor econômico e objetivos de mercado. As indústrias criativas abarcam um campo vasto e heterogêneo que compreende a interação entre várias atividades criativas desde as artes e artesanatos tradicionais, a imprensa, a música e as artes visuais e dramáticas, até grupos de atividades tecnológicas e orientadas a serviços tais como a indústria cinematográfica, a televisão e a rádio, as novas mídias e o desenho.¹⁸

O problema que se apresenta nesta amplitude é o mesmo que está presente na vastidão da dimensão antropológica da cultura, o que dificulta não apenas a demarcação de competências na esfera administrativa dos órgãos e entidades responsáveis juridicamente pela formulação de políticas no setor, assim como também das próprias políticas. É inegável, porém, que muitas dessas áreas não só se comunicam, como se torna, cada vez mais, diante da complexidade das relações humanas, necessário estabelecer intersecções e atuações conjuntas sobre certas esferas da vida em sociedade.

¹⁷ Sigla em inglês que significa *United Nations Conference on Trade and Development*.

¹⁸ ONU. *Rapport sur l'économie créative 2008 – le défi d'évaluer l'économie créative: vers une politique éclairée*. Genebra: UNCTAD; DITC, 2008. p. 63. Tradução livre do autor da versão em espanhol.

Além disso, no sistema industrial do capitalismo, hoje conduzido pelas técnicas digitais, no qual o autor-criador, o intelectual, o artista, despontou como produtor da cultura¹⁹, nem tudo que é produzido é fruto da criatividade enquanto inovação. Walter Benjamin²⁰ atribuiu esta era à reprodutibilidade técnica das obras de artes, na qual os bens culturais perdiam sua autenticidade e aura em razão dos mecanismos de cópia e reprodução em larga escala que, ao tempo em que aproximava os indivíduos das obras, afetava as formas tradicionais de sua percepção e os valores estéticos. As indústrias culturais se alimentam do paradoxo entre criação e padronização.

Para Edgar Morin²¹, se por um lado a própria indústria cria filtros nos quais escolhe os produtos e padrões estéticos que alcancem o maior público de consumidores possíveis, por outro, o funcionamento interno do consumo exige que encete novas transformações sobre esses modelos ou crie novos individualizados, originais. O ciclo retorna ao seu início quando ocorre a mutabilidade da inventividade em padrão. Ocorre que nem tudo na cultura é albergado pelas indústrias culturais e a técnica do consumo de massas, às vezes a novidade, se opõe aos padrões erigidos como dominantes. Se, de alguma maneira, a liberdade e a autonomia é que conduzem o processo criativo, ela tanto pode se opor aos arquétipos da lógica serial, quanto pode criar circuitos ou nichos econômicos alternativos descentralizados que escapem às concentrações e monopólios das indústrias culturais.

Esta preocupação também é partilhada pelos juristas, em particular no campo dos direitos autorais, principalmente, nas últimas décadas, com o deslocamento dos debates acerca da propriedade intelectual da Organização Mundial de Propriedade Intelectual – OMPI para o âmbito da Organização Mundial do Comércio – OMC, pois os direitos intelectuais cada vez mais são vistos somente sob o aspecto econômico e não pelo seu valor cultural, nas palavras de José de Oliveira Ascensão²², “o próprio direito de

¹⁹ BENJAMIN, Walter. *Magia e Técnica, Arte e Política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. Tradução Sergio Paulo Rouanet. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987. (Obras Escolhidas I). p. 125 e ss.; BUCK-MORSS, Susan. *Origen de la dialéctica negativa*: Theodor W. Adorno, Walter Benjamin y el Instituto de Frankfurt. Buenos Aires: Eterna Cadencia, 2009. p. 95-103.

²⁰ BENJAMIN, Walter. Loc. cit., p. 165-170.

²¹ MORIN, Edgar. *Cultura de massas no século XX: o espírito do tempo 1: neurose*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 24-29.

²² ASCENSÃO, José de Oliveira. _____. Inovação, criatividade e acesso à cultura. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio (Orgs.). *Direito da cultura e do patrimônio cultural*. Lisboa: AAFDL, 2011. p. 294.

autor foi transformado em mercadoria”. Este predomínio tem banalizado o conceito de obras intelectuais²³, cuja proteção lhe é conferida pelas normas internas e internacionais que versam sobre direitos autorais e os que lhe são conexos, pela extensão de sua tutela a objetos estranhos às suas características basilares. Nesses tempos em que a cultura se transformou em negócio, criatividade não significa inventividade ou novidade, no mais pode alcançar inovação, mas sob os auspícios do que o mercado assim entende. Ainda segundo o autoralista português:

O efeito da inovação é meramente consumista. O valor principal é mercadológico – impulsiona o sistema. Mas em si nada diz sobre o valor do objecto da inovação. Podemos então qualificar a inovação como **perfume do mercado**. Faz a roda girar. Mas um girar em si mesma. Ao ponto de poder girar sobre produtos de alto luxo e escassa utilidade. Verificando-se depois que uma economia baseada no incitamento vazio ao consumo constitui uma das causas mais importantes da crise.

[...]

A inovação é diferença; no sector cultural, a inovação não se traduz em criatividade. A inovação é ditada pelo mercado, é necessário que haja constantemente produtos novos que agitem o mercado. Mas que esses produtos tenham ou não criatividade é irrelevante. Se as massas se contentam com elementos repetitivos ou foram habituadas a tal, o mercado é servido, mas a criatividade dispensada.²⁴

No sistema econômico vigente, “o bem cultural não vale por si (valor de uso – que se conserva de forma ilusória na sociedade capitalista), mas pelo o que significa socialmente (valor de troca – que assume ficticiamente valor de uso)”²⁵. Mas, diferentemente de outros tipos de bens, há fatores marcantes que os caracterizam como a subjetividade nos atos de criação e

²³ Para Paula Sibilla, na era digital, já não se sabe quais são as fronteiras, as zonas de penumbra, entre as diversas formas de exposição da intimidade da vida privada e as criações do espírito que circulam na rede mundial de computadores. Os usuários passaram de uma postura passiva à condição de criadores, contudo as narrativas e registros de sua existência transformaram-se em obra de arte protegida ainda que não possuam qualquer originalidade ou contributo mínimo para serem tutelados. (SIBILLA, Paula. *La intimidad como espectáculo*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica da Argentina, 2009)

²⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. Loc. cit., p. 293-300. Grifo em negrito original.

²⁵ BARBALHO, Alexandre. *Textos nômades: política, cultura e mídia*. Fortaleza: BNB, 2008. p. 33; BENJAMIN, Walter. *Magia e Técnica, Arte e Política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. Tradução Sergio Paulo Rouanet. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987. (Obras Escolhidas I)

de escolha para consumo, além do que esses bens seriam não exclusivos e não rivais²⁶. Tal qual ressaltado por Paul Tolila²⁷, há “uma relativa desconexão entre seus custos de produção e seus preços”, o que Alain Herscovici²⁸ vai detectar no fenômeno da aleatoriedade do uso e do preço, e uma “lógica da oferta” que é influenciada pelas políticas culturais e os incentivos financeiros a determinadas áreas do setor cultural. Também não é de se negar que os bens culturais possuem natureza pública, pois é de fruição coletiva, não importando seu domínio, são, portanto, indivisíveis.

O que quer isto dizer? Ora, nada mais do que a de que os efeitos relativos ao seu consumo importam muito mais na ordem qualitativa do bem, do que na quantidade, de forma a permitir que um conjunto difuso de pessoas possa deles usufruir. É claro que, tal qual se sabe, o acesso, no país, é assimétrico e desigual. Segundo Alain Herscovici²⁹,

[...] o caráter de indivisibilidade não implica na igualdade das utilidades individuais. Como estas são essencialmente simbólicas, no caso dos bens culturais, elas dependem em última análise da estruturação de classes. Esta assimetria, ligada às distâncias sociais, faz surgir o problema da coerência dos critérios de escolha e dos conteúdos relativos às políticas públicas.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, acerca da intervenção no domínio econômico para garantir o acesso à cultura, no caso relativo à inconstitucionalidade de lei que garante a meia-entrada como um direito dos estudantes, na ADI nº 1.950-3, igualmente aos economistas da cultura, o Ministro Carlos Ayres Britto defendeu que bens e valores culturais são passíveis de apropriação pelos atores econômicos, contudo são bens difusos passíveis de proteção estatal, restando o cumprimento de sua função social ao assegurar aos estudantes, em especial crianças e adolescentes, os direitos à educação, cultura e lazer por via direta ou oblíqua. Os bens culturais são bens coletivos, ainda que de domínio privado, como, por exemplo, os monopólios, exclusivos, conferidos pelos direitos autorais aos criadores de obras intelectuais, se sujeitam a limitações relativas ao cum-

²⁶ TOLILA, Paul. *Cultura e economia*. São Paulo: Iluminuras; Itaú Cultural, 2007. p. 29.

²⁷ *Ibid.*, p. 32.

²⁸ HERSCOVICI, Alain. *Economia da cultura e da comunicação*. Vitória: Fundação Ceciliano Abel de Almeida; UFES, 1995. p. 166-167.

²⁹ *Ibid.*, p. 147.

primento da função social ou mesmo quando se está diante de um abuso do exercício desses direitos³⁰.

Recentemente, em concatenação com esta nova visão mundial acerca do desenvolvimento cultural como fator de crescimento econômico e da criatividade e do conhecimento como insumo inerente ao capital intelectual dos indivíduos, o Ministério da Cultura anunciou a criação de mais um órgão em sua estrutura interna: a Secretaria da Economia Criativa, bem como lançou o Plano da respectiva pasta contendo políticas, diretrizes e ações para o quadriênio 2011-2014. Apesar de não haver convergência sobre seu campo de abrangência e diante da inexistência de marcos regulatórios não tangenciais a outros setores já albergados pelas tradicionais indústrias culturais e pelas análises da economia da cultura, não se pode negar que, sendo objetivo fundamental da República a persecução do desenvolvimento nacional, e que campos como os dos produtos advindos da propriedade intelectual fomentam as transformações tecnológicas e econômicas em nome do interesse social (art. 5º, XXIX, da CF/88), juntamente com as ações do Poder Público, no que concerne às políticas do setor (art. 215, § 3º, da CF/88), e que os ciclos de produção de bens culturais compõem o mercado interno, patrimônio nacional brasileiro (art. 219, da CF/88), as indústrias criativas podem viabilizar o desenvolvimento cultural do país. As competências da nova secretaria estão estabelecidas no artigo 17 do Decreto Federal 7.743, de 31 de maio de 2012, que modificou a estrutura interna do Ministério da Cultura.

3 O SISTEMA DE INFORMAÇÕES E INDICADORES CULTURAIS

A complexidade da cultura, à primeira vista, pode induzir à afirmação de que ela seja algo imensurável. Contudo, quando se trata de gestão cultural, não há como formular, programar e implementar políticas públicas sem informações e indicadores do que a constitui e como funciona. Para tanto, é necessário que o Poder Público tenha orientações para suas ações através de análises qualitativas e quantitativas, sem as quais se continuaria no estágio da atuação pontual, descoordenada e sem monitoramento. Sem dados resta impossível avaliar a eficácia de planos, programas, financiamento e da organização administrativa. Essas são as justificativas

³⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito autoral numa perspectiva de reforma. In: WACHOWICZ, Marcos; SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos (Orgs.). *Estudos de direito do autor e a revisão da lei dos direitos autorais*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.p. 19.

para que exista um Sistema de Informação e de Indicadores unificado, que estimule Estados e Municípios a criarem seus parâmetros de avaliação, alimentando-o, para que seja possível localizar as insuficiências da organização administrativa cultural ou até mesmo criar critérios para a distribuição de recursos entre as partes do Sistema Nacional de Cultura.

A Lei 12.343/10 criou o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais – SNIIC. São objetivos desse subsistema do SNC, de acordo com o artigo 9º do diploma legal que o instituiu: a) a coleta, a sistematização e interpretação de dados, o fornecimento de metodologias e o estabelecimento de parâmetros à mensuração da atividade do campo cultural e das necessidades sociais por cultura, que permitam a formulação, monitoramento, gestão e avaliação das políticas públicas de cultura e das políticas culturais em geral, verificando e racionalizando a implementação do PNC e sua revisão nos prazos previstos; b) a disponibilização de estatísticas, de indicadores e outras informações relevantes para a caracterização da demanda e oferta de bens culturais, para a construção de modelos de economia e sustentabilidade da cultura, para a adoção de mecanismos de indução e regulação da atividade econômica no campo cultural, dando apoio aos gestores culturais públicos e privados; c) e o monitoramento e a avaliação das políticas culturais, assegurando ao poder público e à sociedade civil o acompanhamento do desempenho do PNC.

A norma obriga União, Estados, Distrito Federal e Municípios que vierem a aderir ao PNC a atualizar permanentemente seus dados, cuja inserção na plataforma nacional tem caráter meramente declaratório, junto aos processos informatizados de armazenamento e extração de informações. Os declarantes são responsáveis pela inserção de dados no programa de declaração e pela veracidade das informações inseridas na base de dados, e têm por dever dar ampla publicidade e transparência para as informações declaradas e sistematizadas, preferencialmente nos meios digitais, atualizados tecnologicamente e disponíveis na rede mundial de computadores. A sistematização dos conteúdos serve aos programas de monitoramento e análise do Plano Nacional de Cultura (art. 10 da Lei 12.343/10).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Secretaria da Economia Criativa não pode se converter em portavoz das indústrias culturais, pois o seu intento primário deve ser apresentar formas sustentáveis econômica e socialmente às múltiplas possibilida-

des daqueles que atuam à margem do mercado ou mesmo que procuram superá-lo a partir de organizações, cujos fundamentos sejam a solidariedade, a diversidade e as práticas democratizantes de acesso. Além disso, não se pode esquecer que nem tudo na cultura necessita ser economicamente viável e valorado, pois a sua dimensão simbólica para certos grupos e indivíduos é válida por si só.

Para tanto, é necessário que o Poder Público tenha orientações para suas ações através de análises qualitativas e quantitativas dos setores criativos, sem as quais se continuaria no estágio da atuação pontual, descoordenada e sem monitoramento. Sem dados resta impossível avaliar a eficácia de fomentos à economia criativa e de sua inclusão como pauta em planos, programas, financiamentos, assim como se tornaria inócuo justificar sua relevância dentro da hodierna Administração Pública cultural brasileira. Essas são as justificativas para que exista um Sistema de Informação e de Indicadores unificado, que estimule Municípios, juntamente com o Estado e a União, a criarem seus parâmetros de avaliação, alimentando-o, para que seja possível localizar as insuficiências da organização administrativa cultural, criar elos e parcerias entre os diversos níveis federados e as áreas econômicas com a cultura envolvidas ou até mesmo criar critérios para a distribuição de recursos entre as partes do Sistema Nacional de Cultura a fim de fortalecer as regiões menos desenvolvidas do país e diminuir a desigualdade abismal até hoje existente.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

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

_____. Inovação, criatividade e acesso à cultura. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio (Orgs.). *Direito da cultura e do patrimônio cultural*. Lisboa: AAFDL, 2011.

BARBALHO, Alexandre. *Textos nômades: política, cultura e mídia*. Fortaleza: BNB, 2008.

BENJAMIN, Walter. *Magia e Técnica, Arte e Política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. Tradução Sergio Paulo Rouanet. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987. (Obras Escolhidas I)

- BENHAMOU, Françoise. *A economia da cultura*. Cotia: Ateliê Editorial, 2007.
- BOTELHO, Isaura. Criatividade em pauta: alguns elementos para reflexão. In: *Plano da Secretaria da Economia Criativa: políticas, diretrizes e ações 2011 a 2014*. Brasília: MINC, 2011.
- BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas simbólicas*. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.
- BUCK-MORSS, Susan. *Origen de la dialéctica negativa*: Theodor W. Adorno, Walter Benjamin y el Instituto de Frankfurt. Buenos Aires: Eterna Cadencia, 2009.
- FURTADO, Celso. A economia da cultura. In: ÁLVAREZ, Gabriel O. *Indústrias culturais no Mercosul*. Brasília: Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 2003.
- HERSCOVICI, Alain. *Economia da cultura e da comunicação*. Vitória: Fundação Ceciliano Abel de Almeida; UFES, 1995.
- HUNTINGTON, Samuel P. *O choque das civilizações e a ordem econômica mundial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1996.
- IANNI, Octavio. *Imperialismo e cultura*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1976.
- MARCUSE, Herbert. *Tecnologia, guerra e fascismo*. São Paulo: Unesp, 1999.
- MEISEL, John. Political culture and the politics of culture. *Canadian Journal of Political Science*, v. 7, n. 4, p. 601-615, dez. 1974. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/3230568>>. Acesso em: 11 jan. 2013.
- MIGUEZ, Paulo. Economia criativa: uma discussão preliminar. In: NUSSBAUMER, Gisele Marchiori (Org.). *Teorias e políticas da cultura: visões multidisciplinares*. Salvador: EDUFBA, 2007.
- MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, constituição e direitos culturais. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio (Orgs.). *Direito da cultura e do patrimônio cultural*. Lisboa: AAFDL, 2011.
- MORIN, Edgar. *Cultura de massas no século XX: o espírito do tempo 1: neurose*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- ONU. *Rapport sur l'économie créative 2008 – le defi d'évaluer l'économie créative: vers une politique éclairée*. Genebra: UNCTAD; DITC, 2008.
- ORTIZ, Renato. *Mundialização e cultura*. São Paulo: Brasiliense, 2000.
- SIBILLA, Paula. *La intimidación como espectáculo*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica da Argentina, 2009.
- SOUZA, Allan Rocha de. Os marcos legais da economia criativa. In: *Plano da Secretaria da Economia Criativa: políticas, diretrizes e ações 2011 a 2014*. Brasília: MINC, 2011.
- TOLLILA, Paul. *Cultura e economia*. São Paulo: Iluminuras; Itaú Cultural, 2007.

O SISTEMA DE TUTELA DO PROGRAMA DE COMPUTADOR COMO INSTRUMENTO DE DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA E VETOR À INOVAÇÃO

Antonio Luiz Costa Gouvea

Pós-Graduando em Direito Processual Civil pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Bacharel em direito pela UFPR. Pesquisador do 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 proteção, prevalecendo, no entanto, a preferência na tutela de programas de computador pelo Direito de Autor. 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 (Direito de Autor), ora excessiva (Propriedade Industrial). A tutela jurídica escolhida foi a tutela via Direito de Autor, posto que essa conferia uma proteção automática e independente de qualquer tipo de registro. Também se escolheu esse sistema de proteção porque ele 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. Programa de Computador. Software.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho procura investigar uma questão de enorme importância na atual conjuntura econômica: o sistema de tutela do programa de computador. Com o advento da Revolução da Tecnologia da Informação, ensejou-se a necessidade de tutelar os bens decorrentes desse fenômeno. Vislumbrava-se a imprescindibilidade de algum tipo de salvaguarda, dado que existiria contrafação no fluxo de dados de um computador a outro. Frise-se que a tutela jamais concebida tendo em consideração a natureza

do bem intelectual em questão, mas apenas como uma forma de evitar a contrafação de direitos. 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, será explorada a Lei 9.609/98. 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*.

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 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 tutelas será mais profícua nesse aspecto

2 CONCEITO TÉCNICO DE SOFTWARE E PROGRAMA DE COMPUTADOR

A inclusão da documentação técnica na definição de programa de computador suscitou a diferenciação entre o *software* e o programa de computador em si, pois o abarcamento do conceito de programa faz com que haja a absorção do termo programa pelo vocábulo *software*.

A doutrina francesa fazia a distinção conferindo à palavra "*logiciel*" (expressão francesa para *software*) uma aceção mais abrangente, englobando também o material de apoio do programa. Posto isso, entende-se que a noção de *software* inclui a de programa de computador¹.

A documentação do programa é composta pela descrição deste, que é destinada aos programadores, dado seu caráter técnico, compreen-

¹ SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *A proteção autoral dos Programas de Computador*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 154.

dendo informações sobre a funcionalidade do programa; e pelo manual de instruções, reservada aos consumidores, contendo elementos sobre o uso².

Por sua vez, o programa de computador em si é composto pelos algoritmos, sendo esses as fórmulas matemáticas que servem de instrução à máquina. Entretanto, o programa não se confunde com os algoritmos, pois esses devem estar expressos em linguagem de programação para que sejam apreendidos pelo aparelho. Logo, conceitua-se o programa como um conjunto de instruções expresso em linhas de código, as quais são enviadas ao *hardware*, para que esse atinja um determinado fim ou necessidade³.

Tais comandos são escritos em linguagem de programação, que podem ser divididas em:

A linguagem-máquina é o Código Binário de Programação, ou seja, as sequências de 0 (zeros) e 1 (uns). Cada número desse Código é chamado de *bit*. Uma série de oito *bits* dá origem a um *byte*. Dessa forma, agrupando-se essas linhas de código, formam-se comandos, funções, sons, imagens, textos, etc.⁴.

A linguagem de baixo nível, designada *assembly* (termo inglês que significa montagem), também é voltada para a máquina, empregando instruções do microprocessador do computador. É formada por um grupo de palavras do idioma inglês (*start, end, drop*)⁵.

A linguagem de nível médio (exemplos são as linguagens C+ e C++), por sua vez, é dirigida tanto ao ser humano quanto à máquina.

Já a linguagem de alto nível é apenas direcionada ao ser humano, servindo para a estruturação e edição de programas.

Feitas essas considerações, explicita-se que o presente trabalho apenas se prestará à investigação do programa de computador, deixando as peculiaridades do material de apoio de lado.

² SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *A proteção autoral dos Programas de Computador*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 3.

³ WACHOWICZ, Marcos. *Propriedade Intelectual do Software e Revolução da Tecnologia da Informação*. 1. ed. 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2007. p. 73.

⁴ *Ibid.*, p. 74.

⁵ *Idem*.

3 A TUTELA AUTORAL SEGUNDO A LEI 9.609/98

O regime de proteção intelectual adotado pela Lei, em seu artigo 2º, é o de Direito do Autor. Complementa-se, ainda, que o programa é um bem móvel e fungível, bem como é de natureza intelectual ou imaterial⁶. Entretanto, não é a conjuntura de estar protegido pelos Direitos Autorais que faz do programa de computador um bem que mantém identificação com os bens protegidos pela Lei 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais)⁷. Isso porque tal lei tutela criações de espírito.

A destinação das obras autorais é irrelevante no ordenamento nacional. Contudo, em relação aos programas de computador, a compreensão de sua finalidade é de capital importância, porquanto o programa de computador tem um valor econômico tão grande devido ao seu caráter utilitário, não pela sua valia cultural⁸.

É evidente que, quando o ambiente tecnológico ainda era embrionário, a tarefa de programação ainda era pessoal, exigindo grande lapso temporal, bem assim paciência e dedicação, assemelhando-se a uma atividade artesanal⁹. Entretanto, contemporaneamente, fica claro que essa situação não mais prospera¹⁰. Devido à complexidade dos programas de computador elaborados, é comum a divisão do trabalho em grupos de programadores, bem como a criação de programas que auxiliam na criação de outros programas.

O programa de computador não é, exclusivamente, um produto do espírito, e suas finalidades não são, incontestavelmente, as mesmas intrínsecas às obras tuteladas pela Lei de Direitos Autorais. O valor é determinado pelo caráter utilitário, ou seja, a capacidade de fazer a máquina processar dados e informações; não pela importância estética/cultural.

Observa-se isto ao analisar a questão da autoria. É necessário distinguir o autor do titular dos direitos do programa: autor é o criador intelectual do programa, titular é quem exerce os direitos do autor como se ele fosse. Enquanto o autor só pode ser pessoa natural, é possível que os direitos dele sejam exercidos por pessoa jurídica¹¹. A discussão relativa

⁶ WACHOWICZ, Marcos. Op. cit., p. 70.

⁷ CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. Software – Direito e Tecnologia da Informação: legislação, doutrina, práticas comerciais, modelos de contratos. Curitiba: Juruá, 2011. p. 30.

⁸ SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Op. cit., p. 16.

⁹ CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. Op. cit., p. 30.

¹⁰ SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Op. cit., p. 16.

¹¹ *Ibid.*, p. 128.

à propriedade (titularidade) do programa de computador sobrepuja-se à questão da propriedade autoral, visto que, na maioria das vezes, quem exercerá os direitos será o titular, proprietário do programa¹².

Em relação aos programas de computador, os direitos morais sofrem uma mitigação. Exceção é feita ao direito de paternidade e do direito de oposição às alterações não autorizadas, desde que essas acarretem deformidades, excisão ou alguma outra modificação que prejudique a honra ou a reputação do programador¹³.

Porém, apesar de toda discussão doutrinária acerca da aplicabilidade do Direito de Autor aos programas de computador, fica claro que esse sistema de proteção intelectual é profícuo ao mercado e à indústria de desenvolvimento desse segmento. Tais vantagens existem pelo fato de a proteção ser informal, imediata e independente de registro. Soma-se a isso a antiguidade dos princípios do direito de autor, aos quais os operadores do direito já estão familiarizados¹⁴.

Ainda assim, apesar dessa praticidade, é evidente que o Direito de Autor e o programa de computador se afastam gradativamente, à vista do fato de que cada vez mais os programas de computador evoluem (como os sistemas de inteligência artificial). Contudo, ainda se sustenta o entendimento de que devem ser protegidos como obras literárias. Conquanto esta seja uma tentativa mundial, os juristas confessam-se confusos quanto aos pormenores desse tipo de tutela.

A grande massa dos estudiosos que tinham algum conhecimento sobre programas de computador já declarava ser defeituosa a adoção do regime de direitos autorais¹⁵. Considerando que programa de computador é algoritmo, aceita-se a proteção autoral, porém deve se enfatizar que o conceito fundamental dos programas, o algoritmo, não pode ser protegido por tal via¹⁶.

Outra discussão dentro da análise da Lei é a questão do prazo de proteção¹⁷. O § 2º do artigo 2º da Lei 9.609/98 garante a proteção dos

¹² CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. Op. cit., p. 31

¹³ Vide CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. Op. cit., p. 31 e WACHOWICZ, Marcos. Op. cit., p. 137.

¹⁴ CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. Op. cit., p. 32.

¹⁵ BARBOSA, Denis Borges. Tratado da Propriedade Intelectual. Tomo III: A Proteção do Software, do Sigilo dos testes para registro de Comercialização e Topografia de circuitos integrados. p. 1865.

¹⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., p. 666.

¹⁷ PAESANI, Liliana Minardi. *Direito de Informática: Comercialização e Desenvolvimento Internacional do Software*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 56.

direitos relativos ao programa, pelo prazo de cinquenta anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente à publicação, ou, na ausência desta, de sua criação. Quando o autor do programa for pessoa jurídica, próximo da totalidade dos casos¹⁸, o prazo flui a partir do momento em que o programa é colocado em circulação. Quando houver anonimato, aplica-se subsidiariamente a Lei de Direitos Autorais (arts. 43 e 44) sendo o prazo de proteção de setenta anos.

Mostra-se inadequada a expressão “publicação”, dada a incompatibilidade com a natureza do bem tutelado. Também é de difícil constatação o momento da criação do programa. Para tanto, seria necessário o registro, que é facultativo, conforme a Lei dos Programas de Computador. Aspecto que também merece advertência é a extensão do prazo. É evidente que a vida comercial de um programa de computador é menor do que cinquenta anos¹⁹.

O artigo 4º, *caput* e § 1º, trata dos programas desenvolvidos em regime de subordinação, ou seja, mediante vínculo celetista, estatutário ou contratual. Este, em seu *caput*, protege a empresa, ao dizer que a contraprestação do trabalho será apenas o salário. Tal amparo é cogente, haja vista que na criação de um programa estão presentes informações sigilosas, bem como o *know-how* de titularidade da empresa.

A discussão que ocorre, no entanto, é sobre a redação do § 2º do artigo 4º, que assim dispõe; *in verbis*:

Pertencerão, com exclusividade, ao empregado, contratado de serviço ou servidor, os direitos concernentes aos programas de computador gerado sem relação com o contrato de trabalho, prestação de serviços ou vínculo estatutário, e sem a utilização de recursos, informações tecnológicas, segredos industriais e de negócios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, da empresa ou da entidade com a qual o empregador mantenha contrato de prestação de serviços ou assemelhados, do contratante de serviços ou órgão público²⁰.

Essa regra é polêmica porque é difícil discernir se houve ou não utilização de segredos industriais e *know-how* do empregador pelos empregados.

¹⁸ CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. Op. cit., p. 35.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ BRASIL. Lei 9.609, de 19 de fevereiro de 1998.

dos na criação de determinado programa. Tal situação deveria ser discutida pela via contratual, não estabelecida pela lei²¹.

Assim sendo, os contratos de trabalho em *software houses* devem especificar quem é o proprietário dos programas desenvolvidos, não sendo lícita a revelação dos segredos do empregador. Todavia, é evidente que o conhecimento do programador, resultante de suas experiências profissionais e pessoais, não se confunde com as informações de propriedade da empresa.

O art. 5º versa sobre derivações do programa/novas versões. Toleram-se exclusivamente derivações feitas por pessoa autorizada, sendo a propriedade dessas versões de quem modificou o programa, podendo haver cláusula contratual em contrário. Frise-se que apenas são lícitas as modificações feitas por um terceiro autorizado. Afora o exposto, a expressão “derivações” não é compatível com o programa e deve ter uma acepção de “novas versões”, ou de qualquer versão obtida a partir do programa precedente.

O art. 6º, por sua vez, traz uma restrição aos direitos do titular do programa, *in verbis*:

Art. 6º Não constituem ofensa aos direitos do titular de programa de computador:

I - a reprodução, em um só exemplar, de cópia legitimamente adquirida, desde que se destine à cópia de salvaguarda ou armazenamento eletrônico, hipótese em que o exemplar original servirá de salvaguarda;

II - a citação parcial do programa, para fins didáticos, desde que identificados o programa e o titular dos direitos respectivos;

III - a ocorrência de semelhança de programa a outro, preexistente, quando se der por força das características funcionais de sua aplicação, da observância de preceitos normativos e técnicos, ou de limitação de forma alternativa para a sua expressão;

IV - a integração de um programa, mantendo-se suas características essenciais, a um sistema aplicativo ou operacional, tecnicamente indispensável às necessidades do usuário, desde que para o uso exclusivo de quem a promoveu.²²

Tal disposição poderia ser melhor elaborada, tendo em vista que dá margem à contrafação e a dúvidas. No inciso II, quando se permite que o programa seja citado parcialmente para fins de estudo, abre-se espaço

²¹ CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. Op. cit., p. 38.

²² BRASIL. Lei 9.609, de 19 de fevereiro de 1998.

para revelação de segredos industriais, o que pode lesar de maneira irreversível o criador do programa. Por sua vez, o inciso III, estimula a pirataria, pois não há definições do que sejam “caraterísticas funcionais” da aplicação do programa. Dessa forma, seria facilíssima a argumentação de que os programas são similares devido a “caraterísticas funcionais de sua aplicação”. Seria difícil a prova de que “A” é uma cópia de “B”, ou vice-versa. Por fim, o inciso I, que trata da cópia de salvaguarda, deveria ter sido incluído junto aos direitos do usuário, visto que se tratar de garantia deles, não de exceção aos direitos do autor. Tais circunstâncias deveriam ser objeto de análise probatória em juízo, não definidas em lei, posto que se dá sítio à engenharia reversa de má-fé²³.

4 CONCEITO JURÍDICO DE PROGRAMA DE COMPUTADOR

O programa em si é um conjunto de instruções que fazem a máquina atingir um determinado resultado. É um plano para uma ação²⁴. Aqui se encaixa a linguagem de programação, ou seja, a expressão linguística do programa. Neste ponto se encontram os algoritmos, sendo eles a essência do programa. Todavia, o programa não se consubstancia com os algoritmos²⁵. É necessária a linguagem de programação, sem a qual a máquina jamais efetuará o comando enviado.

A ideia que serve de base ao programa não goza de proteção. Como será dissecado mais adiante, o Direito Autoral protege a expressão de uma ideia, jamais a ideia em si²⁶. Feitas tais ponderações, passa-se a analisar o conceito jurídico propriamente dito. A citada Diretriz 91/250/CEE (comentada por Barbosa), assim conceitua:

A proteção abrange a expressão, sob qualquer forma, de um programa de computador [...] mesmo os que estão incorporados no equipamento. [...] a função de um programa de computador é comunicar e trabalhar com outros componentes de um sistema de computador e com os utilizadores e que para este efeito, é preciso uma interconexão e uma interação lógica e, quando necessário, ffsi-

²³ CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. Op. cit., p. 41.

²⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. Programa de Computador e Direito Autoral. In: GOMES, Orlando (Org.). *A proteção jurídica do Software*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 82.

²⁵ WACHOWICZ, Marcos. Op. cit., p. 73

²⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Programa de Computador e Direito Autoral*. p. 30.

ca, no sentido de permitir o funcionamento de todos os elementos do suporte lógico e do equipamento com outros suportes lógicos e equipamentos e com os utilizadores, e todas as formas de funcionamento previstas. [...] as partes dos programas permitem que tal interconexão e interação entre os componentes do sistema são geralmente conhecidos como interfaces [...] esta interconexão e interação são geralmente conhecidas como interoperabilidade, definida como a capacidade de trocar informações e de reciprocamente utilizar as informações trocadas. [...] Para efeitos da presente diretiva, a expressão “programa de computador” inclui o material de concepção, [...]. As ideias e princípios subjacentes a qualquer elemento de um programa de computador, incluindo os que estão na base das respectivas interfaces, não são protegidos pelos direitos de autor ao abrigo da presente diretiva.²⁷

Tal excerto demonstra com precisão qual o conceito jurídico de programa de computador. Entendendo-o como um conjunto de instruções expresso em linguagem é que se dá sua proteção pelo Direito de Autor. Também se explicita a necessidade de o programa fazer a conexão entre o usuário e a máquina, de modo que, ao se efetuar um comando, o programa processa tal ordem, ocorrendo o resultado esperado.

Assim sendo, a maioria da literatura jurídica sobre o conceito de programa o define como sendo um conjunto de instruções, que deve ser exteriorizado em uma forma linguística (a programação), para que, ao receber as instruções, a máquina as processe, produzindo determinada consequência²⁸.

Em seu artigo 1º, a Lei dos Programas de Computador traz a sua definição. Tal disposição não se mostra apropriada, tendo em vista que transforma em estático algo que é, por sua natureza, deveras dinâmico²⁹. Não obstante, esta é a descrição adotada pela Lei; *in verbis*:

Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em

²⁷ BARBOSA, Denis Borges. Op. cit., p. 1852.

²⁸ Vide WACHOWICZ, Marcos. Op. cit., p. 71, BARBOSA, Denis Borges. Op. cit., p. 1.853, MANSO, Eduardo Vieira. Op. cit., p. 73, SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Op. cit., p. 39, BITTAR, Carlos Alberto. O enquadramento jurídico do Software e do Hardware no plano dos direitos intelectuais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 19, n. 73, 1982. p. 313; WALD, Arnoldo. Da natureza jurídica do Software. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 22, n. 87, 1985. p. 408.

²⁹ CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. Op. cit., p. 28.

suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.³⁰

A acepção poderia ter sido mais breve e menos temerária, mencionando as conceituações feitas pela União Europeia, já citada, e Estados Unidos³¹, mais resumidas e acertadas³². Desta forma, pode-se afirmar que um programa de computador é um conjunto de comandos que fazem um *hardware* processar certas informações, a fim de que se produza determinado efeito. Ademais, Cerqueira, em sua explanação, preleciona³³ com propriedade a inconveniência de tal significado, quando se refere à linguagem natural e codificada, pois a linguagem sempre será codificada. O autor aponta suposta impropriedade quando o texto legal faz a referência ao meio físico, isto porque há diversas maneiras de se transferir programas que prescindem um suporte material, como o *download*, o *bluetooth*, dentre outros. Entretanto, Barbosa diverge, entendendo que a base física é condicionadora da proteção. Não existindo suporte físico, não há qualquer tutela para o programa de computador³⁴. Posicionamos-nos com Barbosa, pois, além de se tratar de uma exigência legal, as formas de transferência de programa apontadas não abstraem o suporte físico. Quando se faz um *download*, por exemplo, o programa deve estar em algum servidor físico para que seja transferido. Por conseguinte, necessária a base física.

A centralidade do meio físico é um legado do Direito de Autor, mais precisamente da Convenção de Berna, considerando que essa determinava a tutela da exteriorização da ideia em um *corpus mechanicus*. Há diversos outros elementos que dificultam a aplicação dos direitos autorais ao programa de computador, como os conceitos de cópia e reprodução de uma obra protegida, de uma obra derivada, afora o conceito de autoria. Diante disso, é importante frisar que o Direito de Autor, desde seus primórdios, protege obras de espírito, não utilitárias.

³⁰ BRASIL. Lei 9.609, de 16 de fevereiro de 1998.

³¹ “A computer program is a set of statements or instructions to be used directly in a computer in order to bring about a certain result” (SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Op. cit., p. 137)

³² CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. Op. cit., p. 28.

³³ CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. Op. cit., p. 29

³⁴ BARBOSA, Denis Borges. Op. cit., p. 1893.

5 A PROPRIEDADE INTELECTUAL E O PROGRAMA DE COMPUTADOR

A Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso XXIX, assim estatui:

A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Quando a Carta Magna faz menção às criações industriais, não se está tratando das descobertas. Aqui, o texto constitucional acabou por incorporar a teoria das criações industriais abstratas, de André Lucas. Tais bens são dotados de um fim econômico, mas não trazem modificação ao estado da natureza³⁵.

Ao adotar essa denominação, a Constituição inclui entre os bens passíveis de tutela o programa de computador, em conjunto com a propriedade industrial. Assim, o suporte da Lei 9.609/98 não seriam os dispositivos de Direito de Autor, que não têm qualquer compromisso com a ordem econômica, mas sim a legislação que ampara as marcas e patentes³⁶. Porém, tendo em vista que a cláusula constitucional (criação industrial) é aberta, dá-se outra solução à questão, sendo inaplicável a tutela patentária a essas criações³⁷.

Na conjuntura constitucional, os direitos intelectuais de cunho primordialmente econômico são objeto de disposição especial, que não se embaralha com a tutela geral do Direito Autoral. A Lei máxima sujeita tais direitos a algumas particularidades, como a funcionalidade, em correspondência com a sua importância econômica, estratégica e social³⁸. Mesmo ao positivar o direito de propriedade como uma garantia fundamental (art.

³⁵ LUCAS, Andre apud BARBOSA, Denis Borges. *A Proteção do Software*. Disponível em <<http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/200/propriedade.html#software>>. Acesso em: 24 out. 2014. Tela 3.

³⁶ BARBOSA, Denis Borges. *A Proteção do Software*. Disponível em <<http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/200/propriedade.html#software>>. Acesso em: 24 out. 2014. Tela 4.

³⁷ BARBOSA, Denis Borges. *Inventos Industriais: A Patente de Software no Brasil – I*. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, n. 88, mar./jun. 2007, p.22.

³⁸ *Idem*.

5º, inciso XXII) a Constituição impõe restrições ao titular desses direitos, como a função social. Em relação à propriedade intelectual do programa de computador, a Magna Carta aceita a restrição à concorrência, não tolerando que os direitos dessa restrição sejam absolutos. A ponderação de interesses, em relação ao programa de computador, parece ser distinta dos sistemas de tutela intelectual tradicionais. Há a necessidade da promoção do desenvolvimento de programas, de inovar, de fomentar a pesquisa, de promoção da informática, de incentivar o surgimento de novos agentes econômicos, dentre outras³⁹.

Procura-se a comparação entre os sistemas de proteção intelectual, bem como se exploram suas relações com o programa de computador.

5.1 O DIREITO AUTURAL O E PROGRAMA DE COMPUTADOR

Conforme demonstrado no capítulo precedente, em momento algum o sistema de tutela intelectual adotado pela via autoral foi unânime entre os estudiosos da matéria.

Foi necessária a conceituação do programa como uma obra intelectual, para que fosse possível a análise da proteção autoral. As particularidades desse tipo de criação pareciam afastar a possibilidade da salvaguarda pelos direitos autorais⁴⁰, visto que o programa não se enquadra tranquilamente na noção de obra⁴¹. A escolha da tutela autoral resulta, principalmente, de dois fatores: em uma primeira oportunidade, da tentativa de se atribuir máxima proteção ao programa de computador, em um cenário tecnológico completamente novo; em um segundo momento, das próprias características inerentes ao bem intelectual que é o programa de computador⁴².

Destarte, concebeu-se a tutela pela via autoral, devido ao alto nível de internacionalização, e, uma vez que o Direito de Autor concede uma proteção universal e independente de registro, que se mostra interessante ao segmento⁴³.

³⁹ BARBOSA, Denis Borges. *A proteção do Software*. Tela 8.

⁴⁰ SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Op. cit., p. 17

⁴¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2. ed. ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 665.

⁴² WACHOWICZ, Marcos. Op. cit., p. 133.

⁴³ *Ibid.*, p. 134.

Analisando a relação dos programas de computador com o Direito Autoral, entende-se o programa como um instituto de Direito Autoral *sui generis*, por não se harmonizar com a noção clássica de obra. Demonstram-se os requisitos da tutela autoral, ressaltando-se a natureza do programa de computador, diversa das obras tuteladas por esse sistema.

5.1.1 Programa de computador como instituto de direito autoral *sui generis*

O Direito Autoral tutela as obras artísticas, científicas e literárias. Tem-se por base a Convenção de Berna, que por sua vez fundamenta a Lei de Direitos Autorais. Posto isso, seria o programa de computador uma obra autoral?

A análise terá início considerando a disposição do acordo TRIPs, que em seu art. 10.1, dispõe: “*programas de computador, em Código Fonte ou Objeto, serão protegidos como obras literárias segundo a Convenção de Berna*”⁴⁴. Assim, deve-se definir o programa como obra intelectual, mais precisamente uma obra literária.

Um programa de computador é composto por dois tipos de código: o código-fonte e o código-objeto. O primeiro é escrito em linguagem de programação, constituindo uma forma de sintaxe especial e uma nomenclatura simbólica complexa, compreensível por um técnico no assunto. Inexistem dúvidas de que o código fonte seria tutelado pelo Direito de Autor. Porém, o código-fonte não se presta à realização dos objetivos pretendidos pelo usuário, razão pela qual deve estar expresso em código-objeto. Este é legível pelo processador, mas não pelo homem, visto que expresso em linguagem de máquina. Seria, portanto, o código-objeto tutelável pelo Direito de Autor?⁴⁵

Ressalta-se que a tutela autoral não se limita ao código-fonte e ao código-objeto. O Direito de Autor protege uma forma de expressão, não a funcionalidade da obra. Desta sorte, o amparo autoral não se limita aos elementos literais do programa, ou seja, código-fonte e código-objeto⁴⁶, protegendo-se as obras que tenham uma originalidade relativa, esforço criativo do autor, sendo a expressão contida do programa de computador dotada de funcionalidade.

⁴⁴ Acordo TRIPs, versão em português. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/images/stories/27-trips-portugues1.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2014.

⁴⁵ SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Op. cit., p. 11.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 13.

Entende-se o programa de computador como uma expressão linguística, pois se trata de uma notação em linguagem de programação⁴⁷. É, por conseguinte, obra tutelada pelo Direito de Autor, enquanto forma de expressão. A forma de exteriorização da linguagem de programação é o objeto da proteção autoral. Independente da forma de leitura, seja mecânica ou não, o programa de computador é literário⁴⁸. Sua destinação final, isto é, seu caráter utilitário, não interfere na proteção autoral⁴⁹.

Entretanto, a tutela autoral nunca foi pacífica. A justificativa da salvaguarda pelo Direito de Autor fixa-se no enquadramento do programa como uma obra intelectual criativa. No momento da programação, seriam passíveis de identificação as escolhas feitas pelo criador. Poli afirma que não haveria ato criativo nesse processo, mas sim mero ato mecânico⁵⁰. O programa, como expressão do algoritmo, não gozaria de tutela. É evidente que tal premissa não é verdadeira.

Como já aludido, o programa não se confunde com os algoritmos que o constituem, não sendo a programação mera combinação de fórmulas matemáticas, mas sim um modo de expressão. A criatividade encontra-se nas soluções dadas para determinadas necessidades.

5.1.2 Requisitos da tutela autoral para o Programa de Computador

O enquadramento autoral do programa de computador é o de obra literária. Para que seja conferida a tutela jurídica do Direito de Autor ao programa de computador, é necessário o preenchimento de alguns requisitos. São eles a originalidade relativa, a função utilitária e que haja a expressão da ideia.

5.1.2.1 Originalidade relativa no Programa de Computador

Segundo Barbosa, a originalidade relativa pode ter quatro significados: novidade, imputação subjetiva, contributo mínimo e distinguibilidade.

⁴⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Programa de Computador e Direito Autoral*. p. 82.

⁴⁸ BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual*, Tomo III. p. 1.854.

⁴⁹ SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Op. cit., p. 12.

⁵⁰ POLI, Leonardo Macedo. *Direitos de Autor e Software*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 30.

Deve-se entender a originalidade como uma especialidade do próprio autor, sendo uma novidade subjetiva. Em termos de Direito de Autor, a expressão originalidade se mostra como um sinônimo de novidade.

Por sua vez, há o significado da imputação subjetiva, isto é, originalidade relativa. Tal originalidade pode existir tanto na expressão da obra, quanto em sua disposição e ordenação internas. Apenas com uma investigação profunda do processo de criação é que se pode afirmar com certeza se há contrafação de direitos autorais. Portanto, entende-se que essa originalidade é o engenho do autor, sem qualquer ponderação do estado da arte ou o uso de registro prévio⁵¹.

Em relação à aceção de contributo mínimo, deve existir um mínimo de contribuição pessoal, isto é, algo na obra que contenha uma característica de seu autor, não sendo a criação apenas resultante do tempo e esforço empreendidos⁵². O programa de computador não é mero desenvolvimento lógico dos algoritmos que o compõe. A concepção dele deriva do intelecto do programador. Quando inexistir um contributo criativo, a obra não será tutelada, evitando-se a obviedade⁵³. A forma de expressão do programa deve ser dotada de originalidade. Por conseguinte, apenas o programa que for decorrente de engenho criativo do autor pode ser protegido, impedindo-se a banalidade⁵⁴.

A última compreensão da originalidade é a distinguibilidade. O programa deve ser original, a fim de que se possa distingui-lo de outro similar⁵⁵. Como precisamente aponta Barbosa:

Exatamente a organização do conjunto de instruções, a sucessão de rotinas e sub-rotinas, a sabedoria e arte da ordem, o destino e a sucessão temporal dos comandos, é o que caracteriza a originalidade no uso de uma linguagem de computação dentro de determinados limites de hardware. É o que dá valor comparativo a um programa em face de outro. São elementos formais, mas não literais de um programa.⁵⁶

⁵¹ BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual*, Tomo III. p. 1.907.

⁵² *Idem*.

⁵³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Programa de Computador e Direito Autoral*. p. 81-82.

⁵⁴ PEREIRA, Alexandre Dias. *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 489-490.

⁵⁵ BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual*, Tomo III. p. 1.908.

⁵⁶ BARBOSA, Denis Borges. Inventos Industriais: A patente de software no Brasil – II. *Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual*, n. 90, set./out. 2007, p. 11.

Não é necessário que o programa seja absolutamente novo, mas apenas que não seja cópia servil de outro já existente. Conforme Barbosa, preferimos conferir a expressão originalidade como uma contribuição do criador à sociedade, adotando-se o conceito mais amplo, como já exposto⁵⁷.

5.1.2.3 Caráter utilitário do programa de computador

Como já explanado, programa de computador é um conjunto de instruções, expresso em linguagem de programação, de modo que a máquina, ao receber esse agrupamento de comandos, execute o processamento de dados e satisfaça uma necessidade. Para que o programa tutelado via Direito de Autor, ele deve consumir um resultado esperado, a fim de que se solucione um problema. Conforme Barbosa:

Assim, é suscetível de proteção o programa de computador que se volte à própria operacionalidade das máquinas, como o bios ou outras parcelas do sistema operacional, mas também tenha fins externos ao hardware.⁵⁸

Mesmo que expresso em modo de texto, utilizando a linguagem de programação, o programa existe para dar funcionalidade ao *hardware*. O trabalho de maior importância na programação manifesta-se no desenvolvimento e implantação de funcionalidades⁵⁹. A função utilitária é, portanto, o elemento fundamental do programa de computador, pois, se esse não se prestar a uma utilidade específica, inexistente a tutela autoral⁶⁰.

Frisa-se, que o programa não necessita de um caráter estético para que seja tutelado⁶¹. O programa é encarado como um meio para que se atinja um fim premeditado⁶². Desse modo, é apto a receber a tutela o programa que faça o aparelho desempenhar determinada funcionalidade, seja ela técnica ou não⁶³. É de fundamental importância o caráter funcional, sendo a salvaguarda condicionada a existência dele.

⁵⁷ BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual*. Tomo III. p. 1.905.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 1.899.

⁵⁹ SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Op. cit., p. 160-161.

⁶⁰ WACHOWICZ, Marcos. Op. cit., p. 143.

⁶¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. p. 57.

⁶² SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Op. cit., p. 159.

⁶³ BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual*, Tomo III. p. 1.899.

4.1.2.4 Expressão da ideia e Programa de Computador

Partindo de um tema específico, o criador tem uma ideia, percorrendo-se o caminho da imaginação e do presságio. Sobre esses o autor trabalha, amoldando a ideia a uma forma. Isso nem sempre dará certo, podendo a ideia que deu origem a esse processo criativo não se concretizar, ou até a forma ser de maior valor que a ideia⁶⁴.

O *caput* do artigo 7º da Lei de Direitos Autorais estabelece que são obras intelectuais as criações de espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro. Estabelecendo tal conceito de obra intelectual, mostra-se inevitável que essa seja exteriorizada para que seja concedida a proteção. Incluindo a Lei o programa de computador no rol das obras intelectuais (art. 7º, XII), fica evidente que esse deve ser externado em meio físico. A criação não pode permanecer no foro íntimo do programador, devendo se concretizar, por meio de linguagem de programação, em qualquer suporte físico⁶⁵.

Por meio da codificação dos algoritmos em linguagem de programação, criam-se as utilidades do programa, podendo se entender a linguagem de programação como forma de exteriorização do programa, implementando, assim, suas funcionalidades⁶⁶.

Os doutrinadores ainda admitem a diferenciação entre a criação (*corpus mysticum*) e a base física onde se encontra (*corpus mechanicum*). O desenvolvimento de um programa de computador apenas goza de tutela quando houver suficiência descritiva que o individualize pelo conhecimento informático. Como já aludido, o Direito de Autor não protege as ideias, mas sim a expressão delas, por meio da linguagem de programação. Destarte, assim se criam os comandos que fazem a máquina processar os dados e desempenhar dada função. Logo, fundamental que a ideia do programa esteja expressa para que haja a tutela desse programa pelos direitos autorais⁶⁷.

5.2 O DIREITO INDUSTRIAL E O SOFTWARE

A Propriedade Industrial é norteada pela Lei 9.279/96. Tal diploma legislativo tem por base a Convenção de Paris, e os fundamentos para co-

⁶⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. p. 30.

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *Op. cit.*, p. 172.

⁶⁷ WACHOWICZ, Marcos. *Op. cit.*, p. 144.

mércio internacional desses bens são disciplinados pelo TRIPs. Por meio dessa Lei são tutelados os subsequentes bens imateriais: invenções, modelos de utilidade, desenhos industriais, marcas, indicações geográficas, expressões ou sinais de propaganda e a repressão à concorrência desleal⁶⁸.

Neste sistema de tutela é maior o papel estatal, por meio do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI). A autarquia deve realizar procedimento administrativo de caráter especial⁶⁹, verificando a presença de todos os requisitos de patenteabilidade (atividade inventiva, novidade e aplicação industrial), sendo um procedimento de cooperação mútua entre a autarquia e o requerente. Feita a averiguação, há a concessão ou indeferimento da patente.

A atribuição da patente gera um monopólio jurídico temporário, ou seja, apenas o detentor poderá usufruir da tecnologia e sua utilização econômica no território brasileiro. Transcorrido o prazo de proteção (seja de vinte anos para as patentes de invenção, e quinze para os modelos de utilidade), a tecnologia passa a ser de domínio público⁷⁰.

Para que haja a concessão da patente, é necessário que sejam atendidas as condições impostas pela Lei de Propriedade Industrial, em seu art. 8º. Porém, em seu art. 18⁷¹, a Lei estabelece restrições, por interesse estatal ou da sociedade. Deve-se também acrescentar a suficiência descritiva, para efetiva averiguação do requisito da novidade⁷². Obviamente, o objeto da patente deve ser lícito.

Na hipótese de preenchimento das exigências legais, podem ser patenteados novos produtos, novos processos, aplicação nova de processos

⁶⁸ WACHOWICZ, Marcos. Op. cit., p. 100.

⁶⁹ BARBOSA, Denis Borges; SOUTO MAIOR, Rodrigo; RAMOS, Carolina Tinoco. *O Contributo Mínimo na Propriedade Intelectual: Atividade Inventiva, Originalidade, Distinguidade e margem mínima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 28.

⁷⁰ WACHOWICZ, Marcos. Op. cit., p. 101.

⁷¹ Lei 9.279/96: "Art. 18. Não são patenteáveis: I - o que for contrário à moral, aos bons costumes e à segurança, à ordem e à saúde públicas; II - as substâncias, matérias, misturas, elementos ou produtos de qualquer espécie, bem como a modificação de suas propriedades físico-químicas e os respectivos processos de obtenção ou modificação, quando resultantes de transformação do núcleo atômico; e III - o todo ou parte dos seres vivos, exceto os micro-organismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade - novidade, atividade inventiva e aplicação industrial - previstos no art. 8º e que não sejam mera descoberta. **Parágrafo único.** Para os fins desta Lei, micro-organismos transgênicos são organismos, exceto o todo ou parte de plantas ou de animais, que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais."

⁷² WACHOWICZ, Marcos. Op. cit., p. 101.

conhecidos e mudanças de formas, proporções, dimensões ou de materiais se disto resultar no seu conjunto um efeito técnico diferente ou novo. A legislação também exclui, de forma categórica, do patenteamento: as descobertas, teorias científicas; as fórmulas matemáticas; as concepções puramente abstratas, os esquemas, planos, princípios ou métodos comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários, de sorteio e de fiscalização; os programas de computador em si, apresentação de informações, as regras de jogo, e as técnicas cirúrgicas, métodos de terapia e diagnóstico de seres vivos⁷³.

Assim sendo, conforme o conteúdo do texto legal, o sistema de patentes brasileiro não aceita a concessão de patentes para programas de computador⁷⁴.

A grande diferença entre os sistemas de tutela intelectual é que, enquanto o Direito de Autor tem seu ponto de vista intimamente ligado ao criador, O Direito Industrial visa o interesse social⁷⁵. Na tutela autoral, a ideia tem um fluxo livre, pois apenas sua expressão será carecedora de proteção. Dessa forma, outros agentes poderão utilizar tal ideia para obtenção de outros resultados. Todavia, o investimento em pesquisa e desenvolvimento tende a buscar a tutela por meio das patentes, haja vista que apenas seu detentor poderá utilizá-la. Havendo turbacão desse monopólio, provavelmente haverá oposicão do titular, para que haja o percebimento de *royalties*.

Investigar a patenteabilidade do programa de computador nunca foi uma questão simples e pacífica. Aqui é necessária uma exploracão do sistema constitucional de patentes. Tal sistema é pensado a partir do princípio da especificidade das proteções. Barbosa assim conceitua:

Cada direito de propriedade intelectual terá a proteçao adequada a seu desenho constitucional e ao equilbriio ponderados dos interesses aplicados, respeitando a regra de que só pode se apropriar o que não está no domínio comum.⁷⁶

⁷³ BRASIL. Lei 9.279, de 14 de maio de 1996.

⁷⁴ SOARES, José Carlos Tinoco. *Lei de Patentes, Marcas e Direitos Conexos*: Lei nº 9.279, 14.05.1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 34.

⁷⁵ DESBOIS, Henri *apud* WACHOWICZ, Marcos. Op. cit., p. 101.

⁷⁶ BARBOSA, Denis Borges. *Inventos Industriais: A Patente de Software no Brasil* – I. p. 18.

Dessa forma, os direitos de propriedade intelectual devem atender a interesses que lhe são próprios, respeitado o domínio comum. A questão da patenteabilidade do programa de computador é observada pela análise do invento, porto ser ele a base constitucional do sistema de patentes. O invento é uma solução técnica para um problema técnico⁷⁷.

Esse tipo de proteção intelectual só pode ser conferido quando houver uma modificação no estado da natureza, ou seja, ações humanas de intervenção que se destinem a resolver um problema concreto. A Magna Carta só aceita a concessão de patentes a uma atividade que transforme a natureza. Excluem-se da proteção patentária as descobertas, por serem meras revelações do que já é existente,⁷⁸. Assim sendo, o invento não pode ser abstrato e não técnico, como as criações meramente estéticas e as elementares apresentações de informações. Devem-se apresentar as modificações na natureza, que resultem num efeito técnico⁷⁹.

A cláusula finalística de nosso texto constitucional não se refere exclusivamente a inventos industriais, havendo a utilização da terminologia criações industriais. Essa última abarca os programas de computador. Como se trata de uma cláusula aberta, a Constituição admite outros tipos de proteção (diversos das patentes) a tais criações, as quais terão uma equação de interesses distinta das patentes, sob pena de inconstitucionalidade⁸⁰.

O artigo 10, inciso V, da Lei de Propriedade Industrial, exclui terminantemente do objeto das patentes o programa de computador em si. Isso se dá pelo fato de um programa de computador ser uma solução útil, porém não concreta. Afastam-se desse tipo de proteção, portanto, as criações industriais abstratas (art. 5º, XXIX, da CF/88). O invento pressupõe a resolução de um problema técnico por um método concreto. Por consequência, os bens intelectuais abstratos estão excluídos da patente⁸¹.

A solução dos problemas é técnica quando pressupõe uma alteração na natureza. Ela também não pode se dar exclusivamente por processos mentais do ser humano, pois assim se perderia a aplicação industrial. Ainda é necessário especificar qual problema técnico seria resolvido (suficiência descritiva)⁸².

⁷⁷ BARBOSA, Denis Borges. *Inventos Industriais: A Patente de Software no Brasil* – I. p. 18.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 19.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 21.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 22.

⁸¹ *Ibid.*, p. 23-24.

⁸² *Ibid.*, p. 26.

As criações abstratas, mesmo que de relevante interesse econômico, não são consideradas inventos. Como já afirmado, os programas de computador fazem parte desse tipo de criação. Posto isso, estão excluídos da salvaguarda pela via patentária. Entretanto, tal questão gera inúmeras discussões na ciência jurídica, dado que o Direito de Autor não cumpre bem a cláusula finalística da Constituição Federal⁸³.

As patentes tutelam uma ideia útil de efeito concreto. O programa de computador tem um objeto distinto, sendo a expressão de uma solução técnica. O valor econômico dos programas de computador decorre principalmente da realização dessa solução técnica como um conjunto de instruções a um *hardware*, não pela solução técnica em si. A valia se determina pela forma de expressão da ideia⁸⁴. Dada a definição da Lei de Programas de Computador (conjunto de instruções), o programa de computador em si jamais será objeto de patente, pois o programa é expressão e não solução técnica⁸⁵.

Porém, algo que preencha os requisitos de patenteabilidade anteriormente analisados não pode ser considerado não patenteável apenas por utilizar um programa de computador. Isso porque se busca o patenteamento de uma tecnologia, não do programa de computador em si. Atendendo essa tecnologia aos critérios de patenteabilidade e adequando-se ao conceito de invento (art. 10 da Lei de Propriedade Industrial), não há óbice à concessão da patente. No entanto, a inclusão de um programa de computador não impede que terceiros o utilizem de maneira isolada⁸⁶.

O programa, para superar a proibição feita pela expressão “em si mesmo” e ser passível de patenteamento, deve inferir um tipo de atividade inventiva passível de apuração no campo técnico. Existe uma solução útil, pelo fato de haver programa de computador. Para que seja técnica, essa solução deve estar expressa num meio técnico, não no campo abstrato das ideias. Assim preenche-se parcialmente o requisito da industriabilidade, isto é, objeto técnico, sendo necessário que o efeito dessa solução seja técnico⁸⁷.

Existem diferentes formas de se interpretar a vedação imposta pelo artigo 10, inciso V, da Lei de Propriedade Industrial. Uma destas possíveis

⁸³ BARBOSA, Denis Borges. Inventos Industriais: A patente de Software no Brasil – II. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. Nº 90 (set/out), 2007. p. 10.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 14.

⁸⁵ *Idem.*

⁸⁶ *Ibid.*, p. 15-16.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 22-23.

compreensões seria a de que a patente é impossível enquanto os aspectos originais e inovadores estiverem no algoritmo, não existindo, portanto, qualquer caráter técnico, visto inexistir modificação no estado da natureza⁸⁸.

Outra interpretação é a de que, mesmo existindo um programa de computador na solicitação de patente que promova uma modificação externa da natureza física, não se obsta a concessão da patente. Existindo esse efeito externo ao sistema, intacta fica a restrição imposta pela expressão “em si”⁸⁹.

Por derradeiro, haverá tutela industrial quando a invenção que se quer ver salvaguardada prover uma solução técnica para um problema técnico, conquanto esses sejam internos ao sistema *hardware*-programa de computador. Não existe nenhuma vedação que o efeito técnico seja interno ao sistema. Posto isso, Barbosa entende que é possível a concessão de tal patente⁹⁰.

Entretanto, inexistentes tais hipóteses, o que acontece na maioria dos casos, será conferida apenas a tutela de Direito de Autor. Não obstante, existem vozes dissonantes, afirmando que, mesmo fora das possibilidades descritas por Barbosa, o programa de computador seria patenteável.

Poli afirma que o programa seria um mero processo ou esquema para ação, e por essa razão, deveria ser introduzido no âmbito do Direito Industrial⁹¹. No entanto, tal assertiva não é verdadeira. Ao processo ou esquema para ação só será concedida a patente de invenção quando preenchidos os requisitos de patenteabilidade. Faltando-lhe um requisito que seja, ilícita a outorga de patente.

O próprio autor acima citado diz faltar ao programa de computador a atividade inventiva⁹². Outro aspecto importante é a novidade. Para o sistema de patentes a novidade é absoluta. Programas de computador dificilmente são absolutamente originais⁹³. Ademais, segundo o princípio da especificidade da proteção, devem eles guardar identificação com a tutela intelectual definida constitucionalmente. Conforme já aludido, a tutela

⁸⁸ BARBOSA, Denis Borges. *Inventos Industriais: A patente de Software no Brasil – II*. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. Nº 90 (set/out), 2007. p. 25.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 25-26.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 26.

⁹¹ POLI, Leonardo Macedo. *Op. cit.*, p. 31.

⁹² *Ibid.*, p. 36.

⁹³ SEI – SECRETARIA ESPECIAL DA INFORMÁTICA. *Relatório da Comissão Especial de Automação de Escritórios*. Rio de Janeiro, 1986, p. 74.

constitucional é a das criações industriais abstratas, não carecedoras de patente. Posto isso, acreditamos manter-se a não patenteabilidade, a não ser nas hipóteses levantadas por Barbosa.

5.3 PADRÕES LIVRE E PROPRIETÁRIO

Desde o surgimento do mercado de informática, existem diferentes modalidades de distribuição de programas de computador. Inicialmente, tal disponibilização era feita por meio físico, isto é, por disquetes, *CD-Rom*, dentre outros. Com o advento da internet, vieram à tona outros meios de distribuição, sendo o mais recorrente o *download*⁹⁴. Procura-se fazer uma breve exploração dos padrões de licenciamento.

5.3.1 *Software* proprietário

O padrão proprietário se consubstancia na utilização condicionada a um termo de cessão de direitos de uso. Compra-se uma unidade de memória, onde está inserido o programa de computador. É basilar que haja a autorização do titular dos direitos patrimoniais, sendo obrigatória a existência de um contrato⁹⁵.

Dois são os tipos de comercialização de programas de computador pelo padrão proprietário: o programa encomendado e o programa de prateleira. Em relação à primeira modalidade, firma-se vínculo pessoal entre as duas partes, pois o programa é concebido e esquematizado segundo as necessidades específicas do cessionário. O contrato de cessão tem suas cláusulas estipuladas de mútuo acordo entre as partes⁹⁶. Já na segunda modalidade, a criação do programa e suas particularidades são determinadas pela necessidade de uma específica categoria de usuário. Há uma produção em massa desses programas, que serão mantidos em estoques e colocados à disposição de eventuais interessados. Também é necessária a formalização da cessão de uso.

O autor do programa de prateleira, ou quem for o titular dos direitos patrimoniais do programa, cede ou faz uma licença do uso do programa a

⁹⁴ WACHOWICZ, Marcos. Op. cit., p. 84.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ *Ibid.*, p. 85.

um distribuidor, que, por sua vez, cede ao vendedor de varejo, ou ao usuário final; o direito de uso restrito, mediante algumas condições. A contratação com o usuário final será na modalidade de adesão. Não há a comercialização do código fonte do programa.

As cláusulas mais comuns nesse tipo de distribuição são as de utilização em apenas um terminal, vedadas as cópias (a não ser a de salvaguarda); a possibilidade de ruptura unilateral do contrato pelo consumidor, dentre outras⁹⁷.

5.3.2 Software livre

O *software* livre ou *open source* se caracteriza pela liberação do código fonte a seus usuários. Aqui existem as liberdades essenciais, ou seja: de acesso ao código fonte do programa, de execução para qualquer finalidade, de adaptação às necessidades do usuário e de redistribuição de cópias ou versões modificadas para terceiros⁹⁸.

A licença utilizada para a distribuição desse tipo de programa é a GPL – *General Public License*, modalidade que estabelece as liberdades para que o usuário desenvolva modificações, inovações, bem como a liberdade de cópia, distribuição, estudo e aperfeiçoamento, não existindo limitação à comercialização⁹⁹.

A expressão “livre” nada tem a ver com preço, mas sim com a liberdade¹⁰⁰. Isto porque o intercâmbio de conhecimentos e pensamentos é fundamental no campo científico. Desta sorte, *software* livre não quer dizer programa não comercial, existindo a possibilidade de comercialização¹⁰¹.

Nessa modalidade de distribuição, resta evidente o contraponto em relação ao padrão proprietário de licenciamento. Enquanto este traz consigo a ideia do *copyright*, isto é, restrições e limitações ao usuário do programa no

⁹⁷ WACHOWICZ, Marcos. Op. cit., p. 85.

⁹⁸ PIMENTEL, Luiz Otávio; SILVA, Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e. *Conceito Jurídico de Software, Padrão Proprietário e Livre*: Políticas Públicas. p. 311. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/conceito-jur%C3%ADdico-de-software-padr%C3%A3o-propriet%C3%A1rio-e-livre-pol%C3%ADticas-p%C3%BAblicas>>. Acesso em 27 out. 2014.

⁹⁹ WACHOWICZ, Marcos. Op. cit., p. 90.

¹⁰⁰ Visão Geral do Sistema GNU. Disponível em: <<https://www.gnu.org/gnu/gnu-history.pt-br.html>>. Acesso em: 27 out. 2014.

¹⁰¹ WACHOWICZ, Marcos. Op. cit., p. 91.

uso, cessão, compartilhamento ou cópia¹⁰², no *software* livre é evidente a noção de *copyleft*. Por essa licença o autor declara o compartilhamento de seus direitos, sem, no entanto, abrir mão da sua propriedade. O criador autoriza a distribuição, modificação e distribuição do programa por outras pessoas, respeitando-se a licença. Não há, pois, disposição de bens, pois não há renúncia aos direitos autorais, mantendo o autor a sua titularidade¹⁰³.

6 A TUTELA INTELECTUAL DO PROGRAMA DE COMPUTADOR COMO INSTRUMENTO DE DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA E VETOR À MAIOR INOVAÇÃO

Como já demonstrado no decorrer deste trabalho, o programa de computador insere-se no campo das criações industriais abstratas, como dispõe a Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso XXIX. Essa cláusula da Lei Máxima assegura a proteção das criações industriais abstratas, porém a condiciona ao interesse social e ao desenvolvimento tecnológico do País, devendo a tutela estar submetida à função social¹⁰⁴. Com relação específica aos programas de computador, essa proteção será diversa da salvaguarda patentária¹⁰⁵.

Considerando o exposto, far-se-á a comparação entre o Direito Industrial e o Direito de Autor no que tange ao programa de computador, levando em consideração as questões da livre concorrência e do incentivo à inovação tecnológica, fundamentais para o atendimento da cláusula finalística do artigo 5º, inciso XIX, da Carta política.

A livre concorrência é positivada como princípio estruturante de nossa ordem econômica, conforme o artigo 170 da Constituição, inciso IV¹⁰⁶. Conforme configurado no texto constitucional, a livre concorrência pressupõe um livre jogo das forças de mercado, supondo uma desigualdade por meio de uma igualdade jurídico-formal. No entanto, essa igualdade é prontamente rejeitada, sendo a disparidade inarredável num sistema de livre iniciativa (CF/88, art. 170, *caput*). Gera-se, por sua vez,

¹⁰² WACHOWICZ, Marcos. Op. cit., p. 91.

¹⁰³ PIMENTEL, Luiz Otávio; SILVA, Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e. Op. cit., p. 313.

¹⁰⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 278.

¹⁰⁵ BARBOSA, Denis Borges. *A proteção do software*. Tela 6/7.

¹⁰⁶ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 205.

a livre concorrência¹⁰⁷, um processo comportamental competitivo, sendo tal elemento de conduta que a define¹⁰⁸. Existem dois tipos de ângulos para o estudo de direito concorrencial. Um é fundado no enfoque privado, nas palavras de Barbosa:

A doutrina da concorrência privada é objeto comum de capítulo do direito das empresas no que toca às noções de fundo de comércio, ou de empresa, de aviamento e estabelecimento empresarial; é igualmente o escopo de um amplo capítulo de Propriedade Intelectual, que de forma alguma se resume ao seu segmento tradicionalmente designado como “concorrência desleal; cobre ainda certas técnicas jurídicas de interdição legal ou negocial de concorrência que vão do direito das obrigações ao campo do Direito do Trabalho.¹⁰⁹

Trata-se de modalidade de concorrência privada, ou seja, mais fundada em aspectos empresariais e de concorrência desleal. Outro tipo de abordagem utilizada é a de Direito Público, isto é, as atividades de regulação do Estado e a sua relação com o Direito da Concorrência. É necessária a fixação de até onde essa atividade regulatória é capaz de impor a não aplicabilidade das regras concorrenciais, bem como o estabelecimento do ponto em que os princípios de concorrência podem ser critério para controle da ação estatal ou da conduta dos agentes privados autorizada pelo poder público¹¹⁰.

Tendo por base essa distinção, a análise que vai se proceder neste trabalho é a de ótica pública, essencial para atendimento da cláusula finalística da Constituição Federal.

A Propriedade Intelectual é um dos tipos de ação concorrencial, tendo em vista que se concedem monopólios de exploração, a fim de que se atinjam determinados resultados. Essa limitação da livre concorrência deve atender a parâmetros determinados constitucionalmente, para que seja efetivo o equilíbrio de interesses¹¹¹.

¹⁰⁷ REALE JÚNIOR, Miguel *apud* GRAU, Eros Roberto. Op. cit. p. 206.

¹⁰⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio *apud* GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 207-208.

¹⁰⁹ BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual*. Tomo I: Uma introdução a Propriedade Intelectual, Bases Constitucionais da Propriedade Intelectual, A doutrina da concorrência, A Propriedade Intelectual como um direito de Cunho Internacional, Propriedade Intelectual e Tutela da Concorrência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 453.

¹¹⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 21.

¹¹¹ BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual*. Tomo I, p. 449.

Entretanto, não basta asseverar a natureza constitucional das regras de defesa da livre concorrência (assim como sua restrição) para compreender suas acepções e definir a esfera de seus efeitos. As normas concorrenciais influenciam claramente o comportamento econômico dos agentes. Tendo isso como uma premissa¹¹², é imperiosa a investigação dos fundamentos econômicos de defesa da concorrência e da definição de monopólio, para posteriormente analisar qual o sistema de tutela intelectual do programa de computador será mais profícuo em aspectos concorrenciais.

6.1 FUNDAMENTOS ECONÔMICOS DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Esse é um dos aspectos mais polêmicos quando a teoria econômica trata do direito antitruste. As discussões entre a Escola de Chicago e a Escola de Freiburg foram importantíssimas para que se chegasse à definição dos objetivos do Direito Concorrencial. Para teoria neoclássica da Escola de Chicago, o principal objetivo de um sistema antitruste seria a maximização da eficiência, que se sobreporia a qualquer objetivo do direito concorrenciais. Poderiam existir monopólios e restrições à concorrência, desde que esse fosse o fundamento: a busca por eficiência¹¹³. Para os neoclássicos, a eficiência se funda numa produção a menor custo. Em consequência, dispendendo menos com a produção, os agentes econômicos venderiam seus produtos a um preço menor. Trata-se de um artifício teórico, uma vez que a redução de custos implicaria preços mais baixos, e, por sua vez, o consumidor seria beneficiado¹¹⁴.

A orientação do Direito Concorrencial passaria a ser o bem-estar dos consumidores. Uma distribuição igual dos benefícios com os consumidores seria presumida, pois preços mais baixos seriam mais interessantes a eles.

¹¹² SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 22.

¹¹³ A eficiência econômica teve sua conceituação iniciada por Vilfredo Pareto, no momento em que o economista afirmou que a eficiência se sucede quando o benefício de uma determinada pessoa, grupo social, dentre outros; implica uma piora na situação de outro sujeito, grupo social, etc., cria-se o equilíbrio, ou uma situação de eficiência econômica. Se tal circunstância não ocorrer, está-se frente à ineficiência, e é necessário um acerto econômico ou legal para que se torne a conjuntura em eficiente. Conforme BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. Princípio da Eficiência. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coords.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 31.

¹¹⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 23.

Os neoclássicos se utilizaram da teoria marginalista para identificação do bem-estar do consumidor, cuja principal contribuição fora a demonstração de que o preço de um determinado produto não equivalia ao custo de produção, mas sim pelo preço que o consumidor marginal, ou seja, o consumidor final, dava a esse produto. Isso se denomina de utilidade marginal. Conforme Salomão Filho:

Os fatores de produção necessários à fabricação de determinado produto teriam seu preço determinado pela sua utilidade marginal, que é exatamente sua participação na produção do bem final. Portanto, também, os preços dos fatores de produção eram determinados pelo valor dos bens a cuja produção se destinam, e não pelo seus custos.¹¹⁵

A partir do momento em que certa política legislativa teria como escopo o bem-estar do consumidor, a mesma seria dotada de eficiência e poderia, portanto, ser oposta a qualquer outro objetivo de um sistema antitruste. A existência e o uso de outros propósitos seriam paradoxais, inclusive¹¹⁶. O exemplo utilizado pelos neoclássicos é o das concentrações. A defesa do ambiente competitivo poderia levar à ilegalidade de uma concentração que gerasse produtividade e eficiência, havendo a possibilidade de benefício aos consumidores. A via contrária seria igualmente verdadeira. Uma preocupação exclusiva com o proveito dos consumidores teria por resultado a aprovação de concentração que levaria à dominação de mercados, prejudicial aos concorrentes¹¹⁷.

Segundo a Escola de Chicago, tendo em vista esse conflito aparente, o bem-estar do consumidor e a defesa da concorrência não poderiam coexistir. Empregando a teoria da maximização de riquezas¹¹⁸, os neoclássicos entendem que o sistema antitruste apenas deve se pautar pelo bem-estar do consumidor, promovendo a eficiência.

¹¹⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 24. Nota 7.

¹¹⁶ *Idem*.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 24-25.

¹¹⁸ Aqui é necessária a conceituação do princípio da maximização de riquezas, ou Ótimo de Pareto. O equilíbrio ocorre no momento em que a decisão de um agente não promove melhoria em seu estado sem causar prejuízo a outros (Conforme DOMINGUES, Víctor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coords.). Op. cit., p. 40-41). Para a Escola de Chicago, um grupo de indivíduos em cada relação jurídica tem sua importância enquanto maximizadores de riqueza global, não como um cerne de interesses em si. Posto isso, a crítica que se faz é que essa teoria desconsidera a distribuição de riqueza, versando apenas sobre a produção. Conforme SALOMÃO FILHO, Calixto, Op. cit., p. 31. Nota 20.

O contraponto à Escola de Chicago surgiu com a Escola de Freiburg, ou escola Ordo-Liberal. O surgimento da Escola de Freiburg está intimamente ligado com o fracasso das políticas econômicas da Alemanha pós I Guerra Mundial e com a ascendência do nazismo¹¹⁹.

Segundo os estudiosos ordo-liberais, a defesa da competição é basilar ao funcionamento de uma economia de mercado. Para a Escola de Freiburg, a ordem privada deveria se estribar em dois fatores: a autocondenação e o autocontrole. O primeiro aspecto está baseado na segurança das transações privadas, para a qual o direito de propriedade e o direito das obrigações são de capital importância. Já o segundo está ligado à ideia de acesso ao mercado, isto é, poder substituir com quem contratará, bem como pela possibilidade de substituição do objeto da contratação. Para a teoria ordo-liberal é essa característica, ou seja, a possibilidade de efetiva competição, que deve ser tutelada pelo Direito Concorrencial¹²⁰.

As duas principais críticas feitas pela Escola de Freiburg aos neoclássicos decorrem de dois fatores. A primeira é o fato de as conceituações de bem-estar do consumidor raramente ocorrerem na prática. A segunda faz menção à própria concorrência, pois, para os ordo-liberais, é impossível a imputação de qualquer interesse primário a um sistema antitruste, não sendo o Direito Concorrencial um arranjo com efeitos previsíveis e, do mesmo modo, não se podem selecionar as consequências apetentes para que sejam norteadoras da lei.

Os pressupostos da teoria neoclássica, na visão da Salomão Filho, possuem um valor analítico, mas não preceptivo, não sendo possível utilizá-los como fator de predisposição das condutas¹²¹. Para a Escola de Freiburg, o benefício de haver um sistema concorrencial está basicamente na transmissão de informações e na liberdade de escolha. Isto posto, o sistema de mercado deixa para os agentes a opção de escolha entre as alternativas existentes, por meio de um comportamento racional. A concepção é de descoberta, conforme definida por Hayek¹²². Nas palavras de Salomão Filho:

Ora, fundamental para a existência de um processo de livre escolha e de descoberta das melhores opções do mercado não é apenas a existência de um preço não alterado por condições artificiais de

¹¹⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 25.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 26.

¹²¹ *Ibid.*, p. 27.

¹²² HAYEK *apud* SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 28.

oferta e demanda, que, portanto, represente a utilidade marginal do produto (como querem os neoclássicos), mas, também, que exista efetiva pluralidade real ou potencial de escolha entre produtos, com base em preço, qualidade, preferências regionais, etc. A possibilidade de escolha assume, portanto, um valor em si mesmo. Nota-se, no entanto, que como para o ordo-liberal a possibilidade de escolha estende-se a todos os agentes do mercado, consumidores e produtores, a existência de concorrência não é obrigatória. Basta que seja potencial. Daí porque o conceito fundamental para a teoria ordo-liberal na análise das posições de poder de mercado é a verificação da criação ou não de barreiras à entrada de outros competidores no mercado. Segundo eles, esse tipo de barreira é um dos maiores males de qualquer sistema concorrencial, pois limita a liberdade de escolha tanto de consumidores quanto de produtores.¹²³

Feita a comparação entre as duas escolas, passa-se à exploração do paradoxo aparente entre bem-estar do consumidor e defesa da concorrência. Como se depreende do já exposto, para os ordo-liberais, a defesa da concorrência não é vista apenas pelo ângulo do concorrente, mas também pelo ângulo dos consumidores. Essa constatação é importante, porque faz uma contestação à crítica que fazem os neoclássicos em relação a inclusão da defesa da concorrência em um sistema antitruste. Para a Escola de Chicago, a defesa exclusiva da concorrência tem como intrínseco o prejuízo ao consumidor, pois impede a formação de economias de escala que o favorecem, uma vez que, na medida em que se reduzem custos, o preço dos produtos seria menor. Haveria, portanto, eficiência¹²⁴.

Entretanto, se uma das bases do bem-estar dos consumidores é a liberdade de escolha entre várias opções diferentes, não é possível considerar que a regra tenha apenas um objetivo. O que pretendem os neoclássicos é a aplicação, com certeza matemática, dos conceitos econômicos ao direito, sem levar em conta considerações de cunho valorativo ou distributivo. O método utilizado para explicação das relações causais utilizado pelos neoclássicos deveria ser usado para determiná-las, pois a aceitação das hipóteses implicaria a anuência com as conclusões¹²⁵.

A Escola de Chicago tem um postulado basilar. Quando há transações privadas nas quais o benefício dos envolvidos é maior do que as perdas dos lesados, todas as normas jurídicas (e suas interoperações) que fossem em-

¹²³ M. STREIT *apud* SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 28.

¹²⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 28-29.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 29-30.

pecilhos ao ajuste de tais acordos deveriam ser eliminadas. Esta supressão se daria em nome da eficiência, tendo em vista que uma sociedade atinge o equilíbrio no momento em que o benefício dos envolvidos é igual ao ônus dos lesados¹²⁶. Em hipótese, a eliminação dos entraves, sejam contratuais ou legais, não traria custo social algum, sendo, portanto “economicamente neutro e juridicamente incontestável”¹²⁷.

A problemática advinda dessa assertiva é clara, pois em nenhum momento é discutida como se dará a distribuição dessa riqueza, isto é, o cuidado com interesses alheios à transação. Apenas há preocupação com a maximização da riqueza global. Todavia, é evidente que a norma tem essa função protetiva, senão simplesmente não existiria. É inviável a proteção dos interesses de um grupo exclusivamente através da maximização da riqueza global¹²⁸.

A redução da liberdade de escolha do consumidor (não pelo preço, mas pela qualidade do produto) e a cessão de poder de mercado a um agente, que posteriormente poderá fazer uso desse poder para incremento seus preços, a fim de impulsionar os ganhos decorrentes da redução de custos, são perdas para o consumidor e não podem ser desprezadas. É necessária a convicção de que a eficiência será partilhada com o consumidor e não apenas apossada pelo monopolista¹²⁹.

Isto posto, essencial a existência de concorrência, concreta ou ao menos possível. Contudo, não apenas do ponto de vista dos consumidores, muito menos levando em consideração somente os interesses dos concorrentes. O Direito Antitruste tutela os interesses de todos inseridos no mercado, não sendo fundamentalmente neutro em relação a eles. Necessária se faz a inclusão dos direitos subjetivos, tanto de competidores, quando de consumidores. Como se tratam de interesses em conflito, mister a aplicação da norma concorrencial¹³⁰.

A Constituição Federal adota a multiplicidade de interesses, ao estatuir como princípios a livre concorrência e a defesa do consumidor (art. 170, incs. IV e V)¹³¹. A expressão “livre concorrência” faz menção à ideia

¹²⁶ Ótimo de Pareto, conforme explanado na nota de nº 177.

¹²⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 31.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 31-32.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 33.

¹³⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit.

¹³¹ BRASIL. Constituição. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

ordo-liberal, posto que relacionada com a igualdade mínima de condições competitivas, isto é, de circunstâncias de acesso e permanência no mercado. Já a colocação da defesa dos consumidores os insere como titulares imediatos de regras concorrenciais, não existindo paradoxo algum com a defesa da concorrência¹³².

O sistema antitruste, entendido como salvaguarda da existência da concorrência, não pode ser misturado com a proteção de um concorrente específico ou de uma estrutura peculiar de mercado, posto que o que se tutela é a possibilidade de concorrência.

Dado o exposto, a lei antitruste protege qualquer concorrente ou agente de mercado, bem como os interesses dos consumidores. Tutela-se a concorrência enquanto instrumento para que se possa alcançar diferentes objetivos¹³³.

6.2 OS SISTEMAS DE TUTELA INTELECTUAL DO PROGRAMA DE COMPUTADOR, A LIVRE CONCORRÊNCIA E A INOVAÇÃO TECNOLÓGICA

Conforme já afirmado, a ordem econômica brasileira tem por fundamento a livre iniciativa, norteadada pela livre concorrência e pela proteção a pequenas e médias empresas. Disso se extrai a seguinte conclusão: a relação competitiva entre os agentes será a mais adequada a propiciar a proteção dos consumidores, bem como o pleno emprego¹³⁴.

A proteção da liberdade de iniciativa em momento algum obsta a atuação estatal para induzir políticas públicas, assim como o desenvolvimento de mercados que tenham uma valia estratégica. Conforme Grau:

Assim é que, em seu art. 216, a CF88 inclui no patrimônio cultural brasileiro a criação tecnológica e artística. Obviamente, não quer a norma, aqui, “estatizar” toda criação tecnológica ou artística, material ou imaterial, referindo-se, antes, ao conhecimento e aos elementos que apontem uma determinada identidade cultural. No § 3º desse dispositivo estabelece que a Lei não só incentivará a produção desses bens e valores culturais como proporcionará o

¹³² SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 36-37.

¹³³ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 178.

¹³⁴ BRASIL. Constituição. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Art. 170.

conhecimento dessa produção. Por sua vez, no Capítulo IV, referente à Ciência e Tecnologia, a Constituição prevê, tendo em vista a promoção da capacitação tecnológica (art. 218, caput), uma atuação positiva do Estado com relação ao mercado de tecnologia, que considera patrimônio nacional, e no qual o Estado deve incentivar o desenvolvimento cultural, o bem estar e a autonomia tecnológica do país (art. 219). Ela, assim, incumbe o Estado de criar, por meio de legislação específica, os mecanismos para que se desenvolva a autonomia tecnológica do país, dando-se uma conotação especial ao mercado de tecnologia, como patrimônio nacional, o que exige uma atuação positiva no sentido de sua preservação e promoção.¹³⁵

A atuação positiva não se confunde com a intervenção direta, posto que o setor tem que ser organizado pelos agentes privados, tendo o Estado uma atuação apenas suplementar, conforme artigo 2º, inciso II, da Lei 7.232/84. O mesmo artigo 2º, em seu inciso VI, prevê que as orientações nesse setor serão de cunho político, a fim de que haja direcionamento do esforço no setor para o desenvolvimento econômico e social¹³⁶.

Tal preocupação é a mesma da cláusula finalística do artigo 5º, inciso XXIX. O Estado deve indicar e instigar comportamentos, para que o desenvolvimento e autonomia nacional do conhecimento informático sejam alcançados. O cuidado com a autossuficiência do País nesse segmento está espelhado no artigo 2º, inciso IV, da Lei 7.232/84, quando esse estatui: “proibição à criação de situações monopolísticas, de direito ou de fato”¹³⁷. Nas palavras de Grau:

Proibir a criação de situações de monopolísticas não é o mesmo que reprimir monopólios, nem mesmo proibir a concentração de empresas (ambas, formas negativas de atuação). Essa forma de atuação repressiva e preventiva da dominação de mercado, exercício abusivo de posição dominante e elevação arbitrária de lucros, já tem lugar na legislação geral de defesa da concorrência para qualquer mercado. O bem protegido nesse dispositivo não é a concorrência no mercado de software. A proibição tem a ver, antes, com a centralização do conhecimento e reflete a preocupação do legisla-

¹³⁵ GRAU, Eros Roberto. Por um Brasil Inovador: Estudo da FGV e da USP contra a concessão de patentes de programa de computador. p. 10. Disponível em: <<http://observatoriodainternet.br/wp-content/uploads/2012/05/Estudo-Patentes-de-Software-USP-FGV.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2014.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 10.

¹³⁷ BRASIL. Lei 7.232, de 29 de outubro de 1984.

dor com a importância estratégica do setor e a consciência de que o poder e a liberdade na sociedade de informação dependem do controle das novas tecnologias.¹³⁸

A intenção desse dispositivo legal é impedir a concentração de conhecimento em grandes agentes econômicos. Isso decorre principalmente da natureza do mercado dos programas de computador, fundado na alta tecnologia e na inovação. Tendo isso em vista, o programa arrojado, quando ganha notoriedade, sofre o chamado efeito de rede, ou seja, a comunicação entre os usuários do programa faz com que mais pessoas o utilizem. Dessa forma, mais consumidores tem razões para utilizá-lo¹³⁹.

Isso faz com que os programas inovadores consumem sua predominância no mercado. Logo, com o equilíbrio natural desses mercados, a empresa líder tende a predominar em quase a totalidade do mercado. Posto isso, a análise das concentrações em um mercado de programas de computador pode sobreavaliar a presença de poder de mercado¹⁴⁰.

Duas são as razões para isso. O mercado já é naturalmente desequilibrado. Não há como atribuir às práticas anticompetitivas esse desequilíbrio, uma vez que esse é o equilíbrio correspondente desse mercado. Em outro vértice, os preços de monopólio têm seu controle feito pelo perigo de incitar os concorrentes a inovarem. Qualquer inovação pode mudar os rumos do mercado¹⁴¹. Além disso, o preço de monopólio, se praticado, pode fazer com que os consumidores migrem para um programa substituto, existindo o risco de perder vendas para outros desenvolvedores¹⁴².

A concorrência num mercado de programas de computador é diferenciada da de outros mercados. Afirma Grau:

Na verdade, a avaliação tradicional pautada pelo modelo antitruste é inadequada para o mercado de software [...]. Não haveria, portanto, razão imediata para uma proibição pela Lei 7.232 pura e simples para situações de monopólio em nome somente da concorrência.¹⁴³

¹³⁸ GRAU, Eros Roberto. *Por um Brasil Inovador*. p. 11.

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ ECONOMIDES *apud* GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 12.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.*, p. 97.

¹⁴³ GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 12.

Contudo, práticas monopolistas podem ser muito prejudiciais quando o monopolista utiliza o controle do programa e a sua exploração como um conhecimento próprio, para a salvaguarda de sua hegemonia. Conforme Salomão Filho:

Na medida e na proporção que cresce o faturamento, cresce o valor para o monopolista de sua posição. Mais disposto estará ele, então, a utilizar parte ou até a totalidade desse faturamento adicional na manutenção de sua posição monopolista.¹⁴⁴

É prática resistente à dinâmica de competição do mercado, tornando-se um risco para o segmento (além dos prejuízos aos concorrentes), haja vista que há a convergência de saber informático, submetendo os demais agentes ao detentor desse conhecimento. O monopolista controla, dessa forma, o curso da inovação tecnológica¹⁴⁵.

Nesta perspectiva, a conjunção dos efeitos de rede, da posição dominante e da tutela intelectual dos programas de computador pode contribuir de modo maléfico para a solidificação de posições dominantes. As medidas concorrenciais são ineficazes ante a um sistema de tutela intelectual que crie reserva de mercado e concentração de conhecimento informático. A política no mercado de informática deve ter seu cerne no debate sobre o alcance da propriedade intelectual, quando essa fizer entraves à produção de novas soluções ou tornar inatingível o saber informático. Assevera Grau:

A abrangência da proteção jurídica do software pode barrar ou mesmo desencorajar o esforço de produtores de inovação de forma que a posição de monopólio se perpetue independentemente do efetivo benefício que a empresa dominante proporcione aos consumidores¹⁴⁶.

É evidente que as grandes multinacionais norte-americanas tendem à amplificação da proteção, por meio das patentes. Os programas de computador são concepções puramente abstratas, não sendo, portanto, tuteláveis por meio de patentes¹⁴⁷.

¹⁴⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 145.

¹⁴⁵ BOYLE *apud* GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 13.

¹⁴⁶ GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 13.

¹⁴⁷ BRASIL, Câmara dos Deputados. *A revisão da Lei de patentes*. p. 210.

A proteção autoral protege a expressão do programa, deixando livres outras formas de expressão da ideia contidas no programa. Situação diversa do sistema de patentes, onde se protege a ideia de caráter tecnológico (uma solução nova de um problema técnico)¹⁴⁸.

No regime de proteção patentária, cria-se uma clara reserva de mercado, criando barreiras à produção intelectual de outros modos de programação que poderiam ter efeito semelhante¹⁴⁹.

Constata-se, de maneira clara, que qualquer política que instigue a patente de programas de computador é contrária ao texto constitucional. O art. 5º, inciso XXIX, da Constituição, estabelece que a proteção das criações industriais abstratas se dará no equilíbrio de interesses com o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, bem como com o interesse social.

Acertada a disposição da Lei 7.232/84, ao procurar o impedimento à manutenção de posições dominantes, evitando-se a criação de monopólios. Como as posições dominantes, em sua maioria, são de transnacionais norte-americanas, fica claro que a concessão de patentes em nada favoreceria as empresas de desenvolvimento brasileiras. A ampliação do patenteamento para os programas de computador, por meio de argumentos em regras concorrenciais, não se justifica¹⁵⁰.

Questão ainda mais crítica é a dos *softwares* livres. Esse tipo de desenvolvimento de programa é uma manifesta redução às barreiras de entrada no mercado, tornando-o mais competitivo. Como diz Grau:

Uma vez que a plataforma de software padrão no mercado seja construída em regime livre e, portanto, permita a todos o acesso ao conhecimento informático subjacente, o mercado de prestação de serviços técnicos sobre esse software permanece aberto a todos os interessados, excluindo-se a possibilidade de condutas abusivas por parte de empresa que domine o software padrão no sentido de reduzir a concorrência ou obter lucros abusivos nos mercados adjacentes (tais como práticas discriminatórias a prestadores de serviços, acordos de exclusividade, etc.). Com isso, estimula-se a economia, o desenvolvimento tecnológico nacional e a oportunidade para a constituição e desenvolvimento de pequenas e médias

¹⁴⁸ BARBOSA, Denis Borges. *Inventos Industriais: A patente de software no Brasil* – I. p. 33.

¹⁴⁹ GRAU, Eros Roberto. Op. cit. 14.

¹⁵⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 135.

empresas (também um dos objetivos orientadores da ordem econômica constitucional, conforme art. 170, inc. IX da CF88).¹⁵¹

Se admitidas patentes de programa de computador, fica claramente prejudicado o incentivo a pequenas e médias empresas. Enquanto agentes econômicos têm acordos de licenciamento de patentes, os micro e pequenos empresários podem ser considerados violadores a qualquer tempo e, além disso, tendo em vista a grande quantidade de patentes que seriam concedidas, o custo dos licenciamentos seria um grande entrave¹⁵². Poderia levar-se à concentração e ao monopólio.

Além disso, as patentes são evidentes antagonistas do *software* livre. O Direito de Autor é favorável ao desenvolvimento de programas livres, posto que podem ser usadas as mesmas ideias, com formas de expressão diferentes. Satisfazem-se, portanto, mais demandas. Por outra óptica, as patentes:

[...] pressupõem a existência de apenas uma ou algumas poucas soluções baseadas na mesma abordagem, todas formalmente autorizadas pelo detentor da patente, em geral com base em um acordo comercial. Esse tipo de organização evidentemente não se adequa ao *software* livre, onde pode haver múltiplas implementações e variações de um mesmo código sem que haja uma entidade central responsável.¹⁵³

Para mais, como não há possibilidade de *royalties* em programas livres, as patentes obstariam muitos *softwares* livres. As licenças recíprocas não serviriam de minimização a essa questão. O interesse no compartilhamento de informações e conhecimentos dessa comunidade é grande, os custos de registro são altos, e não seriam vantajosas o depósito de pedidos de patentes nesse sentido. Conforme aponta Grau:

Também não existe uma entidade com poderes para licenciar patentes de terceiros em nome da comunidade para uso em qualquer contexto. Dado que o *software* livre permite a reutilização do código em diferentes situações, uma única patente pode ser infringida

¹⁵¹ GRAU, Eros Roberto. *Por um Brasil Inovador*. p. 15.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ *Ibid.*, p. 16.

em um sem-número de ambientes de software diferentes por conta de um único trecho de código. E, como raramente há uma entidade central responsável pelo software, não há verificações sobre possíveis violações de patentes, e eventuais processos a respeito colocam toda a comunidade, ao invés de uma única empresa, em xeque.¹⁵⁴

Isto posto, as patentes de nada servem ao *software* livre. Mesmo que tal tutela tenha funcionado em outras áreas, esta possibilidade não foi encontrada no mercado de programas de computador¹⁵⁵.

Ante o exposto, dada a orientação da Constituição da República e da Lei 7.232/84, que tem clara intenção de desenvolvimento econômico e difusão do conhecimento informático, fica evidente que a concessão e concentração de patentes de programas de computador em monopólios não se justifica.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de toda a literatura analisada, a questão aqui discutida está longe de ser pacífica. Como abordado, desde as primeiras discussões, tanto no exterior, quanto no Brasil, não foi encontrada uma solução que atendes-se às particularidades do programa de computador.

A tutela jurídica nunca foi ponderada a partir das características do programa de computador, mas sim para que se evitasse a contrafação. No entanto, a discussão não pode ser apenas essa. Deve-se debater a questão do sistema de proteção intelectual a partir das peculiaridades do bem aqui em questão. Contudo, é importante frisar que o programa de computador não se adequa com facilidade a nenhum dos Direitos Intelectuais existentes até o presente momento.

A tutela conferida, na maioria dos países, é pela via autoral. Como já exposto no decorrer do trabalho, essa escolha se deu primordialmente pelo fato de não ser necessário o registro, bem como pela abrangência internacional dos direitos de autor. Entretanto, foi necessário muito esforço doutrinário para que fosse possível a classificação do programa de computador como obra. Como se denota do já exposto, o programa de com-

¹⁵⁴ GRAU, Eros Roberto. *Por um Brasil Inovador*. p. 16.

¹⁵⁵ *Idem*.

putador não se encaixa de maneira tranquila na noção de obra intelectual. Isso se dá pelo fato de suas finalidades serem distintas dos fins das obras tuteladas pelo Direito de Autor. O programa de computador, de maneira geral, tem valores econômicos e tecnológicos, enquanto as obras autorais têm uma grande valia cultural.

Tendo isso em vista, alguns juristas defendem a tutela por meio do Direito Industrial. A proteção seria a mesma dada às invenções, por meio das patentes, conferir-se-ia um direito de exclusivo ao detentor da patente, por vinte anos. Contudo, como já analisado, o programa de computador não é patenteável, principalmente por não ser absolutamente novo. Afora a impossibilidade de patenteabilidade, o programa de computador não é uma invenção, e a tutela estabelecida constitucionalmente não seria por meio das patentes. Ao adotar a teoria das criações industriais abstratas, a Constituição exclui os programas de computador da proteção pelo direito industrial.

Dado o exposto, nenhum dos sistemas de tutela seria o adequado às características intrínsecas do programa de computador. Ainda, entende-se que a tutela do Direito Autoral seria insatisfatória, justamente por não se encaixar claramente na noção de obra. No entanto, é evidente que o programa também não se adequa à aceção de invenção, tendo em vista ser uma criação industrial abstrata, sem promover qualquer alteração no estado da natureza. Essa última característica é inseparável do significado de invenção, isto é, sem alteração da natureza, ausente a invenção.

Além das dificuldades teóricas de enquadramento, fica evidente que a tutela pela via industrial não atenderia os interesses nacionais no setor de programas de computador, pois haveria uma concentração de conhecimento informático em grandes agentes econômicos, os quais pertenceriam o direito exclusivo de utilização da ideia do programa de computador. Só haveria benefícios para as transnacionais norte-americanas.

Assim, por ora, o Direito de Autor mostra-se o sistema de tutela intelectual mais adequado à realidade tecnológica dos programas de computador, por não existir nesse sistema o monopólio da ideia, mas apenas um exclusivo da forma de expressão. De modo contrário, o Direito Industrial se caracteriza pelo monopólio da ideia. Isto posto, a tutela pela via industrial não se justifica, uma vez que haveria apropriação de conhecimento informático pelas grandes multinacionais.

Dado o exposto, entende-se a tutela autoral como a mais adequada à proteção dos direitos intelectuais de programas de computador.

REFERÊNCIAS

ACORDO TRIPs. Versão em português. Disponível em: <http://www2.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/ac_trips.pdf>. Acesso em: 28 out. 2014.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. Programa de Computador e Direito Autoral. In: GOMES, Orlando (Org.). *A proteção jurídica do Software*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BARBOSA, Denis Borges. Inventos Industriais: A Patente de Software no Brasil – I. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, n.88, mar./jun. 2007.

_____. Inventos Industriais: A patente de software no Brasil – II. *Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual*, n. 90, set./out. 2007.

_____. *A Proteção do Software*. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/paginas/200/propriedade.html#software>>. Acesso em: 24 out. 2014.

_____. *Tratado da Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. Tomo I: Uma introdução a Propriedade Intelectual, Bases Constitucionais da Propriedade Intelectual, A doutrina da concorrência, A Propriedade Intelectual como um direito de Cunho Internacional, Propriedade Intelectual e Tutela da Concorrência.

_____. *Tratado da Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Tomo II: Patentes.

_____. *Tratado da Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Tomo III: A Proteção do Software, Do Sigilo dos testes para registro de Comercialização e Topografia de Circuitos Integrados.

BARBOSA, Denis Borges; SOUTO MAIOR, Rodrigo; RAMOS, Carolina Tinoco. *O Contributo Mínimo na Propriedade Intelectual: atividade inventiva, originalidade, distinguibilidade e margem mínima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BITTAR, Carlos Alberto. O enquadramento jurídico do Software e do Hardware no plano dos direitos intelectuais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 19, n. 73, 1982.

BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. Princípio da Eficiência. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coords.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *A revisão de Lei de Patentes em prol da competitividade nacional*. Brasília: Edições Câmara, 2013.

_____. *Constituição da República*. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. *Lei nº 7.232, de 29 de outubro de 1984*.

_____. *Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996*.

_____. *Lei nº 9.609 de 19 de fevereiro de 1998*.

_____. *Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998*.

CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. *Software – Direito e Tecnologia da Informação: legislação, doutrina, práticas comerciais, modelos de contratos*. Curitiba: Juruá, 2011.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Empresarial*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1: Direito de Empresa.

DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coords.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Por um Brasil Inovador: Estudo da FGV e da USP contra a concessão de patentes de programa de computador*. Disponível em: <<http://softwarelivre.org/patentes-nao/inpi-contribuicao-ccsl-usp-cts-fgv.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2014.

MANSO, Eduardo Vieira. *A Informática e os Direitos Intelectuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

PAESANI, Liliana Minardi. *Direito de Informática: Comercialização e Desenvolvimento Internacional do Software*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PEREIRA, Alexandre Dias. *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*. Coimbra: Coimbra, 2001.

PIMENTEL, Luiz Otávio; SILVA, Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e. *Conceito Jurídico de Software, Padrão Proprietário e Livre: Políticas Públicas*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/conceito_juridico_de_software_padrao_proprietario_e_livre-_politicas_publicas.pdf>. Acesso em: 27 out. 2014.

POLI, Leonardo Macedo. *Direitos de Autor e Software*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *A proteção autoral dos Programas de Computador*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SEI – SECRETARIA ESPECIAL DA INFORMÁTICA. *Relatório da Comissão Especial de Automação de Escritórios*. Rio de Janeiro, 1986.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOARES, José Carlos Tinoco. *Lei de Patentes, Marcas e Direitos Conexos: Lei nº 9.279, 14.05.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

Visão Geral do Sistema GNU. Disponível em: <<http://www.gnu.org/gnu/gnu-history.pt-br.html>>. Acesso em: 27 out. 2014.

WACHOWICZ, Marcos. *Propriedade Intelectual do Software e Revolução da Tecnologia da Informação*. 1. ed. 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2007.

WALD, Arnaldo. Da natureza jurídica do Software. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 22, nº 87, 1985.

O DIREITO AUTORAL COMO PROPULSOR DA DIVERSIDADE CULTURAL: FALÁCIAS E DESAFIOS

Liz Beatriz Sass

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq. Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS e especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

É professora de Direito da Propriedade Intelectual na UNISINOS, de Direito Ambiental na UNIVALI e advogada. Pesquisadora membro do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Interesse Público (GEDAI-UFSC). E-mail: lizsass@hotmail.com

Marcos Wachowicz

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Mestre em Direito pela Universidade Clássica de Lisboa, Portugal. Professor de Propriedade Intelectual da Faculdade de Direito da UFPR e docente do quadro permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR. Coordenador do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial – GEDAI/UFPR. E-mail: marcos.wachowicz@gmail.com

RESUMO: A presente pesquisa tem por objetivo aprofundar a interface entre o direito autoral e a diversidade cultural, buscando compreender a (ausência de) eficácia dos DPIs no sentido de impulsionar a diversidade cultural e apontando os principais desafios contemporâneos quanto a tal problemática. A pesquisa divide-se em três eixos principais: o primeiro narra o transcurso histórico dos DPIs, seus discursos de legitimação e a forma como eles acabaram por concretizar o *cercamento* da criatividade; o segundo delinea algumas problemáticas intrínsecas ao próprio conceito de diversidade cultural; e o terceiro discute a relação entre o direito autoral e a diversidade cultural, apontando os possíveis desafios a serem enfrentados para que tal relação seja dotada de eficácia em prol da diversidade cultural em um mundo globalizado.

Palavras-chave: Direitos de Propriedade Intelectual (DPIs); Direito Autoral; Diversidade Cultural.

1 INTRODUÇÃO

A temática vinculada à diversidade cultural tem adquirido maior ênfase nas últimas décadas em virtude de um mundo cada vez mais globaliza-

do, onde os fluxos migratórios se intensificaram. Nesse contexto, a gestão da convivência e a integração de grupos e indivíduos com identidades culturais diferenciadas formaram um eixo de preocupação no mundo. Se, por um lado, a globalização trouxe uma possibilidade maior de contato entre os grupos e indivíduos, por outro lado, trouxe a necessidade de afirmação das diferenças e das identidades.

Diante desse cenário, o tema da diversidade cultural recebe uma missão importante no sentido de evitar os efeitos negativos da globalização e do seu consequente processo de homogeneização cultural. Contudo, como no mundo contemporâneo os bens intelectuais (elementos relevantes para a caracterização da diversidade cultural) tornaram-se o núcleo central do sistema econômico mundial, tornou-se necessário torná-los bens mercantilizáveis e legitimados juridicamente, razão pela qual surgem os direitos de propriedade intelectual – DPIs.

De outra parte, tratar do tema da diversidade cultural no âmbito jurídico revela-se tarefa árdua, pois a começar pelo termo “cultura” enfrenta-se uma questão cujo *status* epistemológico permanece em aberto, sendo impossível produzir uma definição ao mesmo tempo exaustiva, consensual, operacional e transdisciplinar¹. Desse modo, compreender o discurso que sustenta que os DPIs atuam como forma de propulsão da diversidade cultural no contexto contemporâneo é tema de ainda maior complexidade, em razão das contradições e ambiguidades que cercam o transcurso histórico desses direitos, bem como os diferentes discursos que lhe buscam dar sustentação.

Considerando que, de modo geral, o estudo sobre tais temas no mundo jurídico muitas vezes ignora as suas complexidades, ambiguidades e tensões, a presente pesquisa tem por objetivo aprofundar esta problemática, buscando compreender a (ausência de) eficácia dos DPIs no sentido de impulsionar a diversidade cultural e apontar os principais desafios contemporâneos quanto a tal problemática.

Desse modo, por meio de pesquisa bibliográfica, o tema é apresentado a partir de três eixos principais. O primeiro narra, ainda que de forma resumida, o transcurso histórico dos DPIs, seus discursos de legitimação e a forma como eles acabaram por realizar o *cercamento* a criatividade. O segundo delinea algumas problemáticas intrínsecas ao próprio conceito de

¹ CANDEAS, Alessandro. *Trópico, Cultura e Desenvolvimento: a reflexão da Unesco e a tropicologia* de Gilberto Freyre. Brasília: Unesco, Lebre Livro, 2010. p. 20.

diversidade cultural, para, no terceiro eixo, discutir a sua (não) recepção no âmbito do direito autoral, verificando as falácias existentes e os possíveis desafios para que o direito autoral possa ser efetivamente colaborador da diversidade cultural em um mundo globalizado.

2 DO SURGIMENTO DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL (DPIS): O CERCAMENTO DA CRIATIVIDADE

O estudo da biografia dos denominados Direitos de Propriedade Intelectual – DPIS – revela uma trajetória agitada e marcada por uma série de controvérsias. Embora o mundo contemporâneo tenha outorgado um lugar privilegiado a esses direitos, os quais ocupam um espaço estratégico e uma missão vital no comércio internacional, o seu processo de desenvolvimento até aqui pode ser descrito a partir de um conjunto de conflitos e de tensões. Isso ocorreu porque o auge e a ascensão dos modelos de propriedade intelectual necessitaram de fórmulas legais complicadas, e também de uma vasta mobilização ideológica responsável por uma alteração de mundo que fosse capaz de transformar os objetos culturais em bens apropriáveis². Por isso, ainda que resumidamente, torna-se necessário compreender o contexto histórico dos DPIS, pois este revela uma série de contingências que trazem consigo reinterpretções e redefinições que têm por objetivo acomodar ou antecipar interesses econômicos divergentes.

Com efeito, o paradigma da propriedade intelectual foi influenciado pela aparição de um novo mercado de objetos “intelectuais” vinculados ao espaço cultural, artístico e técnico-científico. Tornou-se necessário desenvolver a ideia, até então nada evidente, de que seria possível criar um espaço de intercâmbio econômico para tais objetos, os quais poderiam, então, tomar a forma de mercadoria³. É desse modo que se chega à ideia de propriedade intelectual, a qual surge como a forma moderna de um tipo de regulação sobre espaços, elementos ou objetos vinculados ao conhecimento.

O advento do mundo moderno capitalista converteu essa estratégia em regulação, normatizando juridicamente um novo direito econômico e institucionalizando uma nova propriedade que permitisse converter a informação cultural e científica em benefícios monetários. Desse modo, surge a propriedade intelectual, pautada sobre um *set* de direitos legais inovadores,

² SÁDABA, Igor et al. *La tragedia del copyright: bien común, propiedad intelectual y crisis de la industria cultural*. Barcelona: Virus Editorial, 2013. p. 11.

³ *Ibid.*, p. 12.

tais como o *copyright* e as patentes e que acabou por transcender à simples novidade legal ao permitir o nascimento de um novo cenário político e econômico cercado por conflitos e novos agentes em luta⁴.

Assim, o modelo de propriedade intelectual que se forma em torno da aparição da prensa e de certos inventos técnicos posteriores, a partir das primeiras revoluções liberais (francesa, inglesa e americana), e que se vincula posteriormente ao capitalismo industrial emergente, serve como plataforma para o modelo de DPIs hegemônico hoje em dia em nível mundial⁵. Nesse sentido, Sádaba et al. destacam:

*[...] la convergencia de ciertas innovaciones tecnológicas para la reproducción material de conocimiento, en un sistema capitalista que mercantiliza todo lo que encuentra a su paso, y la formación de una <cultura legal> erigida sobre los derechos individuales – liberalismo – dan pie al escenario sobre el que se levanta el edificio histórico de dicha propiedad intelectual.*⁶

Verifica-se, então, que os denominados DPIs decorrem de uma série de discursos ideológicos, sendo que um dos principais diz respeito à noção de propriedade privada e à ideia de mercado. De fato, a propriedade privada se tornou uma pedra angular do modelo social moderno e a identificação do trabalho intelectual com este conceito dotou de legitimidade a concepção de propriedade intelectual. Por outro lado, o prolongamento do modelo mercantil fora dos âmbitos produtivos diretos ou de certos objetos aparentemente simples acarretou a mercantilização generalizada de áreas ou elementos não mercantilizáveis à primeira vista, tais como, o corpo humano, a terra e os mecanismos de troca⁷.

Polany⁸ explica como a economia transformou elementos como o trabalho, a terra e o dinheiro em mercadorias, organizando-os a partir da lógica do mercado. O autor afirma que o trabalho, a terra e o dinheiro obviamente *não* são mercadorias. O postulado de que tudo o que é comprado e vendido tem que ser produzido para venda é enfaticamente irreal no que

⁴ SÁDABA, Igor et al. Op. cit., p. 16.

⁵ *Ibid.*, p. 15.

⁶ *Ibid.*, p. 15.

⁷ *Ibid.*, p. 45-46.

⁸ POLANYI, Karl. *A Grande Transformação: as origens da nossa época*. 6. ed. Tradução de Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 94.

diz respeito a esses objetos, pois eles não se adéquam à definição empírica de mercadoria, ou seja, tais elementos não se comportam, em princípio, como mercadorias *standard*, uma vez que possuem características diferentes: existiam antes de maneira massiva (terra), estão geminadas a pessoas concretas que tem comportamentos não mercantis (força de trabalho) e são meros índices arbitrários (dinheiro). O capitalismo industrial teve que fazer com que tais coisas se tornassem simples 'objetos', coisificando a natureza ou os corpos, tratando-os como simples entidades de compra e venda.

Da mesma forma, foi necessário criar o convencimento de que qualquer ente imaginável poderia converter-se em mercadoria, com um preço, um proprietário ou um consumidor/comprador. Por conseguinte, se a informação, as obras culturais ou artísticas ou os produtos científico-técnicos não são em si escassos, as patentes e o *copyright* são inovações sociais (convenções legais) desenhadas para forçar a escassez onde ela não existe de forma natural⁹.

É necessário considerar que os bens intelectuais são entendidos como bens econômicos não competitivos e não exclusivos, ou seja, a sua utilização por uma pessoa não exclui o uso das demais e há dificuldade de se impedir o acesso dos indivíduos ao bem produzido. Em razão dessas características, os bens intelectuais são considerados *commons*, ou seja, bens públicos, os quais sempre correm o risco de escassez devido à dificuldade de recuperação do investimento¹⁰.

Nesse sentido, a teoria econômica reconhece que o mercado não é bom em gerir os chamados bens públicos, uma vez que seria difícil obter lucro a partir de sua produção. No que tange ao conhecimento isso é fácil de observar: o conhecimento que é útil pode ser usado diversas vezes, sem que qualquer consumidor individual possa privar outro do seu uso. Assim, há um problema a partir do momento em que uma pessoa financia o custo para se descobrir esse conhecimento útil: como será possível obter algum lucro? Para solucionar esta questão, afirma-se que é necessário forçar a escassez desses bens por meio do reconhecimento de direitos de propriedade, sem os quais outros poderiam apropriar-se deles sem qualquer obrigação de contribuir para o custo de sua produção¹¹.

⁹ SÁDABA, Igor et al. Op. cit., p. 46.

¹⁰ LEMOS, Ronaldo. *Direito Tecnologia e Cultural*. Rio de Janeiro: FGV, 2005. p. 168.

¹¹ DRAHOS, Peter; BRAITHWAITE, John. *Information Feudalism: who owns the knowledge economy?* New York, London: The New Press, 2002. p. 42.

É possível comparar o crescimento dos DPIs com o movimento de cercamento de terras públicas que iniciou no século XV e se concluiu no século XIX, período durante o qual se cercaram numerosas terras de uso comum – terras comunais – na Inglaterra, as quais passaram a constituir propriedade privada¹². Esta foi uma privatização apoiada e sustentada pelo próprio Estado, que transformava o que antes era parte da propriedade comum ou, inclusive, o que se havia mantido fora do sistema de propriedade, em propriedade privada. Sádaba et al.¹³ destacam que, embora na atualidade os bens privatizados não sejam terras comunais, existe uma grande similitude no que diz respeito à apropriação dos denominados bens intelectuais, pois novamente os direitos individuais criados pelo Estado passam a abarcar objetos anteriormente comuns ou considerados não mercantilizáveis. Boyle¹⁴ denomina esse movimento de “segundo movimento de cercado”.

El cercamiento de la creación intelectual, como si fuera un auténtico límite físico para los productos culturales, científicos o artísticos – trabajo intelectual – resulta un fenómeno sumamente interesante. La analogía es fructífera porque proporciona un ejemplo de privatización de bienes públicos en aras de impulsar la maquinaria mercantil a partir de decisiones contingentes e históricas con consecuencias imprevisibles. La apropiación que suponen ambos ejemplos de los ecosistemas – naturales o cognitivos – son disposiciones radicalmente políticas. Además, muestra que hubo un momento histórico a partir del cual los bienes intangibles que denominamos <información> o <saber> comenzaron a poder ser objeto de apropiación, cercados o rodeados por barreras legales en un avance expropiador. Desde entonces, ciertas manifestaciones intelectuales pudieron pensarse como privadas, <poseíbles> económicamente y transferibles comercialmente.¹⁵

No que tange aos bens intelectuais, a lei garante a concessão de monopólios aos autores, de forma a gerar exclusividade quanto a alguns elementos inerentes à sua natureza. De maneira resumida, a formação de um arcabouço teórico e legal que pudesse sustentar esse movimento de apro-

¹² POLANYI, Karl. *A Grande Transformação*. Op. cit., p. 52.

¹³ SÁDABA, Igor et al. Op. cit., p. 68.

¹⁴ BOYLE, James. *The Public Domain: enclosing the commons of the mind*. New Haven: Yale University Press, 2008.

¹⁵ SÁDABA, Igor et al. Op. cit., p. 68.

priação pode ser compreendido a partir de três fases distintas apontadas por Sádaba et al.¹⁶: uma fase inglesa, uma francesa e uma norte-americana, cada uma sendo responsável por uma abordagem diferenciada desses direitos.

Num primeiro momento, a aparição da prensa no século XV revolucionou os sistemas de conhecimento e inaugurou uma autêntica modalidade de existência cultural, bem como foi responsável por introduzir um tema novo: a difusão da informação e da cultura entre novas camadas da população. Para proibir o seu uso descontrolado no Reino Unido se formou, em 1557, a *Stationers Company*, a primeira associação que contava com um monopólio total do uso sobre a prensa, iniciando o que se pode denominar de “fase inglesa” do surgimento dos DPIs. Drahos e Braithwaite¹⁷ narram que, ao longo do tempo, a *Stationers Company* tornou-se um braço executivo do Estado, inclusive com poderes de busca e apreensão, os quais ela utilizava para colocar impressores que não faziam parte de sua empresa fora do negócio. Muitos impressores “piratas” acabaram na prisão e suas máquinas de impressão foram destruídas pela *Stationers*.

Nessa primeira fase, portanto, os autores e impressores se uniam para proteger-se das falsificações e as autoridades monárquicas fiscalizavam os conteúdos, concedendo um monopólio aos livreiros. As normas vigentes estabeleciam a obrigação de depositar em registro todo novo livro publicado e a possibilidade de que as associações requisitassem os textos suspeitos de serem hostis à Igreja ou ao Governo. A revolução de 1688 e a vitória do Partido Trabalhista modificaram a situação e permitiram a impressão livre, sem prévia autorização¹⁸. Contudo, a situação no Reino Unido se tornou confusa em razão da cópia indiscriminada e do interesse crescente apenas pela impressão de livros que fossem rentáveis.

Tal conjuntura levou à promulgação do famoso Estatuto da Rainha Ana (*Statute of Anne*), de 1710, o qual restaurava os antigos modelos e se convertia no primeiro exemplo de regulação direta dos documentos culturais, mas que protegia a figura do editor, e não do autor. Assim, a convergência entre uma nova técnica de produção cultural – a prensa – e as tensas relações entre a Coroa britânica e o liberalismo incipiente deram a luz ao primeiro protótipo de *copyright*. Verifica-se, dessa maneira, que o primeiro

¹⁶ SÁDABA, Igor et al. Op. cit., p. 68.

¹⁷ DRAHOS, Peter; BRAITHWAITE, John. *Information Feudalism*. Op. cit., p. 30.

¹⁸ SÁDABA, Igor et al. Op. cit., p. 16.

modelo de *copyright* – o modelo inglês – surgiu como forma de censura e monopólio dos monarcas protestantes sobre os textos e os livros, e não como uma forma de proteção do autor ou como fomento da criação, tal como tentam afirmar certos discursos contemporâneos¹⁹.

O segundo momento chave para a construção dos primeiros paradigmas acerca da propriedade intelectual ocorre na denominada ‘fase francesa’²⁰. Personagens como Diderot, Voltaire e Beaumarchais, que pretendiam viver de seu trabalho em plena emergência da figura do intelectual, impulsionaram um intenso debate em torno dos direitos de autor. A reivindicação dos direitos dos autores se apresenta como uma postura revolucionária que exigia o reconhecimento dos direitos dos trabalhadores frente aos privilégios estamentais do Antigo Regime. A Revolução Francesa não inventou a noção legal de autor, mas foi ela que permitiu redefinir os privilégios do autor em relação à “propriedade”²¹.

*El paso de la fase inglesa a la fase francesa indica un salto desde la idea penal de autor – como responsable jurídico, como censura y control de lo publicable, como mecanismo de responsabilización, etc. – a la idea laboral de autor como producto del trabajador intelectual, como creación de un individuo que sobrevive gracias a su esfuerzo intelectual, etc.*²²

Deve-se destacar, no entanto, que o desenvolvimento desta perspectiva sobre a autoria na França não se deu de forma totalmente pacífica. Inicialmente, dois discursos surgiram no país: um estava fundamentado sobre a ideia de que o trabalho intelectual de um indivíduo era a forma mais natural e inviolável de propriedade e a outra argumentava contra o direito individual sobre o conhecimento como propriedade. Esses “dois discursos constituíam uma tensão entre o ponto de vista das ideias como propriedade e a noção de cultura e conhecimento como naturalmente comunitários”²³. Tal controvérsia, porém, acabou por ser vencida pela ideia do direito de propriedade do autor, a quem são reconhecidos poderes to-

¹⁹ SÁDABA, Igor et al. Op. cit., p. 18.

²⁰ *Ibid.*, p. 18.

²¹ *Ibid.*, p. 19.

²² *Ibid.*, p. 19-20.

²³ GANDELMAN, Marisa. *Poder e conhecimento na economia global: o regime internacional da propriedade intelectual: da sua formação às regras de comércio atuais*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. p. 74-75.

tais sobre sua obra. Passa-se, assim, ao entendimento de que obra constitui, inclusive, uma extensão da personalidade do seu autor.

Por último, cabe referir a fase americana, na qual se desenvolve um esquema de economização regulada do conhecimento, a qual é decorrente do tipo de *copyright* que se patrocinou e promulgou por meio da Revolução de 1775, nos Estados Unidos. Condicionados pelas versões anteriores de propriedade intelectual, os fundadores da nação norte-americana instituíram uma doutrina mais instrumental, baseada sobre a ideia de equilíbrio entre incentivos individuais e benefícios sociais. A adaptação dos direitos de propriedade intelectual feita pelos Estados Unidos, no século XIX, supõe uma tentativa de compensar a criação artística em troca de fomentar o progresso coletivo. Assim, o *copyright* já não aparece como filtro de conteúdos e nem como uma concessão de alcance limitado que estimula ou alimenta a atividade criadora e artística. A partir de então, passa-se a argumentar que a obra intelectual se cria para o desfrute e benefício do corpo social²⁴. A instrumentalidade permitiu ao sistema legal norte-americano desenvolver-se a partir de um núcleo central baseado sobre o direito de cópia da obra. Separa-se, dessa forma, a obra do autor, a qual passa a ter vida própria e a gozar de uma proteção que tem característica de um privilégio concedido pelo Estado, e não um direito natural e absoluto²⁵.

As décadas seguintes foram testemunhas de uma cristalização dos diferentes sistemas ou esquemas anteriores, os quais foram se amoldando às peculiaridades geográficas, culturais e sociais de cada país até se chegar a uma tentativa de homogeneização do tema em nível mundial por meio do Acordo TRIPS. Não obstante, é importante frisar que, ao longo desse processo, houve uma variação brusca de atitude da economia liberal ou neoclássica a respeito dos direitos de propriedade intelectual. Passou-se de uma desconfiança quanto aos mesmos para depois abraça-los como algo indubitavelmente necessário no contexto do comércio internacional. Quando a economia se deparou com crises recorrentes, muitos liberais e fanáticos do livre mercado reviram suas posturas, restaurando sua crença em relação aos DPIs, os quais passaram a ser entendidos como a única maneira de combater a crise²⁶.

²⁴ SÁDABA, Igor et al. Op. cit., p. 21.

²⁵ GANDELMAN, Marisa. *Poder e conhecimento na economia global: o regime internacional da propriedade intelectual: da sua formação às regras de comércio atuais*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. p 77.

²⁶ SÁDABA, Igor et al. Op. cit., p. 51-52.

Nesse sentido, durante a *stagflation* (alta inflação com recessão ou desaceleração econômica), que ocorreu durante a década de 1960 nos Estados Unidos, houve o fortalecimento dos DPIs com o objetivo de manter demonstrações financeiras internacionais. Esse processo acumulou seguidores, o número de críticos entre os economistas neoclássicos diminuiu e a propriedade intelectual deixou de ser um estorvo ao intercâmbio mercantil para converter-se em um dos melhores aliados das grandes empresas do fordismo. Contemporaneamente, nenhum movimento estratégico do 'paradigma pós-fordista' e da globalização neoliberal foi tão significativo para o comércio e para sustentar um marco de competitividade mundial como os relacionados à propriedade intelectual. A nova economia parece basear-se em um tipo de competitividade empresarial, com uma dimensão financeiro-simbólica, na qual algumas das principais fontes de riqueza provêm de certos ativos imateriais²⁷.

Nesse contexto, a ampliação dos direitos de *copyrights* na atualidade busca defender uma suposta vantagem econômica e cultural das economias desenvolvidas durante um período de intensa globalização. A propriedade intelectual, em todas as suas formas, tem sido entendida como um mecanismo importante para a defesa das vantagens existentes e também como uma maneira de estimular a concorrência baseada na inovação, em uma época em que as economias desenvolvidas se vêm incapazes de concorrer no que se refere aos custos de mão de obra e acesso aos recursos materiais²⁸.

Se na sua perspectiva mais otimista a sociedade contemporânea tem o conhecimento e a informação como o eixo propulsor do seu desenvolvimento, as novas tecnologias deveriam possibilitar um sistema de troca cada vez maior de conhecimento e informação, no qual as trocas cooperativas ou colaborativas mostrar-se-iam cada vez mais presentes, impulsionando a diversidade cultural. Nesse teor, Lemos²⁹ destaca que, se as características de não competitividade e não exclusividade eram imperfeitas até pouco tempo com relação a determinados bens intelectuais, uma vez que era preciso materializar o bem em algum suporte físico, o avanço tecnológico tem permitido que estes tornem-se bens públicos perfeitos, avançando em direção à imaterialidade e à facilidade de acesso.

²⁷ SÁDABA, Igor et al. Op. cit., p. 51-53.

²⁸ SMIERS, Joost; SCHIJNDEL, Marieke van. *Imagine...No copyright: por un mundo nuevo de libertad creativa*. Tradução de Roc Filella Escolà. Barcelona: Editorial Gedisa, 2008. p. 62.

²⁹ LEMOS, Ronaldo. *Direito Tecnologia e Cultural*. Rio de Janeiro: FGV, 2005. p. 170.

Ocorre, porém, que este sistema baseado na cooperação e no livre fluxo da informação compete com o sistema que resiste às mudanças e busca manter o regime de exclusividades sobre bens imateriais. Os conceitos jurídicos vinculados à propriedade intelectual são constantemente vinculados com o objetivo de estipular uma escassez cada vez maior dos bens informacionais, corroborando a existência de interesses e projetos bastante contraditórios. Desse modo, ao mesmo tempo em que a rede apresenta a possibilidade de uma comunicação interativa e comunitária sem precedentes, ela também possibilita a formação de um novo mercado – uma espécie de banco de dados universal, no qual são encontradas e consumidas, mediante pagamento, todas as informações imagináveis³⁰.

O transcurso histórico dos DPIs e a construção retórica dos mesmos, portanto, esconde em seu interior o rumo tomado pelas sociedades modernas, suas tensões, acertos e erros³¹. Se, por um lado, existem movimentos bem intencionados no sentido de promover informação e conhecimento, por outro a própria criação dos DPIs acabou por fortalecer um sistema com efeitos econômicos perversos ao permitir o cercamento cada vez maior dos bens intelectuais. Desse modo, a busca da propulsão de um tema como a diversidade cultural, o qual se verá ser igualmente controverso, por meio dos DPIs poderá encontrar inúmeros obstáculos, cuja compreensão exige, no entanto, que se procure esclarecer o significado da expressão *diversidade cultural*.

3 DA CULTURA À DIVERSIDADE CULTURAL: A (DES)CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO

Uma das dificuldades de se trabalhar no âmbito dos DPIs está no fato de que o seu discurso é impregnado de um conjunto de fetiches, crenças, valores e justificativas, legitimado por órgãos institucionais de caráter internacional que formam de maneira muito contundente o que Warat³² denomina de “senso comum teórico dos juristas”. O autor explica que, na realização de suas atividades cotidianas, os juristas são influenciados por diversas representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que aca-

³⁰ LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999.

³¹ SÁDABA, Igor et al. Op. cit., p. 61.

³² WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito I - Interpretação da lei*: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. p. 13.

bam por disciplinar, anonimamente, os seus atos de decisão e de enunciação. O “senso comum teórico” sustenta, dessa maneira, um discurso jurídico pretensamente científico, que, no entanto, esconde um conjunto de valores que são reproduzidos incessantemente, sem que, todavia, o mesmo seja revelado. De modo geral, os juristas não percebem o caráter ideológico dos seus métodos e dos seus discursos. Nesse sentido, Raffo³³ é categórico em afirmar que o direito autoral atua constantemente a partir de uma série de conceitos, sem que, todavia, se saiba precisar a sua fenomenologia, o que explica as inúmeras dissonâncias encontradas no seu discurso. O mesmo raciocínio é válido nas situações em que o direito autoral necessita utilizar-se de conceitos que lhe são adjacentes, como a *diversidade cultural*, razão pela qual, esta parte da pesquisa tem por objeto uma tentativa de compreensão do seu significado.

Inicialmente, a análise do conceito de diversidade cultural perpassa pela própria compreensão do que é a cultura. Embora não se desconheça o fato de que o tema é amplo e pautado por inúmeras perspectivas, a presente pesquisa faz referência ao entendimento veiculado sobre o tema principalmente a partir da Modernidade. Bauman³⁴ destaca que o período moderno pode ser caracterizado pela existência de uma série de desafios aos administradores da vida social. Inicialmente, impôs a tarefa de substituir a desintegrada ordem divina ou natural das coisas por uma ordem artificial, construída pelo homem. Assim, os filósofos passaram a substituir a revelação pela verdade de base racional, o que levou à necessidade de se construir a ordem a partir da tecnologia e da educação comportamental por meio de uma técnica de moldagem da mente e da vontade. Esses três interesses, para Bauman³⁵, deveriam juntar-se e fundir-se na ideia de cultura, a qual, para o autor, foi planejada para responder às preocupações e às ansiedades da Modernidade.

A ideia de ‘cultura’ serviu para reconciliar toda uma série de oposições enervantes pela sua incompatibilidade ostensiva: entre liberdade e necessidade, entre voluntário e imposto, teleológico e causal, escolhido e determinado, aleatório e padronizado, contingente e obediente à lei, entre a autoafirmação e a regulação normativa.³⁶

³³ RAFFO, Julio. *Derecho autoral: hacia un nuevo paradigma*. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 2011.

³⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Ensaio sobre o conceito de cultura*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 14-15.

³⁵ *Ibid.*, p. 15-16.

³⁶ *Ibid.*, p. 17.

Entre essas inúmeras oposições identificáveis no conceito de *cultura*, é possível, também, constatar contradições entre o inventar e o preservar; a descontinuidade e o prosseguimento, a novidade e a tradição³⁷. Isso pode ser sintetizado em um paradoxo expresso por meio das ideias de autonomia e de vulnerabilidade. Não obstante, como o esforço de resolver este paradoxo não produziu resultados convincentes, criou-se a tendência de separar as duas proposições. Assim surgiram dois discursos a respeito da cultura: o primeiro entende a cultura como a capacidade de resistir à norma e de se elevar acima do comum (*autonomia*), ou seja, a cultura seria aquilo que distingue os espíritos mais ousados, menos submissos e conformistas, com coragem para romper horizontes bem delineados e ultrapassar fronteiras bem guardadas. Essa cultura é propriedade de uma minoria, ficando o restante dos seres – não criativos – apenas como meros expectadores³⁸.

O produto do segundo discurso corresponde à noção de cultura formada e aplicada na antropologia ortodoxa, para a qual a cultura significa a regularidade padrão, ou seja, corresponde a um sistema coerente de pressões apoiadas por sanções, valores, normas interiorizadas e hábitos que asseguram a repetitividade, e, portanto, a previsibilidade da conduta no plano individual e a monotonia da reprodução (*vulnerabilidade*). Tem-se, dessa forma, uma continuidade no decorrer do tempo, permitindo-se preservar a tradição³⁹. A batalha entre os dois entendimentos, no entanto, não cessa ao longo da história, ou seja, o equilíbrio entre os dois aspectos do processo cultural muda de uma época para a outra, pendendo hora mais para um, hora mais para outro, porém, a contradição implícita ao conceito não deixa de existir⁴⁰.

Para resumir: a cultura, como tende a ser vista agora, é tanto um agente da desordem, quanto um instrumento da ordem; um fator tanto de envelhecimento e obsolescência quanto de atemporalidade. O trabalho da cultura não consiste tanto em sua autoperpetuação quanto em garantir as condições para futuras experimentações e mudanças. Ou melhor, a cultura se “autoperpetua” na medida em que não o padrão, mas o impulso de modificá-lo, de alterá-lo e substituí-lo por outro padrão continua viável e potente com o pas-

³⁷ BAUMAN, Zygmunt. Op. cit., p. 18.

³⁸ *Ibid.*, p. 22-23.

³⁹ *Ibid.*, p. 24.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 27.

sar do tempo. O paradoxo da cultura pode ser assim reformulado: o que quer que sirva para a preservação de um padrão também enfraquece o seu poder.⁴¹

De forma especial, na Modernidade a ideia de cultura serviu de substrato para a organização do espaço global, o qual foi fatiado em domínios soberanos (territórios distintos e agências distintas e soberanas) para realizar as tarefas da autoridade moderna. As coisas que não encontrassem um lugar nesse arranjo, conforme Bauman⁴², eram consideradas terra de ninguém, ‘pessoas sem controle’, condutas fora do padrão e mensagens ambivalentes. A imagem da cultura como um “sistema”, segundo o padrão de um quadro gerencial, era a projeção da ambição moderna de gerenciamento do espaço. Essa construção era importante para garantir o esforço moderno em torno da integração supralocal por meio de uma ordem jurídica administrada pelo Estado e do estabelecimento de uma cultura nacional, supralocal⁴³. O propósito consistia, portanto, em impor um tipo de lealdade sobre o mosaico de “particularismos” locais comunitários. Em termos de política, isso significou o desmantelamento da autonomia de qualquer unidade menor que o Estado-nação⁴⁴. Essa proclamação da cultura como “sistema”, promovida pelo Estado-nação funcionava pela eliminação de todos os resíduos de costumes e hábitos que não se encaixassem no modelo unificado, destinado a se tornar obrigatório na área sob a soberania do Estado, agora identificada como território nacional⁴⁵. Tratava-se, assim, de um entendimento de cultura que buscava estabelecer uma regularidade padrão.

Tal perspectiva, porém, não se sustenta mais na contemporaneidade, uma vez que, diferentemente do Estado-nação moderno, o ciberespaço é territorialmente desancorado, pois se situa numa dimensão diferente, impossível de atingir e muito menos de controlar. Desse modo, supera-se a ideia de cultura como um sistema organicamente vinculado à prática do espaço ‘gerenciado’ ou ‘administrado’ em geral. A rede global de informações não tem, nem pode ter, agências dedicadas à manutenção do padrão, assim como não é dotada de autoridades capazes de separar

⁴¹ BAUMAN, Zygmunt. Op. cit., p. 28.

⁴² *Ibid.*, p. 38.

⁴³ *Ibid.*, p. 51.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 55.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 59.

a norma da anormalidade, o regular do desviante. Segundo Bauman⁴⁶, qualquer ‘ordem’ que possa aparecer no ciberespaço é emergente e não projetada.

Há, dessa forma, uma mudança significativa quanto ao entendimento do termo ‘cultura’ no mundo contemporâneo. Diante deste novo cenário um contributo relevante da globalização e das novas tecnologias para o conceito de *cultura* consiste em dar-lhe a conotação de *recurso*, o qual deve contribuir para a melhoria sociopolítica econômica, ou seja, para o *desenvolvimento*⁴⁷. Dessa forma, a cultura torna-se um pretexto para a melhoria sociopolítica e para o crescimento econômico. Segundo Yúdice⁴⁸, na contemporaneidade, a cultura pode ser entendida como um recurso que gera e atrai investimentos, cuja distribuição e utilização, seja para o desenvolvimento econômico e turístico ou para as indústrias culturais e novas indústrias dependentes da propriedade intelectual, mostra-se como uma fonte inesgotável. Assim, a cultura pressupõe gerenciamento, perspectiva que se mostra distinta das características da alta cultura e da cultura cotidiana, adotadas pelo sentido antropológico. Nessa perspectiva, a concepção de “cultura como recurso” é entendida a partir da absorção da ideologia e da sociedade disciplinar (de caráter moderno, tal como exposto anteriormente) pela racionalidade econômica da contemporaneidade. Desse modo, inserida no movimento global das indústrias culturais, que discursam pela preservação das tradições como forma de manter a biodiversidade, a cultura conteria e expressaria elementos importantes para os agenciamentos da sociedade civil, tendo por objetivo o desenvolvimento político e econômico.

A partir de tais premissas, considera-se que a compreensão do conceito de diversidade cultural, tal como adotado nos documentos internacionais, deve partir do entendimento do termo *cultural* sob a ótica da contemporaneidade, que a pressupõe como um eixo de desenvolvimento. Desse modo, a análise ora empreendida sobre o conceito de cultura permite delinear algumas problemáticas intrínsecas ao próprio conceito de diversidade cultural, como se verá mais adiante, uma vez que, em que pese a mudança na percepção da cultura na contemporaneidade, o seu paradoxo, como evidenciado por Bauman, persiste, o que torna extremamente com-

⁴⁶ BAUMAN, Zygmunt. Op. cit., p. 39.

⁴⁷ YÚDICE, George. *A conveniência da Cultura: usos da cultura na era global*. Tradução de Marie-Anne Kremer. Belo Horizonte: UFMG, 2004. p. 25.

⁴⁸ *Ibid.*

plexa a tarefa de definir sua abrangência, conjugar interesses divergentes e lutar por alguma forma de consenso no contexto internacional.

No âmbito jurídico, a diversidade cultural aparece com maior destaque quando se passa a discutir a inclusão dos bens culturais no contexto do mercado internacional. Com o surgimento da Organização Mundial do Comércio (OMC), em 1994, criou-se um movimento no sentido de harmonizar os interesses econômicos e comerciais em torno dos denominados bens intelectuais, discutindo-se se tais bens deveriam ou não ser tratados no contexto do comércio internacional enquanto bens mercadológicos. A Rodada Uruguai foi marcada pelo surgimento de duas visões distintas sobre o tratamento a ser reconhecido a tais bens e às regras multilaterais do comércio estabelecidas pela OMC. Uma visão foi defendida pelos Estados Unidos e sustentava que os bens e os serviços culturais deveriam constituir produtos de entretenimento e, portanto, deveriam estar submetidos ao regimento da OMC. Por outro lado, parte dos Estados europeus e a França, em especial, defendiam que os bens e os serviços culturais não poderiam ser considerados como meros produtos comerciais, já que são bens impregnados pelas ideias, pelos valores e pelos sentidos que formam a expressão da identidade cultural dos povos e comunidades.

A posição dos países europeus ficou conhecida como a *tese da exceção cultural* e foi vitoriosa, afastando a possibilidade de os produtos culturais receberem o mesmo tratamento que os bens comerciais. Contudo, embora a posição norte-americana não tenha sido vencedora, a tensão entre as duas perspectivas não deixou de existir e os fóruns internacionais e os acordos bilaterais e regionais continuaram marcados pelo debate entre essas duas abordagens. Paulatinamente, a tese da *exceção cultural* foi substituída pelo modelo baseado na ideia de diversidade cultural, tornando o debate mais amplo e consensual, trazendo à tona não apenas o sentido mercadológico da cultura, mas também outros eixos que a vinculam à ideia de cidadania e de desenvolvimento.

Em 2005, a Unesco elaborou a Convenção sobre a Proteção da Diversidade das Expressões Culturais, que consiste no marco mundial de regulação do tema, apresentando os principais conceitos para a sua sistematização. Desse modo, a Convenção apresenta a cultura não apenas como um fator econômico, mas também como um eixo propulsor do desenvolvimento em sentido amplo, afirmando que as atividades, os bens e os serviços culturais possuem uma dupla natureza: uma econômica e outra cultural, não podendo ser tratados apenas mediante sua valoração comercial.

Em tese, a expressão diversidade cultural aparece no contexto internacional com a finalidade de conciliar, de alguma forma, esses interesses contraditórios e o paradoxo presente no próprio conceito de cultura. O termo diversidade cultural tem sua origem na terminologia ambientalista, em paralelismo ao termo *diversidade biológica*. Nessa perspectiva, sustenta-se que a cultura e as suas diferentes manifestações correspondem a um recurso imprescindível e precioso, não renovável, que permite a sobrevivência de um ecossistema, ou seja, cada vez que desaparece uma cultura, limita-se a capacidade de intercâmbio seminal, de inovação genética, de capacidade criativa e, desse modo, poder-se-ia chegar a um mundo sem diferenças culturais.

Contudo, Segóvia⁴⁹ afirma que esta transposição de conceitos encontra um problema fundamental: de modo distinto da diversidade biológica, termo oriundo das ciências biológicas, não é possível dizer exatamente como as culturas interagem entre si, de maneira que essa transposição, na prática, mostra-se problemática, uma vez que não se tem evidências quanto ao dano real gerado à humanidade⁵⁰. De forma semelhante, Bernard⁵¹ afirma que o termo *cultural* da expressão *diversidade cultural* não deve ser tratado como similar ao termo *diversidade biológica*. Para o autor não se deve *naturalizar* o conceito de *cultural*, pois só há diversidade cultural, segundo ele, na luta das formas culturais contra a natureza e contra as demais formas de cultura, ou seja, o diverso cultural só se torna o que ele é na luta incessante com o bio-diverso. Trata-se, assim, de buscar recuperar o sentido da cultura enquanto processo de construção da particularidade humana.

Após analisar diferentes documentos sobre a temática no plano internacional, Ben Goldsmith⁵² afirma que, de um modo geral, a acepção adotada quanto à diversidade cultural é ampla, apresentando diferentes conotações, entre as quais o autor destaca: a) um modo de conseguir integração social; b) um elemento das agendas das democracias culturais;

⁴⁹ SEGÓVIA, Rafael. As perspectivas da cultura: identidade regional *versus* homogeneização global. In: BRANT, Leonardo (Org.). *Diversidade Cultural: globalização e culturas locais: dimensões, efeitos e perspectivas*. São Paulo: Escrituras; Instituto Pensarte, 2005. p. 83.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 87.

⁵¹ BERNARD, François de. "Por uma redefinição do conceito de diversidade cultural." In: BRANT, Leonardo (Org.). *Diversidade Cultural: globalização e culturas locais: dimensões, efeitos e perspectivas*. São Paulo: Escrituras; Instituto Pensarte, 2005. p. 75-76.

⁵² GOLDSMITH, Ben. "Diversidade cultural: política, caminhos, dispositivos." In: BRANT, Leonardo. *Diversidade Cultural: globalização e cultura locais: dimensões, efeitos e perspectivas*. São Paulo: Escrituras; Instituto Pensarte, 2005. p. 92.

c) uma forma de enriquecer os recursos e o capital cultural nas indústrias culturais e econômicas do conhecimento; d) uma forma de superar a exclusão social; e e) um auxiliar e um catalizador para o desenvolvimento cultural sustentável e a prosperidade econômica. Além disso, o autor também salienta que os diferentes documentos apresentam a diversidade cultural a partir de uma perspectiva *entre e dentro* dos Estados. Em que pese o fato de tais abordagens se apresentarem de forma cambiável, tais significados acarretam abordagens políticas distintas.

Assim, uma primeira visão sobre a diversidade cultural tem como premissa a compreensão do mundo como uma pluralidade de Estados-nações, cada qual com o seu território definido, um governo efetivo e uma população estável com elos culturais em comum⁵³. Pode-se afirmar que tal perspectiva corresponde a visão moderna anteriormente referida a partir do pensamento de Bauman. Nesse entendimento, a globalização é vista como uma ameaça à autonomia cultural e a diversidade cultural torna-se, então, um mecanismo para defesa da distinção das culturas nacionais diante da tendência de homogeneização cultural.

Por outro lado, há um segundo ponto de vista que articula a realidade da diversidade cultural com a democracia e novas formas de cidade. Nesse teor, o Estado-nação não deixa de ser importante e o governo desempenha um papel ativo trabalhando em parceria com o setor privado e a sociedade civil, reconhecendo direitos aos cidadãos⁵⁴. Há, por fim, uma terceira visão que parte do reconhecimento de que os indivíduos e as populações têm características culturais heterogêneas que podem contribuir para uma identidade nacional, mas que não são confinadas ou contidas por ela, nem predeterminadas pela identificação étnica. Nesse contexto, a função da diversidade cultural está em fomentar os intercâmbios transculturais e o desenvolvimento, fortalecer minorias, indivíduos e comunidades marginalizadas e, posteriormente, enfraquecer a capacidade dos Estados-nação de organizarem a produção e a memória cultural⁵⁵.

No contexto jurídico internacional, pode-se afirmar que a concepção de diversidade cultural acabou por se estabelecer no sentido de reconhecer

⁵³ GOLDSMITH, Ben. "Diversidade cultural: política, caminhos, dispositivos." In: BRANT, Leonardo. *Diversidade Cultural: globalização e cultura locais: dimensões, efeitos e perspectivas*. São Paulo: Escrituras; Instituto Pensarte, 2005. p. 93.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 94.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 94.

aos países a capacidade de implementar políticas públicas que permitam à população ter acesso à maior diversidade possível de fontes criadoras da cultura, sendo elas oriundas de dentro ou de fora do seu território. Além disso, visa evitar que as fontes criadoras de cultura desapareçam e acabem por sucumbir aos apelos do mercado internacional⁵⁶. Nesse sentido, a Convenção sobre a proteção e promoção da diversidade das expressões culturais, afirma que a diversidade cultural:

[...] refere-se à multiplicidade de formas pelas quais as culturas dos grupos e sociedade encontram sua expressão. Tais expressões são transmitidas entre e dentro dos grupos e sociedades. A diversidade cultural se manifesta não apenas nas variadas formas pelas quais se expressa, se enriquece e se transmite o patrimônio cultural da humanidade mediante a variedade das expressões culturais, mas também através dos diversos modos de criação, produção, difusão, distribuição e fruição das expressões culturais, quaisquer que sejam os meios e tecnologias empregados.⁵⁷

Como é possível verificar, o conceito adotado pela Unesco é vago e aberto, no entanto, sobressai-se o incentivo à multiplicidade de formas pelas quais as culturas encontram sua expressão, relembrando uma acepção moderna de cultura como referida por Bauman. Afirma a Convenção, ainda, que “a diversidade cultural cria um mundo rico e variado que aumenta a gama de possibilidades e nutre as capacidades e valores humanos, constituindo, assim, um dos principais motores do desenvolvimento sustentável das comunidades, povos e nações.”⁵⁸. Tal perspectiva reconhece, também, o movimento contínuo da cultura, uma vez que ela assume formas diversas através do tempo e do espaço, e que esta diversidade se manifesta na originalidade e na pluralidade das identidades, assim como nas expressões culturais dos povos e das sociedades que formam a humanidade⁵⁹. Em que pese a tentativa conceitual da Convenção da Unesco quanto à diversidade cultural, deve-se considerar que se trata de uma concepção um tanto abstrata e com possibilidades diversas de interpretação. Se isso por um lado

⁵⁶ MORAES, Geraldo; PETERS, Débora (Org.). *Diversidade Cultural e a Convenção da UNESCO*. Recife: CBC/CBDC, 2006. p. 32.

⁵⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA - UNESCO. *Convenção sobre a proteção e promoção da diversidade das expressões culturais*. Brasília: Representação da Unesco no Brasil, 2005.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*

pode dar força às tentativas de regulamentação da matéria, por outro lado, demonstra a fragilidade de se trabalhar com o tema, visto que o conceito tem sido utilizado para os mais diversos interesses e nas mais variadas acepções.

Percebe-se, assim, que embora o texto da Convenção para Proteção e Promoção da Diversidade Cultural tenha tentado assinalar aspectos que contemplem a complexidade do tema *diversidade cultural*, as diferenças no tratamento da matéria no contexto internacional não deixaram de existir. OMC e Unesco, nesse aspecto, continuam a adotar posições contraditórias e, algumas vezes, conflituosas. Na medida em que a regulamentação mundial sobre a propriedade intelectual passou a constituir tema relevante na OMC, verifica-se uma preponderância muito maior dos aspectos econômicos dos direitos autorais do que sua interface com os direitos vinculados à diversidade cultural.

4 DO DIREITO AUTORAL COMO PROPULSOR DA DIVERSIDADE CULTURAL: FALÁCIAS E DESAFIOS

A partir do referencial teórico a respeito dos DPIs e da diversidade cultural, passa-se para a análise das complexidades e dos desafios enfrentados principalmente pelo direito autoral para que este possa ser efetivo na propulsão da diversidade cultural e do desenvolvimento. Afinal, se o advento das novas tecnologias traz novos contornos à sociedade contemporânea, o Direito também vivencia as transformações decorrentes do processo de globalização. De modo especial, o direito autoral vê-se forçado a buscar novas perspectivas que atendam de forma satisfatória aos direitos fundamentais e isso significa exercer um papel significativo na construção da diversidade cultural.

Com efeito, ao longo do século XVIII, foi atribuída ao direito de autor a função de fomentar a cultura⁶⁰. Esta foi uma das razões pela qual se operou até hoje uma ampliação incessante do conteúdo e meios de defesa do direito de autor. Segundo Ascensão, pareceria, assim, haver uma identidade funcional entre o direito de acesso à cultura e o direito de autor. Não obstante, esta relação esconde diversas zonas de conflito, nas quais os

⁶⁰ 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. 11.

direitos exclusivos de utilização econômica têm, na verdade, se sobreposto ao interesse de acesso universal ao conhecimento.

Na sociedade contemporânea o espaço digital é entendido como um novo espaço público⁶¹, razão pela qual proliferam políticas públicas tendentes a demonstrar a importância e a centralidade das novas tecnologias como ferramentas de interlocução e deliberação cidadã. Porém, ao mesmo tempo em que se costuma enaltecer as variáveis políticas da cultura digital, ignora-se que este espaço também sofre as restrições legais impostas pelo direito de autor. Nesse sentido, o direito de autor, ao invés de propiciar e incentivar a criatividade intelectual, na maior parte das vezes, funciona como um obstáculo às trocas culturais no âmbito digital em benefício de grupos econômicos privilegiados.

Como referido anteriormente em relação aos DPIs, o campo do direito autoral também tem servido como cenário para um conflito que pode ser expresso a partir do desequilíbrio ou do enfrentamento entre os direitos públicos (acesso universal aos frutos do conhecimento) e os direitos individuais ou privados (propriedades privadas temporais especiais adjuntas à propriedade intelectual). Isso decorre do fato de que o conhecimento, a informação ou o saber (leia-se ciência, cultura, técnica ou arte) são considerados bens públicos, ou semipúblicos ou bens públicos globais. As terras comunais do intelecto são percebidas socialmente como um patrimônio compartilhado e uma posse socializada, a qual se deveria ter acesso universal⁶².

Não obstante, a possibilidade de acesso às obras intelectuais e à sua produção encontra obstáculos na atual legislação de direitos autorais, uma vez que seu texto é bastante restritivo no que diz respeito à possibilidade de acesso aos bens culturais, seja no sentido de fruí-los ou de utilizá-los como suporte para a criação artística. Tal circunstância revela que, assim como no termo *diversidade cultural*, também existe uma tensão no contexto do direito de autor. Ou seja, há um antagonismo no seu transcurso histórico, advindo da leitura de que, ao mesmo tempo em que busca privilegiar os direitos de monopólio do autor (na maior parte das vezes, dos *intermediários*), deve servir, também, como elemento de desenvolvimento da cultura, o que significa permitir o acesso e a fruição dos bens culturais. Contemporaneamente, essa tensão toma contornos mais nítidos e confli-

⁶¹ CABALLERO, Francisco Sierra. Meios Digitais e cultura democrática. *Revista do Instituto Humanitas Unisinos*, São Leopoldo, ano XI, n. 372, p. 30-31, 05 set. 2011.

⁶² SÁDABA, Igor et al. Op. cit., p. 54-55.

tuosos, uma vez que todo o arsenal cultural colocado nas grandes redes de informação e de cultura encontra empecilhos notáveis quanto à sua utilização em razão das restrições impostas pela lei autoral.

Lessig⁶³ explica a forma como o direito de autor construiu esse tensionamento a partir da distinção entre a cultura comercial e a cultura não comercial. A primeira é entendida como aquela em que se tem o suporte físico utilizado para a venda de mercadorias, tais como CDs, DVDs e outros. Já a segunda corresponde ao arsenal cultural utilizado livremente pelos indivíduos dentro da comunidade, o qual se revela nas histórias que são contadas oralmente ou nas práticas culturais cotidianas, onde não há pagamento ou circulação de capital. De acordo com o autor:

No começo de nossa história, e por quase toda a nossa tradição, a cultura não-comercial era basicamente desregulamentada. Claro, se as histórias eram grosseiras ou se a sua cantoria perturbava a paz, então a lei poderia intervir. Mas a lei nunca foi especialmente preocupada com a criação ou disseminação desse tipo de cultura, deixou-a “livre”. Os meios cotidianos nos quais pessoas comuns compartilhavam e transformavam a sua cultura – contando histórias, re-encenando cenas de peças de teatro ou da TV, formando fã-clubes, compartilhando músicas, gravando fitas – eram ignorados pela lei.⁶⁴

Contudo, o advento da tecnologia da informação acabou por substituir a cultura livre, pela cultura da permissão⁶⁵, na qual os interesses de autores acabaram substituídos pelos interesses dos produtores e dos grandes grupos econômicos do mercado da cultura, culminando num excesso de proteção dos bens intelectuais e de restrições à criatividade cultural⁶⁶. Quanto ao tema, Lessig⁶⁷ refere que as possibilidades de exercício da denominada cultura livre nunca foram tão amplas como na contemporaneidade, porém, o paradigma ultrapassado do direito de autor e seus instrumentos limitadores do direito de acesso aos bens culturais autorizam a apropriação privada dos meios e do capital cultural disponível. Assim, a

⁶³ LESSIG, Lawrence. *Cultura livre: como a grande mídia usa a tecnologia e a lei para bloquear a cultura e controlar a criatividade*. São Paulo: Trama Universitário, 2005. p. 8.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 8.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 8.

⁶⁶ KRETSCHMANN, Ângela. *Dignidade Humana e Direitos Intelectuais: Re(visitando) o direito autoral na era digital*. Florianópolis: Conceito/Millennium, 2008. p. 218-221.

⁶⁷ LESSIG, Lawrence. Op. cit.

cultura hoje legalizada no âmbito digital marginaliza e hierarquiza os dispositivos, a qualidade e as formas de acesso e consumo dos bens culturais em favor do mercado da cultura e em detrimento das possibilidades culturais amplas e abertas propiciadas pela sociedade informacional.

Tal conjuntura é decorrente da lógica de mercantilização do conhecimento que encontrou no modelo de propriedade intelectual um sistema racional e jurídico de administração econômica e legal do saber social baseado em direitos de exploração comercial. Sádaba et al.⁶⁸ afirmam que a propriedade intelectual se naturalizou de tal forma que acabou por se converter num método não questionado e favorito para a regulação do conhecimento, sendo possível referir a existência de uma autêntica ‘era da propriedade intelectual’ na contemporaneidade. Segundo os autores, já não se trata simplesmente do reconhecimento de direitos e titularidades individuais por meio dos DPIs, mas da existência de políticas globais de gestão econômica do conhecimento por meio de políticas intelectuais. Esse cenário, por seu turno, tem como protagonistas as grandes corporações empresariais que dominam o mercado do conhecimento global e não as comunidades locais, que são aquelas que efetivamente atuam na produção da diversidade cultural.

Todo esse processo desenvolve-se de forma a afrontar referenciais importantes como a democracia e a soberania dos Estados. Nesse sentido, Smiers e Schijndel⁶⁹ sustentam que, quando os magnatas dos meios de comunicação e um número limitado de corporações empresariais passam a dominar o mundo da comunicação cultural, a democracia se vê ameaçada, pois a liberdade de comunicação para *todos* e o direito de *todos* de participar da vida cultural de sua comunidade converte-se em um direito exclusivo dos diretores executivos e dos investidores dos conglomerados culturais, o que nitidamente afronta qualquer entendimento que se possa adotar acerca da diversidade cultural.

A afirmação de Smiers e Schijndel⁷⁰ pode ser constatada no fato de que nas últimas décadas o sistema de propriedade intelectual obrigou inúmeros países a introduzir e a manter sólidos sistemas de DPIs, inclusive em regiões do mundo nas quais esses direitos são contrários a tudo o que é culturalmente sagrado, habitual e eficaz. Em muitas culturas era permitido

⁶⁸ SÁDABA, Igor et al. Op. cit., p. 57.

⁶⁹ SMIERS, Joost; SCHIJNDEL, Marieke van. *Imagine...No copyright: por un mundo nuevo de libertad creativa*. Tradução de Roc Filella Escolà. Barcelona: Editorial Gedisa, 2008. p. 9.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 22.

que os cantores utilizassem as canções e as letras dos outros. O sistema de tomar emprestadas as canções e interpretá-las não causava problemas. O domínio público não tinha limites. A apropriação privada, exclusiva e monopolista das expressões artísticas na atualidade faz com que este processo se detenha. Já não se tem a liberdade de reinterpretar as obras e, com isso, criar novos significados⁷¹.

Drahos e Braithwaite⁷² identificam esse panorama da propriedade intelectual através da ideia de *feudalismo informacional*, o qual consistiria em um projeto articulado por diversos extratos da burocracia dos organismos internacionais, principalmente o TRIPS e a WIPO, no sentido de expandir os monopólios sobre o conhecimento. Assim, sob o argumento de que a expansão e a criação de um número cada vez maior de DPIs incentiva a inovação, tem sido promovida a elevação dos níveis de poder do monopólio global privado a alturas perigosas, num momento em que os Estados, que foram enfraquecidos pelas forças da globalização, têm menos capacidade de proteger os seus cidadãos das consequências do exercício deste poder⁷³.

O poder o reconhecimento dos DPIs traz consigo dois grandes perigos. Em primeiro lugar, dependendo do recurso em questão, pode colocar o titular do direito, ou um pequeno grupo de titulares, em uma posição de comando central em um mercado e os DPIs são, em essência, as ferramentas utilizadas pelos governos para regular os mercados da informação. O segundo e maior perigo de propriedade intelectual reside na ameaça à liberdade. Para Drahos e Braithwaite⁷⁴, quando um grupo de cientistas é impedido de trabalhar na molécula de uma proteína porque existem muitos DPIs cercando o uso da molécula, uma liberdade básica - a liberdade de pesquisa - foi violada. Os autores advertem, no entanto, que pensar sobre os perigos dos DPIs no nível dos direitos individuais de propriedade intelectual é um erro. Os perigos do comando central e perda de fluxo da liberdade se dão muito mais a partir da expansão global implacável dos sistemas de DPIs do que na posse individual de um direito de propriedade intelectual⁷⁵. Sobre o pensamento dos autores, Silveira esclarece que:

⁷¹ SMIERS, Joost; SCHIJNDEL, Marieke van. Op. cit., p. 27-28.

⁷² DRAHOS, Peter; BRAITHWAITE, John. *Information Feudalism: who owns the knowledge economy?* New York, London: The New Press, 2002.

⁷³ *Ibid.*, p. 3.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 3.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 5.

O fluxo livre do conhecimento conquistado pela ciência moderna, vai sendo feudalizado e bloqueado pelo novo processo de feudalização.

Para um desavisado, a privatização completa da produção intelectual e o tratamento das idéias como se fossem bens materiais, sem limites para a apropriação privada, poderia soar como algo ultra-eficiente e hipercapitalista. Drahos e Braithwaite demonstram que o resultado seria completamente adverso e seus efeitos podem ser muito próximos aos impactos econômico do feudalismo.⁷⁶

Tais reflexões denotam que o discurso que sustenta que os DPIs constituem elemento relevante para a propulsão da diversidade cultural deve ser analisado com cautela, pois enquanto os DPIs estiverem atuando de forma preponderante na manutenção de um mercado internacional voltado a um número reduzido de corporações e indústrias culturais, não se trata de incentivar a diversidade cultural, mas de promover o *feudalismo informacional*, tal como referido por Drahos e Braithwaite.

Também é preciso considerar que, muito embora a Convenção sobre a Diversidade Cultural tenha surgido como tentativa de ajustar interesses antagônicos acerca do tratamento a ser concedido aos bens culturais no âmbito internacional, na prática, os interesses econômicos aparecem sobrepostos aos interesses sociais e culturais, tornando o discurso da diversidade cultural vazio. Se, por um lado, a Convenção sobre a Diversidade Cultural destaca a diversidade cultural como política pública necessária para o enfrentamento do mercado global dos bens intelectuais, de outro lado, não se pode esquecer que o Acordo TRIPs, ao tratar dos direitos autorais, acaba por estabelecer o regime jurídico a ser adotado em relação a tais bens. Claro que tal acepção parte da premissa de que as produções e os valores culturais são compreendidos, nesse contexto, também enquanto bens econômicos. Embora este não deva ser o único viés a ser compreendido, como ressaltado acima, não se pode olvidar que é o de maior importância nos debates internacionais sobre a matéria. É sobre essa perspectiva que se tem debatido com maior insistência, enquanto as demais ainda permanecem no plano etéreo das políticas bem intencionadas, mas sem precisão fática e conceitual.

É importante frisar, nesse sentido, que os acordos da OMC são considerados *hard law*, gerando obrigações e vinculando os Estados-membros,

⁷⁶ SILVEIRA, Sergio Amadeu da. Cibercultura, *commons* e feudalismo informacional. *Revista FAMECOS*, Porto Alegre, n. 37, p. 85-90, dez. 2008. p. 89.

sob pena de retaliações comerciais e outras penas de caráter econômico. De outra parte, as Convenções da Unesco podem ser compreendidas como instrumentos de *soft law*, pois não são dotadas de aparato coercitivo, sendo que seus documentos apresentam políticas de atuação, recomendações e parâmetros de conduta, mas não regras específicas e coercitivas⁷⁷. Essas diferenças geram tensões e conflitos que interferem diretamente na governança global em torno da matéria, visto que é notável o descompasso quanto ao *enforcement* em cada uma dessas políticas.

Desse modo, considera-se que o discurso em torno da diversidade cultural funciona, muitas vezes, de forma semelhante à falácia do *desenvolvimento sustentável* na seara ambiental. Atualmente, a referência ao *desenvolvimento sustentável* contém um oximoro, ou seja, é um conceito que contém elementos contraditórios. Esta contradição, por seu turno, fez com que o princípio do desenvolvimento sustentável se revelasse como uma falácia, sendo mais invocado para permitir o crescimento econômico e justificar os danos ao meio ambiente do que para proteger o meio ambiente. No que diz respeito ao discurso da diversidade cultural esta pesquisa constatou a existência de uma série de entendimentos e conceitos que, por vezes, mostram-se contraditórios. Para que esta característica do conceito de diversidade cultural não venha a enfraquecer o seu conteúdo, tornando-o um mero discurso vazio ou falacioso, é preciso que se busque fortalecer o seu entendimento e a sua efetiva abrangência. Acredita-se, nesse sentido, que a orientação isolada proposta pela Unesco possa mostrar-se bastante frágil, em razão não apenas da ausência de *enforcement*, o que é algo a ser considerado, mas também pelo fato de que se trata de um tema complexo cujo tratamento necessita de políticas transversais e atreladas aos compromissos de desenvolvimento.

O percurso adotado até o momento tem sido no sentido contrário, pois a indústria cultural ainda insiste na criação de mecanismos tecnológicos e legais para garantir o monopólio sobre as criações intelectuais. Ora, essa é a contramão dos interesses a serem tutelados em prol da diversidade cultural, a qual deve ser contextualizada de forma ampla e dinâmica. Tais características do conceito de diversidade cultural devem permitir que se discuta e se estabeleça cada vez mais o direito de acesso às obras e às informações, bem como o entendimento acerca do domínio

⁷⁷ SILVA, Guilherme Coutinho; VIEIRA, Lígia Ribeiro. *Copyright ou copytight?: As amarras do sistema de direito autoral e de acesso à cultura*. Disponível em: <www.direitoautoral.ufsc.br>. Acesso em: 20 ago. 2012.

público e dos direitos a serem reconhecidos ao público (usuário/consumidor das obras). Esse é o entendimento que possibilitaria torná-la um elemento das agendas das democracias culturais e colocá-la como uma forma auxiliar de superação da exclusão social e uma catalisadora para o desenvolvimento cultural, conotações que hoje tem ficado à margem das políticas intelectuais no plano internacional. Uma vez que se tenha uma melhor compreensão acerca da diversidade cultural, a sua relação com os DPIs ainda tem uma série de embates por enfrentar. A forma como tais direitos têm sido direcionados no contexto da economia global revela que não se tem atuado de forma a impulsionar a promoção da diversidade cultural seja qual for a acepção adotada, e, pelo contrário, seus efeitos tem sido nefastos para a democracia, a cidadania e a soberania. Nesse cenário, a Convenção da Diversidade Cultural da Unesco trouxe um novo paradigma para o enfrentamento da matéria, permitindo superar o viés essencialmente mercadológico e podendo auxiliar no aperfeiçoamento da regulação dos direitos autorais, no intuito de possibilitar que seus benefícios atinjam o interesse público.

De acordo com Wachowicz⁷⁸, a Convenção da Diversidade Cultural deve ser vista necessariamente como um instrumento complementar aos Tratados que versam sobre direitos autorais, trazendo para o sistema internacional de proteção da propriedade intelectual o entendimento sobre a dupla natureza das atividades, bens e serviços culturais, os quais são portadores de valores não apenas econômicos, mas também culturais⁷⁹. Compatibilizar essas visões continua sendo um desafio para os DPIs e, em especial para o direito autoral, uma vez que este tem sido instrumentalizado para cada vez mais servir aos interesses da economia global em detrimento dos interesses vinculados à cultura e à sociedade. O *feudalismo informacional* tem encontrado nesses direitos o suporte jurídico necessário para garantir sua expansão, ao passo que a perspectiva de promoção da diversidade cultural cada vez mais se situa no campo de políticas culturais bem intencionadas, mas de pouca efetividade. Paulatinamente, constrói-se um arcabouço jurídico e teórico antidemocrático que, não obstante, é perpetuado pelo *senso comum teórico dos juristas* que, muitas vezes, não conhecem ou fingem desconhecer os lugares secretos que escondem os antagonismos e as inconsistências do sistema de propriedade intelectual.

⁷⁸ WACHOWICZ, Marcos. Direitos Autorais e Diversidade Cultural: acesso à cultura e o ao conhecimento no âmbito ibero-americano. In: WACHOWICZ, Marcos; MORENO, Guillermo Palao (Coords.). *Propriedade Intelectual: inovação e conhecimento*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 65.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 65.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando que a presente pesquisa teve por objetivo compreender as razões pelas quais se pode questionar a (ausência de) eficácia dos DPIs no sentido de impulsionar a diversidade cultural o tema foi debatido a partir de três eixos principais. Assim, num primeiro momento constatou-se que o histórico controverso do surgimento dos DPIs e seus respectivos discursos de legitimação acabaram por fortalecer, no atual período de intensa globalização, a ampliação dos direitos autorais com o intuito de garantir as vantagens econômicas dos países desenvolvidos. Assim, embora a sociedade contemporânea encontre no conhecimento e na informação elementos relevantes para o desenvolvimento, os DPIs tornaram-se uma ferramenta jurídica importante para a garantia do retorno econômico dos investimentos através do reconhecimento dos direitos de exclusividade sobre tais bens, restringindo demasiadamente as possibilidades de troca e de criação intelectual.

Num segundo momento, a partir de uma tentativa de delineamento dos possíveis entendimentos acerca da diversidade cultural, sobressai-se a ideia de que o tema pode ser discutido a partir de um número grande de perspectivas, o que decorre da própria complexidade em torno do conceito de cultura. Nesse sentido, a cultura alimenta-se de uma contradição constante entre a sua autopropagação e a garantia de condições para futuras experimentações e mudanças, o que, desde logo, coloca desafios para a ideia de diversidade cultural. Enquanto os documentos internacionais dispõem que a diversidade cultural consiste na multiplicidade de formas pelas quais as culturas dos grupos e sociedades encontram sua expressão, garantindo-se, assim, a sua autopropagação, a possibilidade de modificação, alteração e substituição das culturas por outro padrão persiste potente como elemento da própria compreensão acerca da cultura. Tal aspecto demonstra que o tema da diversidade cultural trás intrínseco uma ambiguidade entre preservação e desenvolvimento da cultura. Desse modo, o regramento jurídico sobre o tema precisa considerar tal complexidade, pois não se pode apenas pretender o engessamento das culturas para formação de um acervo cultural mundial, mas é necessário, também, considerá-la como um elemento vivo e em constante mutação. Essa mutação, por seu turno, pode ser imprevisível.

Muito embora se tenha essa pluralidade de discursos e essa complexidade intrínseca à ideia de diversidade cultural, a sua adoção no contex-

to internacional por meio da Convenção sobre a Proteção da Diversidade das Expressões Culturais buscou estabelecer um ajuste entre interesses antagônicos quanto ao tratamento a ser conferido aos bens intelectuais, os quais passaram a ser entendidos a partir de uma dupla natureza: uma econômica e outra cultural. Nesse contexto, as discussões internacionais envolvendo o tema não deveriam perder de vista essa dupla perspectiva.

A partir de tais premissas, num terceiro momento, questiona-se até que ponto os DPIs podem se mostrar eficazes na propulsão da diversidade cultural. Assim, o que se constata de fato é que enquanto o discurso jurídico continua afirmando a relevância de tais direitos para impulsionar a diversidade cultural, a conjuntura internacional demonstra que o desenvolvimento do mercado dos bens intelectuais levou ao *feudalismo informacional*. Este encontra nos DPIs o suporte jurídico necessário para garantir sua expansão, ao passo que a perspectiva de promoção da diversidade cultural torna-se cada vez mais etérea. Para que esta relação – DPIs e diversidade cultural – não se torne falaciosa, faz-se necessário superar alguns desafios.

O primeiro desafio consiste em dotar os DPIs de um caráter mais democrático e voltado ao interesse público, o qual não leve em consideração apenas os interesses econômicos de um pequeno grupo de grandes indústrias e corporações do mercado cultural e dos países desenvolvidos, mas que seja capaz de interagir com os países em desenvolvimento, as comunidades tradicionais e as culturas locais. Um segundo desafio apresenta-se no sentido de esclarecer e fortalecer o entendimento acerca do significado da diversidade cultural. Um terceiro desafio aponta para a necessidade de superação da dupla perspectiva que separa OMC e UNESCO. Diante de um cenário de economia globalizada, a abordagem de forma apartada do tema fortalece a visão econômica dos bens intelectuais, marginalizando quaisquer interesses vinculados à diversidade cultural.

Em que pese o fato de se reconhecer que a Convenção da Diversidade Cultural deve ser considerada como complementar aos tratados internacionais sobre direito autoral, o que se verifica, no plano internacional, é que o caminho adotado até o momento tem sido no sentido contrário. Os interesses em torno da diversidade cultural não têm encontrado voz, deixando-se de se considerar a sua dupla perspectiva e sua contextualização de maneira ampla e dinâmica. Tais características do conceito de diversidade cultural deveriam permitir o estabelecimento cada vez maior do direito de acesso às obras e às informações, do domínio público e dos direitos a serem reconhecidos ao público (usuário/consumidor das obras).

Trata-se, por certo, de caminho árduo, para alguns utópico, visto que, como demonstrado ao longo da presente pesquisa, o próprio conceito de diversidade cultural carece de maior aprofundamento e precisão para que possa ser dotado de efetividade no contexto de uma economia global. Aprofundar a interface entre direito autoral e diversidade cultural, porém, continua sendo um desafio para os DPIs, uma vez que estes têm sido instrumentalizados para cada vez mais servir aos interesses da economia global em detrimento dos interesses vinculados à cultura e à sociedade.

REFERÊNCIAS

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.

BAUMAN, Zygmunt. *Ensaio sobre o conceito de cultura*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

BERNARD, François de. “Por uma redefinição do conceito de diversidade cultural.” In: BRANT, Leonardo (Org.). *Diversidade Cultural: globalização e culturas locais: dimensões, efeitos e perspectivas*. São Paulo: Escrituras; Instituto Pensarte, 2005.

BOYLE, James. *The Public Domain: enclosing the commons of the mind*. New Haven: Yale University Press, 2008.

CABALLERO, Francisco Sierra. Meios Digitais e cultura democrática. *Revista do Instituto Humanitas Unisinos*, São Leopoldo, ano XI, n. 372, p. 30-31, 05 set. 2011.

CANDEAS, Alessandro. *Trópico, Cultura e Desenvolvimento: a reflexão da Unesco e a tropicologia de Gilberto Freyre*. Brasília: UNESCO, Lebre Livro, 2010.

DRAHOS, Peter; BRAITHWAITE, John. *Information Feudalism: who owns the knowledge economy?* New York, London: The New Press, 2002.

GANDELMAN, Marisa. *Poder e conhecimento na economia global: o regime internacional da propriedade intelectual: da sua formação às regras de comércio atuais*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

GOLDSMITH, Ben. “Diversidade cultural: política, caminhos, dispositivos.” In: BRANT, Leonardo. *Diversidade Cultural: globalização e cultura locais: dimensões, efeitos e perspectivas*. São Paulo: Escrituras; Instituto Pensarte, 2005.

KRETSCHMANN, Ângela. *Dignidade Humana e Direitos Intelectuais: Re(visitando) o direito autoral na era digital*. Florianópolis: Conceito/Millennium, 2008.

LEMOES, Ronaldo. *Direito Tecnologia e Cultural*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

LESSIG, Lawrence. *Cultura livre: como a grande mídia usa a tecnologia e a lei para bloquear a cultura e controlar a criatividade*. São Paulo: Trama Universitário, 2005.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999.

MORAES, Geraldo; PETERS, Débora (Org.). *Diversidade Cultural e a Convenção da UNESCO*. Recife: CBC/CBDC, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA - UNESCO. *Convenção sobre a proteção e promoção da diversidade das expressões culturais*. Brasília: Representação da Unesco no Brasil, 2005.

POLANYI, Karl. *A Grande Transformação: as origens da nossa época*. 6. ed. Tradução de Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

RAFFO, Julio. *Derecho autoral: hacia un nuevo paradigma*. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 2011.

SÁDABA, Igor; DOMÍNGUEZ, Mario; ROWAN, Jaron; MARTÍNEZ, Rubén; ZEMOS98. *La tragedia del copyright: bien común, propiedad intelectual y crisis de la industria cultural*. Barcelona: Virus Editorial, 2013.

SEGÓVIA, Rafael. As perspectivas da cultura: identidade regional *versus* homogeneização global. In: BRANT, Leonardo (Org.). *Diversidade Cultural: globalização e culturas locais: dimensões, efeitos e perspectivas*. São Paulo: Escrituras; Instituto Pensarte, 2005.

SILVA, Guilherme Coutinho; VIEIRA, Ligia Ribeiro. *Copyright ou copytight?: As amarras do sistema de direito autoral e de acesso à cultura*. Disponível em: <www.direitoautoral.ufsc.br>. Acesso em: 20 ago. 2012.

SILVEIRA, Sergio Amadeu da. Cibercultura, *commons* e feudalismo informacional. *Revista FAMECOS*, Porto Alegre, n. 37, p. 85-90, dez. 2008.

SMIERS, Joost; SCHIJNDEL, Marieke van. *Imagine... No copyright: por un mundo nuevo de libertad creativa*. Tradução de Roc Filella Escolà. Barcelona: Editorial Gedisa, 2008.

WACHOWICZ, Marcos. Direitos Autorais e Diversidade Cultural: acesso à cultura e o ao conhecimento no âmbito ibero-americano. In: WACHOWICZ, Marcos; MORENO, Guillermo Palao (Coords.). *Propriedade Intelectual: inovação e conhecimento*. Curitiba: Juruá, 2010.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito I - Interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

YÚDICE, George. *A conveniência da Cultura: usos da cultura na era global*. Tradução de Marie-Anne Kremer. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

A PROPRIEDADE AUTORAL E LICENCIAMENTOS CRIATIVOS: LIBERDADE DE ACESSO E INTERAÇÃO PARA O FORTALECIMENTO DA ECONOMIA CRIATIVA

Marcos Wachowicz

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa – Portugal. Professor de Direito da Universidade Federal do Paraná - UFPR. Coordenador do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial da UFPR – GEDAI.

Sandro Mansur Gibran

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR, Pós-Doutorando em Direito junto ao Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná - UFPR. Atualmente é professor do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade humana sempre se desenvolveu a partir de seus avanços tecnológicos. Assim foi a Revolução Industrial que construiu uma Sociedade Industrial com uma ordem econômica voltada à proteção de seus bens tecnológicos criando um sistema internacional de tutela através das Convenções de Paris (1883) e de Berna (1886).

O pensamento econômico liberal foi dominante durante a Sociedade Industrial que construiu um modelo econômico preocupado com a proteção da criatividade para a garantia dos interesses econômicos privados envolvidos no processo de produção industrial¹.

¹ WACHOWICZ, Marcos; SILVA, Rodrigo Otávio Cruz e. Direito autoral e economia criativa: a construção de uma economia preocupada com a criatividade. *Revista Eletrônica LIINC*, v. 7, n. 2, 2011. Disponível em: <<http://revista.ibict.br/liinc/index.php/liinc/article/view/442/323>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

O advento das novas Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) propiciou o surgimento da Sociedade Informacional. A repercussão dos impactos da Revolução Tecnológica da Informação atualmente é sensível nas atividades dos mais diversos setores da economia que produzem bens imateriais, quer seja sobre as controvérsias acerca da digitalização da produção e da distribuição das obras intelectuais, quer seja na transformação das estruturas organizacionais das empresas e seus reflexos nas taxas de desemprego².

A tecnologia da informação redimensionou a empresa em suas hierarquias, introduzindo novos processos com novos recursos de comunicação, por meio de bens informáticos. Esta tecnologia constitui, por si só, um meio de comunicação de elevado valor intervindo nos mecanismos de produção e distribuição econômicos. Segundo W. Melody³, a informação e sua efetiva comunicação constituem o recurso mais importante e determinante da eficiência da economia, indústria ou processo produtivo atuais.

A generalização do uso das novas tecnologias da informação introduz no plano econômico das empresas uma nova dimensão qualitativa e quantitativa, na medida em que estas tecnologias permitem, como afirma Juan Luis Millán Pereira, “*modificar las formas de producción, gestión y comercialización en la generalidad de los sectores económicos, e introducen nuevas actividades económicas: las actividades informativas*”, que num sentido amplo se denomina de Economia da Informação⁴.

O conceito econômico de atividades informativas foi elaborado por M. U. Porat⁵ em 1977. Tomando por base que a informação é constituída de um conjunto de dados organizados, era previsível que as atividades informativas iriam incorporar-se ao conjunto de recursos consumidos na

² “A questão ainda é controvertida. Vários doutrinadores defendem que o avanço da tecnologia não gera, necessariamente, uma diminuição de trabalho, mas apenas um deslocamento de mão-de-obra de um segmento para outro. Outros sustentam que o avanço da tecnologia e o aumento da produção não se traduzem em aumento de empregos, pelo contrário, a produção aumenta, enquanto se mantém o mesmo número de empregados. A verdade é que, bom ou ruim, não se pode ficar à margem dos avanços tecnológicos, sob pena de estarmos condenados à proeza da marginalização internacional”. (AUTORI, Maria Helena Vilela; GREFORIN, Daniela. O Teletrabalho. In: SHOUERI, Luiz Eduardo (Coord.). *Internet: o direito na era virtual*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 137)

³ MELODY, W. H. Information: an emerging dimension of institutional analysis. *Journal of Economic Issues*, v. XXI, n. 3, p. 1.313-1.339, 1987. p. 1.313.

⁴ PEREIRA, Juan Luis Millán. *La Economía de la Información*. Análisis teóricos. Madrid: Editorial Trota, 1993. p. 8.

⁵ PORAT, M. U.; RUBIN, M. R. *The information Economy: Definition and measurement*. Washington (DC): The Information Economy, Department of Commerce, 1977. v. I. p. 23.

produção, no processamento e na distribuição dos bens e serviços informativos.

Na Sociedade Informacional⁶, a comercialização de produtos, a publicidade, o transporte, as comunicações, assim como a produção de novos conhecimentos, implicam necessariamente o tratamento da informação por meio de *hardwares* e *softwares*, que possibilitem o armazenamento e transferência de dados e conhecimentos.

Neste sentido, pode-se afirmar que a Revolução da Tecnologia da Informação e Comunicação representou para a economia uma Revolução Informacional, expressa pelo surgimento de um quarto setor informacional, num cenário até então marcado pela atuação dos setores primário (agropecuário), secundário (industrial) e terciário (serviços)⁷.

A economia na Sociedade Informacional é complexa e sistêmica, portadora de novos bens imateriais (*softwares*, *hardwares*, *firmawares*, *games*, dentre outros), que rapidamente ganharam valorização econômica e comercial. Os Estados ao perceberem estes novos ativos econômicos das empresas, paulatinamente implementaram políticas de fomento para o crescimento deste novo setor, o setor informático que era portador de um novo ambiente tecnológico.

A atuação do Estado neste novo modelo econômico informacional deve se pautar no interesse coletivo e no primado da proporcionalidade. Isto porque, o Estado, enquanto autoridade reguladora dos agentes econômicos, está autorizado a atuar sobre a economia quando os agentes do

⁶ “Gostaria de fazer uma distinção analítica entre as noções de Sociedade de Informação e Sociedade Informacional com conseqüências similares para economia da informação e economia informacional. [...] Minha terminologia tenta estabelecer um paralelo com a distinção entre indústria e industrial. Uma sociedade industrial (conceito comum na tradição sociológica) não é apenas uma sociedade em que há indústrias, mas uma sociedade em que as formas sociais e tecnológicas de organização industrial permeiam todas as esferas de atividade, começando com as atividades predominantes localizadas no sistema econômico e na tecnologia militar e alcançando os objetos e hábitos da vida cotidiana. Meu emprego dos termos sociedade informacional e economia informacional tenta uma caracterização mais precisa das transformações atuais, além da sensata observação de que a informação e os conhecimentos são importantes para nossas sociedades. Porém, o conteúdo real de sociedade informacional tem de ser determinado pela observação e análise.” (CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. I, p. 46)

⁷ Neste sentido: PORAT, M. U.; RUBIN, M. R. *The information Economy: Definition and measurement*. Washington (DC): The Information Economy, Department of Commerce, 1977. v. I, p. 23; PEREIRA, Juan Luis Millán. *La Economía de la Información*. Análisis teóricos. Madrid: Editorial Trota, 1993. p. 78-79.; LUÑO, Antonio-Enrique Perez. *Nuevas tecnologías sociedad y derecho*. El impacto-jurídico de las N. T. de la información. Madrid: Fundesco, 1987. p. 36.

mercado não satisfizerem ou agredirem o disposto no artigo 170 da Constituição Federal, com vistas a harmonizar os interesses públicos e privados.

Ressalte-se que não existe um interesse público abstratamente considerado que deva prevalecer sobre os interesses particulares eventualmente envolvidos. O método regulatório do Estado é bem mais criterioso do que se poderia simplesmente entender da literalidade de “supremacia do interesse público”:

O interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. [...]. Em vez de uma relação de contradição entre os interesses privado e público há, em verdade, uma ‘conexão estrutural’. [...]. A verificação de que a Administração deve orientar-se sob o influxo de interesses públicos não significa, nem poderia significar, que se estabeleça uma relação de prevalência entre interesses públicos e privados. Interesse público como finalidade fundamental da atividade estatal e supremacia do interesse público sobre o particular não denotam o mesmo significado. O interesse público e os interesses privados não estão principalmente em conflito, como pressupõe uma relação de conflito.⁸

Destaque-se, ainda, que na complexa vida em sociedade não há apenas um interesse público e nem um que seja predominante: há vários, como a necessidade de melhoria e de ampliação dos serviços; a acessibilidade à cultura, à informação, à educação e ao desenvolvimento tecnológico; as estratégias para estimular o investimento estrangeiro; a atuação preventiva para maior e efetiva segurança jurídica etc. Como esclarece Medauar⁹,

[...] a doutrina contemporânea refere-se à impossibilidade de rigidez na prefixação do interesse público, sobretudo pela relatividade de todo padrão de comparação. Menciona-se a indeterminação e dificuldade de definição do interesse público, a sua difícil e incerta avaliação e hierarquização, o que gera crise na sua própria objetividade.

O Estado, quando regula as atividades econômicas, deve buscar satisfazer os interesses públicos fixados no ordenamento jurídico – não um

⁸ ÁVILA, Humberto Bergman. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 111-112)

⁹ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: RT, 1992. p. 182.

“interesse público” exclusivo e teórico –, o que abrange, inclusive, os da própria Administração.

Incompatível, diante dessa realidade, pretender o sacrifício de um interesse em benefício de outro ou falar de primazia de um sobre outro. Interesses em confronto devem ser ponderados, sem que haja sacrifício de algum, tanto quanto possível. Tal análise exige a ampla apreciação de todos os fatores envolvidos, objetivando conciliação e sacrifício mínimo, de acordo com o princípio da impessoalidade imposto para todos os setores da Administração Pública¹⁰.

2 A TUTELA DOS INTERESSES COLETIVOS E DIFUSOS

A mudança de paradigma de defesa do indivíduo para o cuidado coletivo não poderia deixar de refletir-se também nas relações sociais reguladas pelo Direito. As concepções jurídicas mais tradicionais, compreendidas perante uma sociedade quantitativamente diminuta e oligárquica, tinham por foco as situações de confronto entre indivíduos isolados, ou dispostos em seletos grupos bem definidos.

A transformação mundial tornou-se irreversível, dando lugar a novas ordens econômica e social. A ciência jurídica não poderia ficar indiferente, ainda mais diante dos graves problemas enfrentados pela coletividade. O modelo individualista foi cedendo espaço para uma visão coletiva do fenômeno jurídico. A mera tutela individual privada ou pública não respondia à complexidade das relações estabelecidas.¹¹

Com inspiração em Montesquieu, do Poder Legislativo se esperava exclusivamente a disciplina, do Poder Judiciário a declaração dos direitos e obrigações atribuídos em termos bem precisos e a titularidade identificável, fosse único ou inserido em grupo conhecido e delimitado de indivíduos, tanto nas vicissitudes jurídicas propriamente particulares como naquelas situações que envolviam o Poder Público, representado pelo Estado, ele próprio tratado e convertido, pela técnica, em pessoa singular com direitos e deveres.

¹⁰ Constituição, art. 37, *caput*.

¹¹ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2009. p. 168-169.

Não obstante não ser novidade esse viés de interesse difuso e sua notória influência nas leis ambientais, percebe-se que, naquelas pertinentes às relações privadas, ainda se faz presente um ranço individualista na análise e na interpretação dos instrumentos ou entre aqueles que exercem o Direito. A tutela que se espera não é mais aquela exclusivamente focada em uma pessoa ou no conjunto restrito do qual ela faça parte, como acontece em um condomínio ou na pluralidade de credores de uma única obrigação.

O Direito é hoje eficaz se principalmente destinado a guardar uma série indeterminada de interessados, aplicado mesmo sem saber quem ou quantos são exatamente os indivíduos efetivamente tutelados, ou que almejam tutela. A partir do momento em que existiram mudanças na concepção da produção que passa a ser em massa (influenciada pelo Fordismo)¹², os instrumentos contratuais foram, igualmente, adaptados, com o fim de atender à nova superdemanda industrial. É a inevitável existência desse modelo massificado e suas inegáveis consequências que justificam a necessidade da tutela aos anseios coletivos: a satisfação do que diz respeito a um é, necessariamente, a satisfação de todos; em contrapartida, o que é lesão de direito para um também o será à coletividade.

As circunstâncias do homem contemporâneo em sociedade são de efeito mundial, maciças, interativas e rapidamente manifestadas pelos meios de comunicação social. Os temas relacionados à defesa do meio ambiente: a proteção da flora e da fauna, a sustentabilidade, o combate à poluição aérea, sonora e visual, a racionalização do desenvolvimento urbano, entre outros, são todos de interesse global, ainda que seus impactos sejam limitados, muitas vezes, a pequena área ou a lugar longínquo ou a restrito grupo de pessoas.

Não menos relevantes são as preocupações ligadas aos valores culturais e aos espirituais, como a segurança do acesso às fontes de informação, a difusão desembaraçada de conhecimentos técnicos e científicos, a manutenção de condições favoráveis à liberdade de expressão e de culto, a conservação dos monumentos históricos e artísticos, dentre outros.

¹² Segundo Nunes, “esse modelo de produção industrial, que é o da sociedade capitalista contemporânea, pressupõe planejamento estratégico unilateral do fornecedor, do fabricante, do produtor, do prestador de serviços etc. Ora, esse planejamento unilateral tinha de vir acompanhado de um modelo contratual. E este acabou por ter as mesmas características da produção”. (NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Curso de direito do consumidor: com exercícios*. 2. ed. mod. atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 4)

Fiorillo argumenta que as disposições constitucionais não são meras normas programáticas ou enunciação de princípios, mas o amparo legal aos direitos difusos:

De qualquer maneira, no âmbito da presente tese, demonstraremos que, em face da definição já existente no sistema jurídico em vigor, os direitos difusos possuem amparo, antes de mais nada, na Carta Magna, fonte maior do Direito. Embora já tenham sido apontados em nossa dissertação de mestrado, defendemos a idéia de que a Constituição Federal de 1988, editada em momento posterior, é hoje a mais importante fonte de direito substancial protetora de direitos difusos.¹³

Tantos mais direitos e interesses semelhantes seriam acrescidos facilmente à tutela coletiva e não podem, igualmente, ser olvidados de tutela pela ordem jurídica. E, independentemente de existirem ou não legislações expressas de proteção, com fulcro em princípios constitucionais cumpre à doutrina e, sobretudo, à jurisprudência solucionar eventuais impasses, dizendo o direito, determinando as balizas e apontando as diretrizes à sociedade e ao Estado.

Uma vez que a todos é garantida a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade¹⁴, a viabilidade do dever de proteção e de fiscalização desses direitos, em um Estado Democrático, é necessariamente de interesse difuso.

O direito individual e patrimonialista é resultado da vida em sociedade, impregnada de egoísmo, e ainda não concebe que alguém se possa deixar mover por interesse que não seja pessoal. Por esse motivo, os bens e valores que não pertençam, ou não possam individualmente pertencer a quem quer que seja, raramente estarão representados e bem ponderados nas decisões políticas, administrativas e judiciais, sendo difícil (para não afirmar impossível) supor a eles alguma forma razoável de tutela.

3 A PROPRIEDADE AUTURAL

Para este estudo, destaca-se e justifica-se a proteção das relações jurídicas estabelecidas a partir da criação das obras artísticas, científicas ou

¹³ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1995. p. 94.

¹⁴ Nos termos do *caput* do art. 5º da Constituição.

literárias; em gênero compreendidas pelo direito autoral, ainda que, muitos aspectos do direito industrial, também merecessem destaque, delimitar-se-á esta apreciação a algumas controvérsias inerentes aos direitos autorais, notadamente sob a consideração dos conflitos entre o interesse privado, de proprietário, do autor da obra e aqueles difusos ou de bem comum.

Atualmente o principal suporte aos direitos autorais é a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que compreende, efetivamente, uma consolidação de direitos autorais, que deste o tempo de sua entrada em vigor, passou a sofrer inúmeras críticas quanto à inadequação de seus dispositivos à realidade das novas tecnologias já existentes naquela época.

De fato, em 1998 a Lei já se mostrava insuficiente à internet pois desconsiderava “os avanços das técnicas e meios de comunicação” que produziam “fortes impactos nas discussões relativas às relações jurídicas”¹⁵.

É inegável que a ciência imediata dos diversos acontecimentos, possibilitada pelo desenvolvimento das tecnologias da informação, muito contribuiu aos inevitáveis efeitos da globalização e a dinamicidade deste fenômeno, como não poderia deixar de ser, impacta diretamente nas relações econômico-sociais e político-culturais que têm na internet, ao menos por enquanto, o principal instrumento de apreensão de conhecimento instantâneo, em tempo real, e difusamente pulverizado e veiculado em qualquer lugar do mundo. Basta conectar-se à rede.

O direito do autor é reconhecido e protegido pelo Estado. Por outro lado, a Constituição da República Federativa do Brasil garante o indistinto e coletivo direito à cultura, à educação, à informação e ao próprio desenvolvimento tecnológico.

A dificuldade que se apresenta é a de encontrar-se alternativas de compatibilização do difuso interesse social à tutela dos direitos do criador intelectual, preservando o seu reconhecimento de autor e ressarcindo-o e remunerando-o pelo bem tecnológico fornecido à sociedade global.

3.1 A DIMENSÃO PRIVADA DA TUTELA DO DIREITO AUTORAL

A partir da premissa de que o Direito Autoral busca alcançar todos interesses e direitos pertencentes ao autor, criador, pesquisador, artista,

¹⁵ BARROS, Carla Eugênia Caldas. *Manual de Direito da Propriedade Intelectual*. Aracaju: Evocati, 2007. p. 558.

entre outros, em relação à sua obra, seja ela literária, científica ou artística se construiu ao longo do tempo uma dimensão privada para justificar sua tutela jurídica. Neste sentido está Antônio Chaves o direito autoral é

[...] o conjunto de prerrogativas que a lei reconhece a todo criador intelectual sobre suas produções literárias, artísticas ou científicas, de alguma originalidade: de ordem extraprecuniária, em princípio, sem limitação de tempo; e de ordem patrimonial, ao autor, durante toda a sua vida, com o acréscimo, para os sucessores indicados na lei, do prazo por ela fixado.¹⁶

O direito autoral é o percebido como instrumental de favorecimentos garantidos ao escritor, ao artista e ao cientista. A proteção jurídica conferida pelo direito autoral não se restringe ao criador mas estende-se à distribuição, à reprodução, à publicação e à eventual comercialização da obra. Verifica-se, então, mais do que a tutela moral e subjetiva do autor, a guarda também dos interesses de natureza patrimonial em relação à obra¹⁷.

A tutela moral e subjetiva é “um direito absoluto que permite ao autor fazer respeitar sua personalidade em sua atividade criadora e em sua obra”¹⁸. Pelo disposto no artigo 24 da Lei 9.610/98, sabe-se quais são os direitos morais do autor¹⁹.

O artigo 27 da referida Lei ainda informa que os direitos do autor são “inalienáveis e irrenunciáveis, [...] oponíveis *erga omnes* e, ainda, imprescritíveis”²⁰.

¹⁶ CHAVES, Antônio. *Criador da obra intelectual*. São Paulo: LTr, 1997. p. 28.

¹⁷ Ainda que haja divergência doutrinária acerca de sua natureza jurídica, reconhece-se, pela doutrina majoritária, a natureza dúplici do direito autoral: o caráter moral e o patrimonial.

¹⁸ PIMENTA, Eduardo. *Princípios de direitos autorais: um século de proteção autoral no Brasil. 1898-1998*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 289.

¹⁹ **Lei 9.610/98, art. 24:** São direitos morais do autor: I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra; III - o de conservar a obra inédita; IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-la, como autor, em sua reputação ou honra; V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada; VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem; VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

²⁰ BARROS, 2007, p. 515.

Desde modo, mesmo cedendo os seus direitos patrimoniais em relação à obra, o autor haverá de preservar aqueles de ordem moral já que inerentes à sua própria pessoa, enquanto criador.

Diferentemente, os direitos patrimoniais são economicamente explorados por meio da reprodução, publicação, apresentação ou utilização remunerada da obra diretamente pelo próprio autor, a quem a legislação, aliás, garante exclusividade, conforme o artigo 28 da Lei 9.610/98, ou por outrem, indiretamente, desde que previamente autorizado pelo autor. Pelo disposto no artigo 49 da referida Lei, os direitos patrimoniais podem ser transferidos a terceiros, total ou parcialmente, temporária ou definitivamente, por meio de autorização, concessão, cessão e outros meios jurídicos.

Ademais, o artigo 1º da Lei 9.610/98 estende a proteção dos direitos do autor àqueles “que lhe são conexos”, isto é; também os direitos inerentes à figura dos “artistas intérpretes ou executantes, dos produtores fonográficos e das empresas de radiodifusão”²¹ que,

Apesar de não possuírem conteúdos autorais, equiparam-se aos de autores, uma vez que seus titulares difundem suas obras ou atuam nelas. Portanto, os direitos conexos não se confundem com os direitos de autor, mas se aproximam ou se assemelham a eles, porque seus titulares não contribuem na criação das obras, apenas as difundem.²²

Estabelecidos e esclarecidos os direitos autorais enquanto tutela de ordem moral e tutela de ordem patrimonial é possível compreender, de forma sucinta, as suas origens ou sob quais fundamentos havia proteção ao autor, inclusive como fonte hermenêutica à Lei 9.610/98.

3.2 ORIGENS HISTÓRICAS DA TUTELA CLÁSSICA DO DIREITO AUTORAL E DO COPYRIGHT

A produção artística acompanha a humanidade desde seus primórdios. Na Roma antiga já havia uma incipiente forma de proteção jurídica aos serviços de ordem intelectual. Blum e Abrusio esclarecem que se atri-

²¹ Vide o art. 89 da Lei 9.610/98.

²² BARROS, 2007, p. 542.

buía ao autor “somente a glória e as honras que adivinham do feito, de sorte que o direito à remuneração pertencia ao copista ou, sendo o autor escravo, ao seu senhor”²³.

Em outras palavras, a tutela de ordem moral era preservada em favor do autor, propriamente dito, fosse ele livre ou cativo, atinente à sua atividade criativa despendida para o advento da obra, de sua criação intelectual.

Todavia o mesmo não ocorria em relação à tutela de ordem patrimonial.

Os copistas, mais do que responsáveis pela reprodução das obras, muito contribuíram para o desenvolvimento do interesse econômico à propriedade autoral, e foram essenciais às discussões que culminaram em uma estruturação jurídica, em um ordenamento referencial a seguir-se.

Já na Idade Média a maior parte dos copistas eram religiosos de clausura. Uma vez que a alfabetização e a formação intelectual em geral, àquele tempo, era prerrogativa do clero, a Igreja era a detentora das obras escritas, da produção cultural de então.

Somente em 1436 é que se verifica o grande “ponto de eclosão”²⁴ aos direitos autorais: a invenção da prensa de imprimir e das tintas de impressão de Johannes Gutenberg. Esta novidade possibilitou a reprodução de obras em série e a custos significativamente mais econômicos e o consequente anseio de lucratividade frente ao novo produto fornecido ao mercado impôs a necessidade de novos contornos e regras à propriedade autoral.

Com a notoriedade da imprensa os copistas foram crescentemente perdendo destaque aos monopólios dos editores e livreiros, que detinham o privilégio²⁵ de reprodução. Por outro lado e curiosamente a atribuição de autoria passou a agregar e justificar valor à obra intelectual haja vista o “*Licensing Act*”, de 1662, na Inglaterra, que garantia ao autor a propriedade absoluta de sua obra.

Tanto favorecimento ao autor provocou, em oposição, em 1709, também na Inglaterra, o “*Copyright Act*”, o qual resguardava o reconheci-

²³ BLUM, Renato Opice; ABRUSIO, Juliana Canha. Direito autoral eletrônico. In: LEMOS, Ronaldo; WAISBERG, Ivo (Orgs.). *Conflitos sobre nomes de domínio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 290.

²⁴ SANTIAGO, Oswaldo. *Aquarela do direito autoral: história, legislação, comentários*. Rio de Janeiro: Mangione, 1946. p. 11.

²⁵ PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. *Direitos autorais*. Rio de Janeiro: FGV, 2009. p. 15.

mento de titularidade dos autores mas limitava a exploração econômica da criação a prazos determinados e durante os quais os titulares poderiam ceder a tutela patrimonial de exploração econômica da obra aos editores.

Com a superveniência dos ideais libertários franceses do final do Século XVIII²⁶, sobreveio o *Droit d'Auteur*, o “direito do autor à condição de princípio legal, reconhecendo a obra como sua propriedade”²⁷ ou, conforme Paranaguá e Branco, “um decreto-lei regulou, de maneira inédita, os direitos relativos à propriedade de autores de obras literárias, musicais e de artes plásticas, como pinturas e desenhos”²⁸.

Ao exemplo da Inglaterra e da França, muitos outros países influenciados promulgaram respectivas legislações de direito autoral desde a última década do século XVIII e, em âmbito internacional, foram firmados acordos e convenções com o objetivo de se estabelecer um parâmetro legal, para harmonização das legislações em aprimoramento da proteção dos direitos autorais, considerando a transnacionalidade inerente à natureza das obras literárias, científicas e artísticas.

3.3 O REGIME INTERNACIONAL DO DIREITO AUTRAL

O amplo reconhecimento ao direito de autor que adveio no século XV, com a invenção dos tipos móveis de Gutemberg, somente três séculos após, em 1886, é que seriam estabelecidas bases atuais do sistema internacional de proteção por meio da Convenção de Berna, da qual o Brasil foi um dos seus primeiros signatários.

Assim, dos tratados internacionais destacam-se, dentre outros, a Convenção de Berna e Genebra, de 1886 e de 1952, respectivamente; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1946; a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; e a Diretiva 2001/29/CE da União Europeia.

²⁶ Aponta-se que à época inaugurou-se uma nova vertente para o direito autoral, o *Droit d'Auteur*, que se difere da vertente anglo-saxã do Copyright ao dar ênfase no aspecto moral dos direitos autorais, não limitando seu âmbito na esfera patrimonial.

²⁷ SANTIAGO, Oswaldo. *Aquarela do direito autoral: história, legislação, comentários*. Rio de Janeiro: Mangione, 1946. p. 14.

²⁸ PARANAGUÁ; BRANCO, op. cit., p. 16.

A Convenção de Berna resguardava o princípio da proteção automática; isto é: a obra autoral não depende de formalidades para reconhecimento, tal qual um registro. Basta a ela ter sido exteriorizada pelo autor enquanto ideia, por meio da apreensão dada pelos sentidos, para que mereça proteção jurídica. Entende-se que este princípio foi um “passo verdadeiramente decisivo para a inserção dos direitos autorais no âmbito internacional”²⁹. A Convenção de Genebra, por sua vez, não obteve adesão quantitativa suficiente capaz de acrescer à Convenção de Berna novas diretrizes para maior compatibilização entre o *Copyright* inglês e do *Droit d’Ateur* francês.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais possui chancela da Organização das Nações Unidas e confere aos signatários o reconhecimento de participação ostensiva da vida cultural internacional e do desfrute do progresso científico entre si, além de motivar o “direito de cada um à educação como fator de desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade”³⁰.

Com base nestes mesmos parâmetros pacificadores e de integração a Declaração Universal dos Direitos Humanos orienta, ainda que de forma implícita, o direito de acesso à informação, vide o disposto em seu artigo XIX:

Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.³¹

A Diretiva 2001/29/CE, por fim, se não a uniformização, pretende amenizar as eventuais discrepâncias conflituosas das legislações de direitos autorais de cada país membro da Comunidade Europeia. Dentre suas disposições, destacam-se a importância e o incentivo à produção intelectual e sua ampla difusão dentre os Estados europeus, na expectativa do desenvolvimento pleno de uma sociedade de informação integrada. De fato, é notória a ênfase dada à necessidade de imposição de restrições aos direitos do autor “em favor do princípio da liberdade de acesso à informação

²⁹ BARROS, 2007, p. 475.

³⁰ *Ibid.*, p. 480.

³¹ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Ministério da Justiça. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>

nas tecnologias de informação e comunicação”³², sem, contudo, prejudicar os direitos e os interesses legítimos do criador³³.

Pode-se, então, afirmar que as orientações internacionais reconhecem e tutelam os direitos autorais ainda que insistam no dever de amplo ou ilimitado acesso à informação, como direito inerente à condição de liberdade humana.

Ao Brasil, além dos tratados internacionais dos quais é signatário, a proteção aos direitos autorais é garantida pela Constituição, pelo Código Penal e por outras legislações esparsas, a exemplo da Lei 9.610/98.

3.4 A DIMENSÃO PÚBLICA DE TUTELA JURÍDICA DO DIREITO AUTORAL

Historicamente, as primeiras disposições brasileiras das quais se têm notícia versam sobre a repressão à reprodução não autorizada de obras, bem como demais usos sem a devida autorização do autor³⁴.

Perante as Constituições brasileiras, menos naquela de 1937, os direitos autorais foram constitucionalmente tratados e garantidos, o que convence acerca da importância dada à matéria, como vetor hermenêutico aos aplicadores ou operadores do Direito.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tratada como a “Constituição Cidadã” por conta do contexto de sua promulgação de resgate democrático pós-ditadura e por ter restabelecido diversos direitos e garantias fundamentais, expressamente reconhece os direitos autorais nos incisos do XXVII e XXVIII, de seu artigo 5º:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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

³² AVANCINI, Helenara Braga. O paradoxo da sociedade da informação e os limites dos direitos autorais. In: ROVER, Aires José. *Direito e informática*. Barueri: Manole, 2004. p. 367.

³³ *Ibid.*

³⁴ BARROS, 2007, p. 485.

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

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

Além dos direitos de autor, são tanto quanto constitucionalmente protegidos o direito à cultura³⁵, à educação³⁶, à informação³⁷ e ao desenvolvimento tecnológico³⁸, garantias todas que, por seu caráter propriamente coletivo ou difuso, podem implicar em conflitos com os direitos específicos de um autor.

À coletividade os direitos autorais são reconhecidos como direito de propriedade e a propriedade tem constitucionalmente função social, como princípio e objetivo de ordem econômica³⁹.

A regulação infraconstitucional dos direitos autorais se dava principalmente por meio da Lei 5.988, de 1973, substituída, em 1998, pela Lei 9.610.

Desde a vigência da Lei 5.988/73 já se admitia que o registro da obra não era imprescindível para que fosse ela reconhecida como propriedade de seu autor, tal qual o que já se previa, por exemplo, na Convenção de Berna, de 1886. A Lei 5.988/73 determinou a estruturação do ECAD – o

³⁵ Constituição, art. 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”.

³⁶ Constituição, art. 205 - “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

³⁷ Constituição, art. 5º, XIV - “[...] É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

³⁸ Constituição, arts. 218 e 219 - “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”; “O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal”, respectivamente.

³⁹ Constituição, art. 170, III - “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] III - função social da propriedade [...]”.

Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – com o objetivo de “arrecadação e distribuição de direitos autorais incidentes sobre a execução pública de músicas nacionais e estrangeiras”⁴⁰. Frise-se que desde os anos 90 o ECAD é criticado quando de sua atuação e controle em assuntos relacionados à internet⁴¹.

Ainda que muitas disposições da Lei 5.988/73 tenham sido mantidas, a Lei 9.610/98 frisa as peculiaridades acerca dos aspectos moral e patrimonial inerentes aos direitos autorais e preocupa-se com os institutos da coautoria e das obras coletivas, e exclui, taxativamente, o que não merece tutela autoral como, a título de exemplo, a ideia não exteriorizada.

Por meio da interpretação sistemática e teleológica da Lei 9.610/98 se verifica o rol de requisitos que deverão de ser preenchidos pelo criador para merecer a proteção legal; a saber: a intelectualidade, pois a tutela de Lei é restrita ao que se entende por produção intelectual humana; a criatividade, isto é, não é qualquer informação ou sua repetição em termos sinônimos que é digna de reconhecimento; a originalidade, ainda que seja um conceito complexo de ser apreciado, exige que a obra possua caráter próprio, peculiar, não se admitindo que seja cópia; a temporalidade, pois a proteção autoral está limitada a certo lapso ou período que, quando findo, conduzirá a obra ao domínio público; e, por fim, o legislador expressamente esclarece as obras que não serão legalmente protegidas, ao menos pela Lei 9.610/98.

4 DAS LICENÇAS CREATIVE COMMONS

A Sociedade Informacional é contextualizada não só sob a referência da celeridade das informações, possibilitada pela tecnologia, como na consequente padronização de gostos e de costumes advinda do fenômeno da globalização. Em suma, há inquestionável inter-relação entre o dinamismo das informações e os efeitos da sociedade global.

A globalização é um acontecimento que se processa diante de nossos olhos, sem possibilidade de ser negada. Cada vez mais povos saem do

⁴⁰ BARROS, 2007, p. 548.

⁴¹ Diversos são os noticiários reclamando o posicionamento do ECAD, com destaque ao caso no qual era imposta a cobrança de direitos autorais quando da retransmissão de vídeos do Youtube em blogs e demais sites pessoais: FOLHA DE S. PAULO. ECAD é alvo de críticas ao cobrar taxa por vídeos em blog. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/1058392-ecad-e-alvo-de-criticas-ao-cobrar-taxa-por-ideos-em-blog.shtml>>

isolamento para passar a participar de uma supersociedade comum. Cada vez são mais os eventos que se repercutem sobre todos os países, embora frequentemente em medidas diferentes⁴².

Independentemente das críticas que possam haver a esta realidade, há unanimidade quanto à sua irreversibilidade: a humanidade é gradativa e crescentemente homogeneizada, ainda que curiosa e até paradoxalmente se exalte tanto a diversidade hodiernamente. Esse processo de integração socioeconômica institucionaliza “laços de interdependência”⁴³ e a informação é o meio de aproximação imediata entre aqueles que são espacialmente distantes.

A globalização aproxima as civilizações e as pessoas, colocando todos em contato potencial com todos, o que é positivo, pois manifesta a unidade do gênero humano. Permite a rápida propagação dos conhecimentos e das experiências, sendo um elemento catalisador e difusor do progresso. [...] Oferece grandes oportunidades à formação das pessoas. Aumenta espantosamente os meios culturais disponíveis. Aproxima os povos através do conhecimento recíproco⁴⁴.

Vive-se e depende-se da sociedade globalizada da informação. Mesmo existindo outros instrumentos próprios que compreendem as telecomunicações, a *internet* é o instrumento de especial destaque e absolutamente compatível com este *modus vivendi* contemporâneo.

Impõe-se globalmente um sistema de *rede aberta* nas telecomunicações, que permite que a informação circule sem obstáculos alcançando todos os pontos do planeta⁴⁵.

Portanto, se o acesso à informação é um “elemento estratégico decisivo da evolução social e um fator determinante no comportamento dos povos”⁴⁶, justificam-se plenamente as licenças *Creative Commons*. Para Lemos, aliás, é a internet que concede o

Romper com as barreiras entre produtor e consumidor da cultura, entre público e artista. Criar um território neutro, aberto, que tor-

⁴² ASCENSÃO, José de Oliveira. Sociedade da informação e mundo globalizado. In: WACHOWICZ, Marcos. *Propriedade intelectual e internet*. Curitiba, Juruá, 2005. p. 16.

⁴³ *Ibid.*, p. 17.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 20.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 19.

⁴⁶ *Ibid.*

nasse o indivíduo o centro da informação. Um território em que não necessariamente seria preciso reproduzir o modelo de concentração de mídia que predominou em todo o século XX. Em outras palavras, tornar a cultura um produto da interação entre todos, permitindo a qualquer um participar criativamente na sua constituição.⁴⁷

O problema é que este apelo de ampla liberdade de informação é ou pode ser prejudicado por restrições ou garantias subjetivas próprias dos direitos autorais, à propriedade do autor, principalmente quando ele é materializado em grandes conglomerados que se formaram a partir do *Copyright*.

A sociedade globalizada da informação requer, deste modo, a adaptação da lei ao atual contexto⁴⁸, pois,

Historicamente, todos os veículos de comunicação que compõem a sociedade convergente passaram a ter relevância jurídica a partir do momento em que se tornaram instrumentos de comunicação em massa, pois a massificação do comportamento exige que a conduta passe a ser abordada pelo direito, sob pena de se criar insegurança no ordenamento jurídico e na sociedade.⁴⁹

A internet, enquanto meio de comunicação e de informação, está universalmente assimilada e a lei não consegue acompanhar a dinamicidade própria da ciência, da tecnologia. A “aplicação da lei tradicional nessa mídia não-tradicional”⁵⁰ é um desafio da modernidade e que não pode – ou não poderia – transformar-se em impasse ou obstáculo ao desenvolvimento socioeconômico.

Esta constatação não é recente tanto que já há quase 30 anos motivou a criação da *Free Software Foundation*⁵¹, uma organização sem fins

⁴⁷ LEMOS, Ronaldo. *Creative Commons, mídia e as transformações recentes do direito da propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: FGV, 2005. p. 1.

⁴⁸ SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da produção jurídica*. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2006. p. 121.

⁴⁹ WACHOWICZ, Marcos. Os direitos da informação na Declaração Universal dos Direitos Humanos. In: _____. *Propriedade intelectual e internet*. Curitiba, Juruá, 2005. p. 26.

⁵⁰ LESSIG, Lawrence. A regra dos direitos autorais. In: WACHOWICZ, Marcos. *Propriedade intelectual e internet*. Curitiba, Juruá, 2005. p. 36.

⁵¹ Fundada em 04/10/1985 (Disponível em: <<http://www.fsf.org/about/history.html>>. Acesso em: 02 ago. 2015)

lucrativos cujo fito é garantir o *software* livre ou o *software* que respeita a liberdade de seus usuários, sem óbices à cópia, ao estudo e à eventual modificação ou adaptação de programas de computador.

O objetivo de *software* livre, de projetos colaborativos⁵² estabelecidos, inclusive, em *Copyleft*⁵³, evoluiu às licenças *Creative Commons*: uma organização também não governamental e sem fins lucrativos e que tem por fundamento a pulverização de grande quantidade de obras criativas publicamente disponibilizadas e capazes de difundir, sem restrições e além-fronteiras, o conhecimento e a cultura.

As licenças *Creative Commons* não têm por objetivo “derrotar o direito autoral”, mas, sim, “facilitar para os criadores o exercício de seus direitos de forma mais flexível e barata”⁵⁴, vantagens estas que proporcionam uma maior divulgação das obras, uma vez que mais econômicas aos interessados, e maior notoriedade aos próprios autores.

Além do mais, em *Creative Commons* é prerrogativa do autor indicar especificamente os limites de utilização de sua obra, as concessões ou não, de modo a se respeitar efetivamente os direitos do autor⁵⁵.

As motivações à escolha das licenças *Creative Commons* ou à opção por “alguns direitos reservados”⁵⁶ ou por “todos os direitos reservados”⁵⁷ são de diferentes ordens⁵⁸.

⁵² Um dos projetos colaborativos mais difundidos é a Wikipédia que, por meio de licenciamento via *Creative Commons*, possibilita que qualquer indivíduo contribua à melhoria de seus conteúdos, adicionando novas informações, independentemente de autorização específica já suprida pela própria licença previamente concedida.

⁵³ O *Copyleft* é um trocadilho do termo *Copyright*. É valer-se de estratégia jurídica para utilização da obra por meio da lei de direitos autorais para ultrapassar os limites que, como regra geral, existem ou haveriam de existir inerentes à obra, em si. Este ultrapassar de limites por meio do *Copyleft* é ainda extensivo ou preservado às versões modificadas desde a obra original.

⁵⁴ ARAÚJO, Honácio Braga. *Creative Commons e o direito à cultura livre: as licenças criativas frente às limitações do direito autoral na internet*. 2011, p. 9. Disponível em: <<http://www.periodicos.letras.ufmg.br/index.php/textolivre/article/view/102>>.

⁵⁵ MATTE, Ana Cristina Fricke. *Liberdade em duas palavras: Creative Commons*. 2010, p. 5. Disponível em: <<http://periodicos.letras.ufmg.br/index.php/textolivre/article/view/73>>.

⁵⁶ *Some Rights Reserved*.

⁵⁷ *All Rights Reserved*.

⁵⁸ Destaque-se que, não raras vezes, quem escolhe o tipo de licença que será utilizada não é o autor, mas, sim, a editora ou a produtora detentora das concessões de direitos da obra. Quando da licença *Creative Commons* é o próprio autor quem possui a ampla liberdade sobre a sua criação intelectual.

A título de exemplo, Crespo⁵⁹ relata que o *Massachusetts Institute of Technology* registrou sua produção acadêmica em *Creative Commons* com a finalidade de consentir a ela maior divulgação. Sob este mesmo fundamento, a BBC de Londres concluiu que não havia sentido manter suas tantas horas de programação inacessíveis por impedimentos inerentes aos direitos autorais.

4.1 AS POSSIBILIDADES DE UTILIZAÇÃO E LICENCIAMENTO DA OBRA AUTORAL

As licenças *Creative Commons* são também convenientes ao autor desconhecido ou àquele sem qualquer expectativa de ordem patrimonial diretamente decorrente da obra, em si: ao desconhecido o registro autoral é complexo ou custoso e as produtoras ou editoras somente terão interesse na divulgação da obra se a elas for lucrativamente interessante a criação. Àqueles autores altruístas, a vantagem não advém da divulgação em larga escala da sua obra, seja um livro ou uma música, por exemplo, mas da experiência de poder manifestar amplamente as suas ideias ou convicções. Outros, ainda, têm o afã de retorno não da licença autoral mas das entrevistas, dos *shows* ou de outras formas de apresentação igualmente interessantes, inclusive do ponto de vista econômico. Para Araújo,

O *Creative Commons* é dirigido principalmente a autores que visam a ampla circulação de suas obras. Ou seja, autores novatos, que desejam distribuir a sua obra na *Internet* e por isso a disponibilizam gratuitamente, e aqueles consolidados, que procuram um meio de publicidade desvinculado da indústria cultural (editores e produtores, por exemplo), pois às vezes é conturbada a relação entre os autores e as empresas que se apropriam da titularidade das obras.⁶⁰

⁵⁹ CRESPO, Sílvio. Reforma agrária no audiovisual: *Creative Commons: difusão de obras, memória e produção colaborativa*, citado por LEMOS, Ronaldo; BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Copyleft, Software Livre e Creative Commons: A Nova Feição dos Direitos Autorais e as Obras Colaborativas*. p. 14. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2796/Copyleft_Software_Livre_e_CC_A_Nova%20Feicao_dos_Direitos_Autorais_e_as_Obras_Colaborativas.pdf?sequence=1>. Acesso em: 06 ago. 2015.

⁶⁰ ARAÚJO, Honácio Braga. *Creative Commons e o direito à cultura livre: as licenças criativas frente às limitações do direito autoral na internet*. 2011, p. 5. Disponível em: <<http://www.periodicos.letras.ufmg.br/index.php/textolivre/article/view/102>>.

De fato,

Existe um grande número de autores, detentores de direitos e criadores de um modo geral que simplesmente não se importa que outras pessoas tenham acesso às suas obras. Há músicos, produtores de vídeos ou escritores que desejam o exato oposto: querem que as pessoas tenham acesso às suas obras, ou, eventualmente, que outras pessoas continuem o seu trabalho, seja reinterpretando-o, seja reconstruindo-o ou recriando-o. Para essas pessoas, não faz sentido nem econômico, nem artístico, que seus trabalhos se submetam ao regime de “todos os direitos reservados”.⁶¹

As licenças *Creative Commons* são organizadas simplesmente em três categorias, classificadas de acordo com o seu público-alvo: destinam-se aos leigos; aos operadores do Direito; e aos profissionais técnicos da seara da informática.

Quanto à aplicabilidade, as licenças “podem ser utilizadas em quaisquer obras, tais como música, filme, texto, foto, blog, banco de dados, compilação, *software* ou qualquer obra passível de proteção pelo direito autoral”⁶². Depreende-se, portanto, que diferentes espécies de obras intelectuais são amplamente compreendidas pelas licenças *Creative Commons*. Uma vez obtida a licença, é o autor da obra quem decide a forma ou sob quais contornos a sua criação será disponibilizada. Via internet comumente se utilizam as redes de compartilhamento *peer-to-peer*⁶³.

Dentre as principais licenças *Creative Commons* se destacam aquelas de atribuição; as que vedam as obras derivativas ou o seu uso comercial; os licenciamentos compartilhados e o licenciamento de *software* sob os padrões do *Creative Commons*⁶⁴.

É próprio das licenças de atribuição⁶⁵ o compartilhamento praticamente sem restrições; ou seja, é possível a cópia, a distribuição e a trans-

⁶¹ LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005. p. 83.

⁶² *Ibid.*, p. 85.

⁶³ A inter-relação *peer-to-peer* (P2P), basicamente, permite o compartilhamento de informações independentemente de um servidor central; ou seja: os computadores organizados em rede estão todos interligados entre si, ponto-a-ponto, sem a intermediação de um servidor.

⁶⁴ CREATIVE COMMONS BRASIL. Disponível em: <<https://br.creativecommons.org/licencas/>>. Acesso em: 06 ago. 2015.

⁶⁵ *Attribution*.

missão da obra, a remixagem para criação de obras derivadas⁶⁶, e inclusive a destinação comercial desde que expressamente se reconheça a autoria original.

Como não poderia deixar de ser, a licença de atribuição *Creative Commons* não desconsidera o direito moral do autor em relação à sua obra, mas somente permite a terceiros a utilização da criação independentemente de qualquer remuneração ao licenciante e sem que exista conflitos com as determinações legais brasileiras no que elas dispõem sobre direitos autorais.

É mister esclarecer, todavia, que à licença de atribuição *Creative Commons* pode ser acrescida de condições ou de limitações à utilização da obra, respeitada a vontade do criador intelectual, sem necessidade de motivação ou de justificativa às eventuais restrições que venham a ser impostas.

As atribuições sem derivações, não comercial, de compartilhamento pela mesma licença são algumas das limitações que poderão existir ou serem condicionadas pelo autor da obra e imperativas ao licenciado *Creative Commons*.

Destaque-se que nas obras sem derivações⁶⁷ se “autoriza a livre cópia, distribuição e utilização da obra”⁶⁸ mas exige-se que se mantenha-a sem retoques, “sendo vedada sua utilização para a criação de obras derivativas”⁶⁹, tais como alterações, reedições ou remixagem.

Para as licenças que vedam o uso comercial⁷⁰, ainda que se autorize a cópia, a distribuição e a utilização da obra, o autor obsta aos interessados a sua utilização com fins lucrativos. Na hipótese de não respeitarem tal condição, os direitos autorais haverão de ser então integralmente pagos ao criador, exatamente nos termos da Lei 9.610/98.

Nas licenças *Creative Commons* de compartilhamento,

O autor impõe a condição de que, se a obra for utilizada para a criação de obras derivativas, como, por exemplo, uma música ser incluída em um filme ou uma foto ser incluída em um livro, ou mesmo uma reconstrução da obra original, o resultado deve ser neces-

⁶⁶ A licença de atribuição *Creative Commons* ultrapassa a condição imposta pelo artigo 29 da Lei 9.610/98 de se depender de autorização prévia e expressa do autor para utilização da obra seja para que fim for.

⁶⁷ No *Derivs*.

⁶⁸ LEMOS, 2005, p. 86.

⁶⁹ *Ibid*.

⁷⁰ Non Commercial.

sariamente compartilhado pela mesma licença. Assim, uma obra licenciada pela modalidade “Compartilhamento pela Mesma Licença” só pode ser utilizada em outras obras se essas outras obras também forem licenciadas sob a licença *Creative Commons*.⁷¹

Ainda que as licenças *Creative Commons* tenham se formado sob forte influência do modelo *Copyright*, é inegável que os tratados internacionais sobre direitos autorais, a exemplo da Convenção de Berna de 1886, balizaram e compatibilizaram as licenças *Creative Commons* às legislações de direitos autorais de todos os Estados que sejam deles signatários, inclusive aqueles que se valem do modelo *Droit d’Auteur*, como o Brasil, onde as licenças *Creative Commons* estão todas traduzidas ao português e adaptadas à legislação interna.

Tem-se, então, que *Creative Commons* é realidade economicamente compatível à produção cultural do país, com especial destaque à tutela do direito autoral das novas tecnologias, não obstante sejam recorrentes os conflitos entre os interesses coletivos, próprios das licenças *Creative Commons*, e aqueles individuais, inerentes ao “proprietário” autor.

É inegável que a tecnologia da informação é a maior facilitadora de acesso à cultura por intermédio do intercâmbio de conhecimento entre os mais diversos indivíduos e dos mais diferentes lugares do mundo.

O contrassenso é que esta universalidade vem resultando em maior preocupação aos direitos individuais de autor pois a tecnologia da informação, dinâmica e em constante vanguarda, propicia a imediata circulação das obras intelectuais em meio ao espaço virtual que, de regra, é de amplo e irrestrito acesso⁷².

4.2 MODELOS CRIATIVOS BASEADOS NA LIBERDADE DE ACESSO E INTERAÇÃO DIGITAL

Os países que almejam desenvolvimento social e econômico, como o Brasil, haja vista o disposto no artigo 170 da Constituição, as limitações que a legislação autoral pode impor vão de encontro a tal expectativa na

⁷¹ LEMOS, 2005, p. 87.

⁷² CARBONI, Guilherme. Conflitos entre direito de autor e liberdade de expressão, direito de livre acesso à informação e à cultura e direito ao desenvolvimento tecnológico. In: CARVALHO, Patrícia Luciane (Coord.). *Propriedade intelectual*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 435.

medida em que é cediço que a inclusão digital é atributo essencial àqueles que objetivam a ordem econômica, principalmente em um cenário mundial globalizado⁷³.

Veja-se, a título de exemplo, a garantia fundamental constitucional de acesso à educação diante da inexistência de dispositivo na Lei 9.610/98 que permita a reprodução integral de uma obra. Pelo disposto no artigo 46, II, da Lei 9.610/98, “não constitui ofensa aos direitos autorais: “[...] a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro”. Verifica-se da leitura do artigo certa restrição ao direito de autor que, segundo Queiroz, trata-se de uma “norma aberta”⁷⁴.

Ao se cotejar a antiga Lei de direitos autorais, de nº 5.988/73, com a vigente, de nº 9.610/98, percebe-se o recrudescimento do legislador relativamente às cópias privadas: a primeira ainda possibilitava a reprodução integral desde que ausente a intenção de lucratividade ao passo que a segunda Lei somente autoriza a reprodução de “pequenos trechos”, sem especificar o quê se deve presumir por “pequenos” enquanto dimensão ou quantidade⁷⁵.

Compreenda-se, ainda, que “a cópia da obra para uso privado não pode, nem deve, estar limitada, notadamente quando se trata de uso privado, sem intuito de lucro, e para fins educacionais”⁷⁶. Ainda que na academia seja comum a reprodução de artigos, trechos de obras ou até da sua integralidade, a finalidade é eminentemente educacional ou de disseminação, mais econômica e acessível, de conhecimento⁷⁷.

Não é diferente a objetivo acadêmico das reproduções de obras disponibilizadas em meio virtual. O ambiente digital autoriza a difusão de informações em proporções há pouquíssimo tempo inimaginável haja vista o crescente número de *blogs* e de redes sociais, da tecnologia *peer-*

⁷³ CARBONI, loc. cit.

⁷⁴ QUEIROZ, Daniel Pessôa Campello. As limitações aos direitos autorais na legislação brasileira e a questão da cópia privada. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/10064/as-limitacoes-aos-direitos-autorais-na-legislacao-brasileira-e-a-questao-da-copia-privada>, 2007, p. 1.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 4.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Em países sujeitos ao modelo copyright impera a doutrina do fair use, do “uso justo”, na qual se viabiliza a utilização de determinada obra em virtude do fim legítimo educacional, por exemplo. Destaque-se que tal compreensão tem seu sustentáculo em princípios basilares muito próprios de países submetidos ao sistema do Common Law.

-to-peer para troca interativa de arquivos entre usuários conectados e que seria ilegal sob a literalidade da Lei 9.610/1998 que só assente a reprodução de trechos de obras e para uso particular. Portanto, independentemente do fato comum de se estar de boa-fé e sem intuito lucrativo, o simples intercâmbio de conhecimento *on-line* caracteriza, ainda, infração à lei.

Estes breves apontamentos ou situações têm o fito de demonstrar a incompatibilidade da dinamicidade própria da tecnologia da informação diante da lei e do conservadorismo também sempre inerente aos institutos jurídicos, salvo se tais conflitos forem analisados à luz da razoabilidade ou do bom-senso do intérprete.

Pretendendo a harmonia entre os interesses privatísticos do autor àqueles da coletividade, sobretudo ante a inevitável era digital, o *Creative Commons* é uma alternativa legal à rígida legislação autoral brasileira e que proporciona maior notoriedade ao autor em relação à sua obra, considerando-se que o próprio criador opta pela licença que melhor se adéqua aos seus anseios, sem obstáculos burocráticos e sem a intermediação de editores, produtores e demais divulgadores que oneram ou podem embaraçar a pulverização da informação.

São os projetos criativos como as licenças *Creative Commons* que estimulam a interação digital já que harmonizam as aspirações do autor ao indisponível direito de acesso à cultura, à informação, à educação e ao desenvolvimento tecnológico, dado que o direito autoral, enquanto propriedade e em observância à almejada ordem econômica, deve atender à sua função social.

Ainda que a criação seja emanção de um indivíduo, sabe-se que o homem é um “ser coletivo e membro de uma sociedade que tem um dever social a desempenhar, tanto moral, físico, intelectual que propicie a evolução de todos na sociedade”.⁷⁸

É justamente sob estes fundamentos que os projetos criativos têm o condão de “recuperar a promessa libertária original da *Internet* e da tecnologia digital de emancipação criativa [...] fazendo do direito não um instrumento de preservação do passado, mas de transição para o futuro”⁷⁹.

⁷⁸ PIMENTA, Eduardo Salles; PIMENTA FILHO, Eduardo Salles. A limitação dos direitos autorais e a sua função social. In: PIMENTA, Eduardo Salles. Direitos autorais: estudos em homenagem a Otávio Afonso dos Santos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 73.

⁷⁹ LEMOS, 2005, p. 92.

5 O FORTALECIMENTO DA ECONOMIA CRIATIVA

A economia criativa é um espaço de reencontro entre a lógica da necessidade econômica e da liberdade típica da criatividade cultural. Sua dinamização na forma de política pública permite reinventar funções políticas e simbólicas do Estado.

Dessa forma, comércio e intercâmbios culturais, embora realizados nos mercados e por agentes culturais autônomos, deveriam por princípio e também por necessidade política, se submeterem a lógica do bem público e dos processos democráticos da concentração e de *accountability*, interesses particulares ganham espaço na dimensão política nos quadros de valorização e reconhecimento da diversidade cultural e de sua associação com o desenvolvimento integral.

O conceito de Economia Criativa traz uma nova reflexão sobre as questões do desenvolvimento econômico e social, em torno da promoção de setores e talentos baseados no conhecimento, no design e nos setores de ponta das novas tecnologias.

O contexto brasileiro oferece um paradoxo: uma imensa riqueza criativa que se manifesta na produção artística e cultural não tem sido suficiente para gerar um reconhecimento do potencial da economia criativa.

A rigor, não há setor industrial que não funcione a partir da criatividade, pois ela nada mais é do que uma característica inerente do próprio ser humano e integra o que se conhece como capital intelectual, cuja associação imediata está vinculada às capacidades de imaginar, de inventar, de se inspirar, de ter ideias e de criar coisas novas e originais, isto é, produzir e aplicar conhecimentos⁸⁰. Para Paulo Miguez,

[...] a economia criativa trata dos bens e serviços baseados em textos, símbolos e imagens e refere-se ao conjunto distinto de atividades assentadas na criatividade, no talento ou na habilidade individual, cujos produtos incorporam propriedade intelectual e abarcam do artesanato tradicional às complexas cadeias produtivas das indústrias culturais.⁸¹

⁸⁰ ONU. *Rapport sur l'économie créative 2008 – le défi d'évaluer l'économie créative: vers une politique éclairée*. Genebra: UNCTAD; DITC, 2008. p. 35-36.

⁸¹ MIGUEZ, Paulo. Economia criativa: uma discussão preliminar. In: NUSSBAUMER, Gisele Marchiori (Org.). *Teorias & políticas da cultura: visões multidisciplinares*. Salvador: EDUFBA, 2007. p. 96-97.

Vê-se que a economia criativa procura aproximar áreas, tais quais a moda, o artesanato, o universo dos jogos eletrônicos, os esportes, o turismo, que aparentemente estavam desconexas das indústrias culturais tradicionais, para o centro de debates e iniciativas do que se designou de a nova economia da sociedade da informação e do conhecimento.

Mas quais são os setores criativos que se encontram no cerne deste conceito? Segundo o Relatório da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento – UNCTAD sobre economia criativa⁸², as indústrias criativas:

[...] podem definir-se como os ciclos de criação, produção e distribuição de bens e serviços que utilizam a criatividade e capital intelectual como insumos primários. Elas compreendem um conjunto de atividades baseadas no conhecimento e que produzem bens e serviços intelectuais ou artísticos tangíveis e de conteúdo criativo, valor econômico e objetivos de mercado. As indústrias criativas abarcam um campo vasto e heterogêneo que compreende a interação entre várias atividades criativas desde as artes e artesanatos tradicionais, a imprensa, a música e as artes visuais e dramáticas, até grupos de atividades tecnológicas e orientadas a serviços tais como a indústria cinematográfica, a televisão e a rádio, as novas mídias e o desenho.

Desta forma, são considerados como sendo setores criativos da economia criativa, dentre outros que trabalham com a criatividade, a título de exemplo: (i) a propaganda, (ii) a arquitetura, (iii) o mercado de artes e antiguidades, (iv) os artesanatos, (v) o design, (vi) o design de moda, (vii) o filme e vídeo, (viii) o software de lazer interativo, (ix) a música, (x) as artes cênicas, (xi) as publicações, (xii) o software e jogos de computador, e, (xiii) a televisão e rádio. As indústrias criativas têm sua origem na criatividade, habilidade e talentos individuais e que tem um potencial para geração de empregos e riquezas por meio da geração e exploração da propriedade intelectual.

Entre 2004 e 2006 inúmeras iniciativas internacionais, nomeadamente no âmbito das agências do sistema ONU e com os governos de vários países realizaram: (i) estudos encomendados; (ii) eventos de grande repercussão, (iii) parcerias intergovernamentais estabelecidas; (iv) ações

⁸² ONU. *Rapport sur l'économie créative 2008 – le défi d'évaluer l'économie créative: vers une politique éclairée*. Genebra: UNCTAD; DITC, 2008. p. 63.

políticas desenvolvidas para promover a Economia Criativa; e, (v) realização da Conferência Ministerial da UNCTAD para o fortalecimento e desenvolvimento deste setor nos países do Hemisfério Sul.

Recentemente, em concatenação com esta nova visão mundial acerca do desenvolvimento cultural como fator de crescimento econômico e da criatividade e do conhecimento como insumo inerente ao capital intelectual dos indivíduos, o Ministério da Cultura anunciou a criação de mais um órgão em sua estrutura interna: a Secretaria da Economia Criativa, bem como lançou o Plano da respectiva pasta contendo políticas, diretrizes e ações para o quadriênio 2011-2014.

Não se pode negar que, sendo objetivo fundamental da República a persecução do desenvolvimento nacional, e que campos como os dos produtos advindos da propriedade intelectual fomentam as transformações tecnológicas e econômicas em nome do interesse social (art. 5º, XXIX, da CF/88), juntamente com as ações do Poder Público, no que concerne às políticas do setor (art. 215, § 3º, da CF/88), e que os ciclos de produção de bens culturais compõem o mercado interno, patrimônio nacional brasileiro (art. 219, da CF/88), ao setores criativos podem viabilizar o desenvolvimento cultural do país. As competências da nova secretaria estão estabelecidas no artigo 17 do Decreto Federal 7.743, de 31 de maio de 2012, que modificou a estrutura interna do Ministério da Cultura.

Entre os diversos instrumentos que o Estado possui para intervir e regular as atividades econômicas no campo da cultura e da criatividade, poucos podem ser tão eficazes quanto a legislação de propriedade intelectual, com especial destaque ao direito autoral, pois este regula toda as fases de criação, produção, distribuição dos dividendos da atividade econômica e o alcance dos benefícios sociais da atividade cultura e criativa.

Tradicionalmente, nos últimos anos, com o protagonismo da Constituição de 1988, os direitos culturais ou o direito da cultura (segundo leitura das matrizes jurídicas europeias e latino-americanas) é quem se encarregaram de desenvolver e aprimorar os estudos relativos aos efeitos jurídicos da legislação cultural em vigor que se aplica à economia criativa em geral. Sua transversalidade imbrica-se nos tradicionais ramos jurídicos, mas a unicidade dada pelas normas constitucionais ao tratamento jurídico da cultura criou condições epistemológicas para sua autonomia, cujos reflexos no arcabouço jurídico-institucional são sentidos no ordenamento brasileiro, assim como também nas normas internacionais e em outros países do globo.

Sua grande dificuldade em se efetivar e difundir reside exatamente na ausência de conhecimento dos seus destinatários que poderia ser diminuída com sua sistematização enquanto corpo distinto e com orientações gerais dirigidas a quem cotidianamente lida, nos setores públicos e privados, com sua aplicação. Outro dado curioso é que ainda não há um sentimento constitucional de que se trata de direitos fundamentais, basilares à construção do tipo de sociedade enunciado pelos objetivos da República brasileira. Por vezes são tratados pelas políticas públicas como normas de menor importância e interesse social.

Esse conjunto normativo tem bases sobre um direito constitucional positivo formado por preceitos, disposições, princípios, declarações e deveres estatais; é o denominado constitucionalismo cultural. Compõem o plano de matéria do Direito Cultural, além das normas constitucionais específicas do setor: patrimônio cultural, direitos autorais, criação e trabalho cultural (criação artística, regimes legais e profissionais dos trabalhadores culturais, seguridade social dessas categorias), financiamento da cultura e das artes (orçamento, fundos e mecenato, demais incentivos fiscais), atividades e equipamentos culturais (bibliotecas, museus, arquivos, livro, música, dança, artesanato, espetáculos públicos), meios de comunicação e indústrias criativas, Administração Pública da Cultura, gestão e institucionalidade da cultura (estatal, pública e privada).

Este novo ramo jurídico é multiforme, heterogêneo, permeado por diversas instituições em toda sorte de legislação de ordem cultural, mas que possui numerosos argumentos em favor de seu tratamento unitário, dentre os quais:

- a) liames entre as atividades culturais e o direito;
- b) intervenção do Estado na garantia desses direitos;
- c) reconhecimento constitucional e legal do direito de acesso à cultura – o que até certo tempo equivaleu à participação do cidadão na cadeia produção-distribuição-consumo de bens culturais –, além das proclamações internacionais e europeias o reconhecendo; e
- d) a existência de uma jurisprudência constitucional e administrativa, formada a partir de um contencioso que se veem às voltas com litígios relativos à matéria.

Nesse contexto, uma fração, a legislação autoral brasileira, é um instrumento privilegiado que pode regular o processo produtivo da cultura e da criatividade, em especial dos setores criativos, definido a repartição de

dividendos, permitindo usos livres pelo público e acolhendo ou rejeitando novos processos produtivos.

A necessidade de uma análise crítica da legislação autoral brasileira é muito clara quando se percebe o desequilíbrio em relação ao sentido público e privado, e também, quando se observam manifestações positivas da sociedade civil brasileira com relação à reforma da lei, principalmente no que concerne à precariedade do trabalhador criativo em especial em termos trabalhistas e previdenciários.

O Direito Autoral não é um direito absoluto, cujo diapasão de análise seja eminentemente privatista ou mercantilista, nem fruto de uma visão maximalista de tutela e proteção da propriedade intelectual, cujo ideário dominante foi decisivo para consolidar o Acordo TRIPs⁸³, isto no ano de 1994, no qual se estruturou também a Organização Mundial do Comércio – OMC sob os augúrios do livre comércio, das reduções das barreiras alfandegárias e da promoção do desenvolvimento e cooperação internacional.

Nesta perspectiva, o Brasil, na década de 90, houve por rever todo o seu marco legal de propriedade intelectual e editar novas legislações em fiel observância aos parâmetros máximos de proteção estabelecidos no Acordo TRIPs, seja pela Lei de Propriedade Industrial publicada logo em 1996, como também pela Lei 6.910 de 1998, que reformou a Lei Autoral brasileira que vigorava desde a década de 70.

Passados 20 anos do Acordo TRIPs, pode-se mensurar seus efeitos no sistema internacional de proteção de propriedade intelectual, que foi homogeneizado mediante a derrocada das soberanias nacionais pela força de interesses econômicos.

⁸³ O Acordo TRIPs (em inglês: Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, em português: Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio) é um tratado Internacional, integrante do conjunto de acordos assinados em 1994 que encerrou a Rodada Uruguai e criou a Organização Mundial do Comércio. O TRIPs foi negociado no final da Rodada Uruguai no Acordo Geral de Tarifas e Troca (GATT) em 1994. Sua inclusão foi a culminação de um programa de intenso lobby feito pelos Estados Unidos, com o apoio da União Europeia, Japão e outras nações desenvolvidas. Campanhas de apoio econômico unilaterais sob o Sistema Geral de Preferências e coerção dentro da seção 301 das Leis de Comércio tiveram um papel importante em derrotar políticas em oposição que eram favorecidas por países em desenvolvimento, principalmente Coréia e Brasil, mas também a Tailândia, a Índia e países do Caribe. Em troca, a estratégia dos Estados Unidos de ligar políticas de comércio a padrões de propriedade intelectual podem ser seguidas desde o empreendimento de gerenciamento senior na farmacêutica Pfizer no início dos anos 80, quem mobilizou corporações nos Estados Unidos e fizeram com que a maximização dos privilégios de propriedade intelectual fosse a prioridade número um da política de comércio nos Estados Unidos.

No Acordo TRIPs, os bens intelectuais, nomeadamente os bens tutelados pelo direito autoral, como livros, músicas, filmes que produzidos pelas indústrias de conteúdo passam a ser tratados como mercadoria no contexto do mercado globalizado.

No Brasil inexistia um modelo nacional de políticas públicas voltado para a Economia Criativa, os primeiros passos foram dados em 2004 quando da realização do encontro quadrienal da *United Nations Conference on Trade Develop* – UNCTAD, o UNCTAD XI, em São Paulo. A semente foi lançada e sensibilizou setores governamentais do potencial brasileiro de crescimento do mercado dos setores criativos.

Nos anos que se seguiram paulatinamente alcançou o espaço central dos debates como alternativa viável de desenvolvimento sustentável, culminando no ano de 2011, quando o Ministério da Cultura houve por anunciar a criação de uma Secretaria da Economia Criativa específica dentro da estrutura que veio a ser extinta em 2013⁸⁴.

A Economia Criativa é um conceito novo e em evolução implicando na mudança das estratégias de desenvolvimento convencionais segmentadas e reducionistas focadas nos bens intelectuais como *commodities* primárias e na fabricação industrial.

A Economia Criativa é sistêmica, lida com as interfaces entre a economia, a cultura e a tecnologia com vistas a um desenvolvimento sustentável num movimento incluído de compartilhamento, centrado no uso e acesso aos produtos criativos por meio das Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs).

Na lógica de funcionamento da Economia Criativa não é suficiente que o Direito Autoral apenas tutele a diversidade de conteúdos de um titular, mas também, propicie a existência de uma grande diversidade de titulares possibilitando seu acesso e circulação por meio das novas Tecnologias da Informação e Comunicação.

Nestes vetores reside a base da promoção de políticas públicas para o fortalecimento dos setores criativos em todos os Estados. É precisamente neste sentido que a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da Unesco⁸⁵ de 2005 define políticas e me-

⁸⁴ Neste sentido ver: BRASIL. *Plano da Secretaria da Economia Criativa*. Políticas, diretrizes e ações. 2011 a 2014. Brasília: Ministério da Cultura, 2012. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/documents/10913/636523/PLANO+DA+SECRETARIA+DA+ECONOMIA+CRIATIVA/81dd57b6-e43b-43ec-93cf-2a29be1dd071>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

⁸⁵ A Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais foi adotada pela Conferência Geral da Unesco, em 2005, e ratificada pelo Brasil em 2007.

didadas culturais como sendo aquelas relacionadas à cultura, seja no plano local, regional, nacional ou internacional, que tenham como foco a cultura como tal, ou cuja finalidade seja exercer efeito direto sobre as expressões culturais de indivíduos, grupos ou sociedades, incluindo: (i) a criação, (ii) produção, (iii) difusão e distribuição de atividades, bens e serviços culturais, e o (iv) acesso aos mesmos.

A Economia Criativa necessita de uma nova visão dos Direitos Autorais com um novo equilíbrio entre os interesses privados do autor com os interesses públicos da coletividade, assim balizados⁸⁶:

- não mais num modelo de negócio que cria uma escassez artificial por meio de um regime jurídico de direitos exclusivos;
- não mais o foco da proteção exclusiva do bem intelectual apenas com vistas a resguardar o retorno do investimento e/ou desenvolvimento econômico, mas que sejam fundados nos princípios de sustentabilidade e de inclusão social/cultural/tecnológica;
- não mais a proteção maximalista dos interesses daqueles que comercializam, que promovem e que divulgam, minimizando os interesses dos autores que efetivamente criam;
- não mais de um desenvolvimento que não seja capaz de reduzir as desigualdades, de gerar trabalho e renda, educação e cidadania plena; e,
- não mais uma visão de um direito exclusivo absoluto do autor, mas perceber a dimensão pública e privada do Direito Autoral compreendendo a sua importância para a manutenção das pessoas que participam com sua criatividade na base dinâmica da Economia Criativa.

Nesta perspectiva, com uma nova visão dos Direitos Autorais e com a adoção novos modelos de licenciamentos criativos das obras é que num ambiente digital se fomente efetivamente a profissionalização e o fortalecimento da atividade artística criadora, desenvolvida pelos compositores, músicos, dubladores, produtores e demais prestadores de serviços de natureza artística na lógica da Economia Criativa.

Assim, as diretrizes de proteção nos fóruns internacionais de solução de controvérsias que são dispensadas para um conflito de expor-

⁸⁶ WACHOWICZ, Marcos. La Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de la Unesco: Industrias Creativas, Diversidad Cultural y Derecho de Autor Propiedad Intelectual. *Revista de Propriedade Intelectual*, v. XI, n. 15, p. 177-202, Ene./Dic. 2012. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=189025101009>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

tação/importação de algodão, são idênticas às dispensadas a bens intelectuais, como uma música ou um filme. O bem intelectual tutelado pelo direito autoral é portador de valores e significados que estão intrínsecos à sua própria essência, porém, seu valor, enquanto bem cultural, advém da sociedade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil já conta com quase 30 anos de promulgação e seus objetivos, como o desenvolvimento nacional equilibrado, a formação de uma sociedade livre, justa e solidária, dentre outros, só serão realmente conquistados na medida em que o Estado garanta e promova ao cidadão brasileiro a acessibilidade à educação, à cultura, à informação e ao desenvolvimento tecnológico.

Esta política pública de ampla instrução cidadã não se perfaz por meio da edição de leis que obriguem terceiros, como geralmente só acontece quando o Estado é instado à ação: é responsabilidade precípua do Poder Público priorizar a formação, superando e eliminando todo e qualquer obstáculo à persecução deste fim essencial, condição para a existência de liberdade, em seu sentido mais pleno e sublime.

Faz-se necessário, para tanto, um planejamento integrado capaz de afastar a incongruência plasmada no direito à propriedade autoral, quando compreendido egoisticamente, adequando-o aos anseios da sociedade e à ordem econômica tal como explicitada no art. 170 da Constituição da República Federativa do Brasil. Reitere-se que este dever de fiscalização e orientação haverá de ser exercido pelo Poder Público, democraticamente outorgado.

Só assim restarão resguardados os legítimos interesses da sociedade a privilegiar a dignidade da pessoa humana, segundo os ditames da justiça social.

Não obstante este mandado cogente, pois constitucional, depreende-se o quão complexo e tantas vezes controverso é compatibilizar o direito à propriedade autoral à função social que lhe é inerente, haja vista o disposto no artigo 170, III, da Constituição.

A Lei 9.610/98 que já era criticada ao tempo de sua edição, há mais de 15 anos, por não considerar em seus postulados a realidade digital, se literalmente interpretada, revela-se inadequada, rígida ou lacunosa.

Ademais, restrições que não existiam quando da Lei 5.988/73 foram então impostas contemporaneamente ao advento popular da internet e da conseqüente integração globalizante, e estes controles, se exercidos de modo absoluto e desprovidos de razoabilidade, podem inibir o aprimoramento educacional, informacional e sociocultural brasileiro.

Neste âmbito, principalmente a internet se destaca ao proporcionar o acesso ou a troca de informações, de conteúdos, de conhecimento, de modo universal e imediato, fatores estes reconhecidamente não apenas de cunho econômico mas de desenvolvimento humano. Pode-se de alguma forma considerar legítimo o tolhimento deste direito difuso de se buscar a verdade?

A tecnologia da informação sempre teve por escopo a representação de um ambiente livre para a integração e o compartilhamento de informações, como um instrumento de emancipação criativa e de caráter global, independentemente dos ditames da propriedade autoral.

Por outro lado, não se pretende defender que as obras intelectuais disponíveis em meio virtual não mereçam tutela mas que sejam compatíveis com os anseios constitucionais e reflexo de uma sociedade tecnologicamente inserida e integrada.

A fim de compatibilizar a proteção à propriedade autoral aos interesses da coletividade, demonstra-se que as licenças *Creative Commons* detêm capacidade conciliadora e de harmonização na divulgação de informações e de conteúdos em meio virtual, sem olvidar os direitos constitucionalmente garantidos tanto ao próprio autor quanto aos possíveis e difusamente interessados no acesso ao conhecimento.

Os projetos colaborativos do espaço *online*, em geral, apontam-se como alternativa menos custosa e menos burocrática aos artistas não renomados, dentre outros, que pretendam o lançamento de suas criações. Dê-se importância ainda ao fato de que o ingresso às obras é instantâneo e a notoriedade, tanto quanto também imediata, pode ser vultosa, *epidêmica*.

Em suma, a tecnologia da informação é um instrumental essencial e transitável ao amplo conhecimento. É contemporânea e adequada aos anseios constitucionalmente garantidos à coletividade. Os projetos colaborativos virtualmente publicizados oportunizam concretamente a realização da função social da propriedade autoral, haja vista o seu intuito solidário de permitir e possibilitar o instantâneo e indistinto direito à educação, à cultura, à informação e, ainda, à própria evolução tecnológica. É esta ampla

permissão que realmente representa a concretização de desenvolvimento de uma ordem econômica.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Honácio Braga. *Creative Commons e o direito à cultura livre: as licenças criativas frente às limitações do direito autoral na internet*. 2011, p. 9. Disponível em: <<http://www.periodicos.letras.ufmg.br/index.php/textolivre/article/view/102>>.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Sociedade da informação e mundo globalizado. In: WACHOWICZ, Marcos. *Propriedade intelectual e internet*. Curitiba: Juruá, 2005.

AUTORI, Maria Helena Vilela; GREFORIN, Daniela. O Teletrabalho. In: SHOUERI, Luiz Eduardo (Coord.). *Internet: o direito na era virtual*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

AVANCINI, Helenara Braga. O paradoxo da sociedade da informação e os limites dos direitos autorais. In: ROVER, Aires José. *Direito e informática*. Barueri: Manole, 2004.

ÁVILA, Humberto Bergman. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 99-129.

BARROS, Carla Eugênia Caldas. *Manual de Direito da Propriedade Intelectual*. Aracaju: Evocati, 2007.

BLUM, Renato Opice; ABRUSIO, Juliana Canha. Direito autoral eletrônico. In: LEMOS, Ronaldo; WAISBERG, Ivo (Orgs.). *Conflitos sobre nomes de domínio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. *Plano da Secretaria da Economia Criativa*. Políticas, diretrizes e ações. 2011 a 2014. Brasília: Ministério da Cultura, 2012. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/documents/10913/636523/PLANO+DA+SECRETARIA+DA+ECONOMIA+CRIATIVA/81dd57b6-e43b-43ec-93cf-2a29be1dd071>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

CARBONI, Guilherme. Conflitos entre direito de autor e liberdade de expressão, direito de livre acesso à informação e à cultura e direito ao desenvolvimento tecnológico. In: CARVALHO, Patrícia Luciane (Coord.). *Propriedade intelectual*. Curitiba: Juruá, 2006.

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

CHAVES, Antônio. *Criador da obra intelectual*. São Paulo: LTr, 1997.

CREATIVE COMMONS BRASIL. Disponível em: <<https://br.creativecommons.org/licencas/>>. Acesso em: 06 ago. 2015.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Ministério da Justiça. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 06 ago. 2015.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1995.

FOLHA DE S. PAULO. *ECAD é alvo de críticas ao cobrar taxa por vídeos em blog*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/1058392-ecad-e-alvo-de-criticas-ao-cobrar-taxa-por-ideos-em-blog.shtml>>. Acesso em: 06 ago. 2015.

LEMS, Ronaldo. *Creative Commons, mídia e as transformações recentes do direito da propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

_____. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

_____; BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Copyleft, Software Livre e Creative Commons: A Nova Feição dos Direitos Autorais e as Obras Colaborativas*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2796/Copyleft_Software_Livre_e_CC_A_Nova%20Feicao_dos_Direitos_Autorais_e_as_Obras_Colaborativas.pdf?sequence=1>. Acesso em: 06 ago. 2015.

LESSIG, Lawrence. A regra dos direitos autorais. In: WACHOWICZ, Marcos. *Propriedade intelectual e internet*. Curitiba: Juruá, 2005.

LUÑO, Antonio-Enrique Perez. *Nuevas tecnologías sociedad y derecho*. El impacto-jurídico de las N. T. de la información. Madrid: Fundesco, 1987.

MATTE, Ana Cristina Fricke. *Liberdade em duas palavras: Creative Commons*. Disponível em: <<http://periodicos.letras.ufmg.br/index.php/textolivre/article/view/73,2010>>. Acesso em: 06 ago. 2015.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: RT, 1992.

MELODY, W. H. Information: an emerging dimension of institutional analysis. *Journal of Economic Issues*, v. XXI, n. 3, p. 1.313-1.339, 1987.

MIGUEZ, Paulo. Economia criativa: uma discussão preliminar. In: NUSSBAUMER, Gisele Marchiori (Org.). *Teorias & políticas da cultura: visões multidisciplinares*. Salvador: EDUFBA, 2007.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Curso de direito do consumidor: com exercícios*. 2. ed. mod. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

ONU. *Rapport sur l'économie créative 2008 – le defi d'évaluer l'économie créative: vers une politique éclairée*. Genebra: UNCTAD; DITC, 2008.

PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos autorais*. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

PEREIRA, Juan Luis Millán. *La Economía de la Información*. Análisis teóricos. Madrid: Editorial Trota, 1993.

PIMENTA, Eduardo Salles; PIMENTA FILHO, Eduardo Salles. A limitação dos direitos autorais e a sua função social. In: PIMENTA, Eduardo Salles. *Direitos autorais: estudos em homenagem a Otávio Afonso dos Santos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PIMENTA, Eduardo. *Princípios de direitos autorais: um século de proteção autoral no Brasil. 1898-1998*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PORAT, M. U.; RUBIN, M. R. *The information Economy: Definition and measurement*. Washington (DC): The Information Economy, Department of Commerce, 1977. v. I.

QUEIROZ, Daniel Pessôa Campello. *As limitações aos direitos autorais na legislação brasileira e a questão da cópia privada*. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10064/as-limitacoes-aos-direitos-autorais-na-legislacao-brasileira-e-a-questao-da-copia-privada>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

SANTIAGO, Oswaldo. *Aquarela do direito autoral: história, legislação, comentários*. Rio de Janeiro: Mangione, 1946.

SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da produção jurídica*. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2006.

WACHOWICZ, Marcos. La Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de la Unesco: Industrias Creativas, Diversidad Cultural y Derecho de Autor Propiedad Intelectual. *Revista de Propriedade Intelectual*, v. XI, n. 15, p. 177-202, Ene./Dic. 2012. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=189025101009>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

_____. Os direitos da informação na Declaração Universal dos Direitos Humanos. In: WACHOWICZ, Marcos (Coord.). *Propriedade intelectual e internet*. Curitiba: Juruá, 2005.

_____; SILVA, Rodrigo Otávio Cruz e. Direito autoral e economia criativa: a construção de uma economia preocupada com a criatividade. *Revista Eletronica LIINC*, v. 7, n. 2, 2011. Disponível em: <<http://revista.ibict.br/liinc/index.php/liinc/article/view/442/323>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

A presente obra propicia uma reflexão sobre os Direitos Autorais e os novos modelos de desenvolvimento da Economia Criativa, abordando temas como:

- Economia da Cultura ou Economia Criativa?
- Desenvolvimento de Novos Modelos de Negócios
- Equilíbrio de interesses públicos e privados para tutela de Direitos Intelectuais
- O papel estratégico do Estado nas políticas de incentivos dos setores criativos
- A tutela do software como vetor à inovação na Sociedade Informacional
- O Direito Autoral como propulsor da diversidade cultural
- Licenciamentos criativos para o fortalecimento da Economia Criativa

A obra é fruto de um intercâmbio acadêmico sólido realizado por pesquisadores do **Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial – GEDAI da Universidade Federal do Paraná – UFPR em parceria com grupos de pesquisas**, a saber:

- **Associação Portuguesa de Direito Intelectual (APDI)** – Portugal
- **Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual (IBPI)** – Brasil

Ressalte-se o **apoio fundamental das agências de fomento à pesquisa CAPES e CNPq**, imprescindível para sua realização dos projetos de pesquisas que culminaram com o lançamento da presente obra.

Apoio e financiamento de:



GEDAI
PUBLICAÇÕES