

Coleção Cadernos de Políticas Culturais

Volume 1

Direito Autoral

Expediente

Luiz Inácio Lula da Silva
Presidente da República

Gilberto Gil
Ministro da Cultura

Juca Ferreira
Secretário Executivo

Alfredo Manevy
Secretário de Políticas Culturais

Célio Turino
Secretário de Programas e Projetos Culturais

Sérgio Mamberti
*Secretário da Identidade e
Diversidade Cultural*

Márcio Meira
Secretário de Articulação Institucional

Orlando Senna
Secretário do Audiovisual

Marco Acco
*Secretário de Fomento e
Incentivo à Cultura*

Assessores especiais do Ministro da Cultura

Adolpho Ribeiro Schindler Netto
Chefe de Gabinete

Nazaré Pedrosa
Assessoria de Assuntos Internacionais

Cyntia Campos
Assessoria de Comunicação

Jorge Vinhas
Assessoria Parlamentar

Paula Porta
*Assessora Econômica e
de Projetos Especiais*

Letícia Schwarz
Diretoria de Gestão Estratégica

Elaine Santos
Diretoria de Gestão Interna

Instituições vinculadas

Luiz Fernando de Almeida
*Instituto do Patrimônio Histórico e
Artístico Nacional – IPHAN*

Gustavo Dahl
Agência Nacional do Cinema – ANCINE

José Almino de Alencar e Silva Neto
Fundação Casa de Rui Barbosa

Ubiratan Castro Araújo
Fundação Cultural Palmares – FCP

Antonio Carlos Grassi
Fundação Nacional de Artes – Funarte

Muniz Sodré de Araújo Cabral
Fundação Biblioteca Nacional – FBN

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

B823d Brasil. Ministério da Cultura.
Direito autoral. – Brasília : Ministério da Cultura, 2006.
436 p. – (Coleção cadernos de políticas culturais ; v. 1)

ISBN – 13 978-85-88564-05-3
ISBN – 10 85-88564-05-X

1. Direito autoral. I. Título. II. Série.

CDU: 347.78

Representações Regionais

José Roberto Aguiar
Representação Regional de São Paulo

Adair Leonardo Rocha
Representação Regional do Rio de Janeiro

Cesária Alice Macedo
Representação Regional de Minas Gerais

Tarciana Gomes Portella
Representação Regional do Nordeste

Rozane Maria Dalsasso
Representação Regional do Rio Grande do Sul

Ana Elizabeth de Almeida
Representação Regional do Pará

Secretaria de Políticas Culturais

Elder Vieira
Gerente de Formulação de Políticas Culturais

Pablo Gonçalo
Gerente de Planejamento, Estudos e Pesquisas

Erlon José Paschoal
Gerente de Desenvolvimento e Informação

Otávio Afonso
Coordenador Geral de Direito Autoral

Marcos Alves de Souza
Coordenador Geral de Direito Autoral Substituto

Dulcinéia Miranda
Coordenadora Geral do Gabinete do Secretário

**Cadernos de Políticas Culturais:
Volume 1 – Direito Autoral**

Esta publicação foi feita por meio da parceria entre o Ministério da Cultura e o Centro de Gestão e Estudos Estratégicos – CGEE

Alexandre Pilati
Revisão

Anderson Lopes de Moraes
Identidade Visual e Design Editorial

Ministério da Cultura - MinC
Esplanada dos Ministérios, Bloco B
70068-900, Brasília, DF
<http://www.cultura.gov.br/>

Centro de Gestão e Estudos Estratégicos (CGEE)
SCN Qd 2, Bl. A, Ed. Corporate Financial Center,
sala 1102
70712-900, Brasília, DF – Telefone: (61) 3424.9600
<http://www.cgее.org.br>



República Federativa do Brasil
Ministério da Cultura

Coleção Cadernos de Políticas Culturais

Volume 1

Direito Autoral

Brasília, 2006

Jurados

Fábio Maria de Mattia

José Carlos Costa Netto

Antonio Murta Filho

Manoel Joaquim Pereira dos Santos

Cadernos de Políticas Culturais

Direito Autoral

Apresentação

A carência de reflexões e debates aprofundados sobre alguns temas culturais estratégicos e a escassez de informações calcadas em apurações empíricas são constatações consensuais. Sem análises e dados consistentes, o Estado permanecerá impossibilitado de formular, acompanhar e avaliar, com a precisão requerida, as políticas públicas da cultura. A necessidade de ampliar o debate sobre temas contemporâneos e de elaborar uma série de publicações referentes ao campo cultural levou o Ministério da Cultura, através da sua Secretaria de Políticas Culturais, a lançar os *Cadernos de Políticas Culturais*, uma iniciativa que pretende preencher parte dessa lacuna.

A *Coleção* divulgará os principais trabalhos da produção intelectual sobre cultura produzidas interna e externamente ao MinC. Órgãos que possuem publicações relevantes referentes à cultura, como os parceiros IPEA e IBGE, institutos de pesquisas nacionais, pesquisadores universitários e intelectuais do campo da cultura

colaborarão para a qualidade da circulação de informações culturais. Trata-se de uma oportunidade de tornar a discussão sobre políticas culturais mais consistente, madura metodologicamente e fundamentada em aspectos empíricos que julgamos de fundamental importância.

Desse modo, os Cadernos de *Políticas Culturais* difundirão pesquisas, artigos, estudos, análises, informações e dados sobre o campo da cultura no Brasil. Os Cadernos têm como finalidade reunir também as principais produções intelectuais realizadas no decorrer da última gestão do Ministério da Cultura e visam, assim, ampliar o acesso do público aos debates e aos textos da cultura em diversos âmbitos e temas.

O primeiro volume dos *Cadernos de Políticas Culturais*, cujo tema é Direito Autoral, apresenta as monografias premiadas do Concurso Nacional de Monografias sobre Direitos Autorais, realizado pelo Ministério da Cultura. É almejada também a publicação, nas próximas edições, das principais pesquisas sobre o setor cultural, sistema de indicadores culturais e estudos setoriais diversos, tratando de temas da maior relevância para o debate e, conseqüentemente, para a construção de políticas públicas da cultura inovadoras, coerentes com a realidade brasileira e capazes de contribuir verdadeiramente para o desenvolvimento do País.

Gilberto Gil

Ministro da Cultura

Introdução

O Ministério da Cultura deu início, na atual gestão, ao processo de construção do Plano Nacional de Cultura (PNC). Trata-se de um instrumento de planejamento que visa dar conta dos grandes desafios que estarão ligados às diversas áreas da cultura nos próximos anos. O PNC reunirá diagnósticos e diretrizes para os vários segmentos da cultura. Assim acontece com as questões referentes ao Direito Autoral, que ganharam, na atual gestão do MinC, um tratamento prioritário. Nesta etapa de elaboração do PNC, é, portanto, imprescindível a ampliação do debate sobre Direito Autoral.

Nesse sentido, a Secretaria de Políticas Culturais decidiu publicar este caderno temático sobre Direito Autoral. A publicação é de significativa relevância, pois tem como objetivo divulgar e debater o tema à luz dos textos vencedores do Concurso Nacional de Monografias sobre Direito Autoral. O Concurso, instituído pela Portaria No. 95, de 5 de maio de 2004, foi gerido pela Coordenação-Geral de Direito Autoral do MinC. Foram premiadas três monografias, além da designação de Menção Honrosa pela Comissão Julgadora a uma das monografias submetidas.

O Ministério da Cultura, reconhece a utilidade da propriedade intelectual no processo de fortalecimento da capacidade tecnológica. De outra parte, também reafirma a importância da flexibilidade necessária no âmbito do interesse público, prevista no próprio sistema de propriedade intelectual, assim como a

função que essa flexibilidade pode desempenhar no fomento de políticas orientadas para o desenvolvimento. Este foi o espírito do MinC quando lançou o Concurso Nacional de Monografias sobre Direito Autoral com o tema “A Função Social dos Direitos Autorais”. É do conhecimento de todos que o direito autoral está também sujeito às limitações constitucionalmente impostas em favor do bem comum – a função social da propriedade, consignada no Art. 5º., XXIII da Carta de 1988, assim como preconiza o Art. 170, ao estabelecer a propriedade privada como princípio essencial da ordem econômica, sempre condicionada à função social.

Esperamos que a publicação dos textos vencedores do Concurso Nacional de Monografias sobre Direitos Autorais, ao focar a função social, possa contribuir para as reflexões necessárias ao pleno aproveitamento dos recursos criativos e culturais nacionais. Essa contribuição amplia o exame crítico que o fortalecimento da proteção dos direitos de propriedade intelectual pode ter para os países em desenvolvimento, afastando interpretações vestidas de verdades absolutas, unicamente do ponto de vista unidimensional dos titulares de direitos e ignorando o interesse público geral. Assim, apresentamos, nesta publicação, os três textos vencedores do Concurso Nacional de Monografias sobre Direito Autoral, de autoria de Maurício Cozer Dias (1º. Lugar), Aline Vitalis (2º. Lugar), Rodrigo Moraes Ferreira (3º. Lugar), além da monografia de Fábio Barbosa Pereira, que recebeu Menção Honrosa.

Inovando nos estudos da propriedade intelectual, *A Proteção de Obras Musicais Caídas em Domínio Público*, de Maurício Cozer Dias, destaca necessidade da proteção e da divulgação

do acervo musical brasileiro composto por obras cujo prazo de proteção patrimonial autoral já expirou ou que, por outra hipótese legal, encontram-se em domínio público. O trabalho apresenta, primeiramente, os princípios do direito intelectual e a sua importância na sociedade de informação e tecnologia. O autor aborda a temática específica do domínio público em todos os ramos do direito intelectual e autoral e apresenta um panorama da legislação brasileira, bem como das convenções internacionais para a proteção do patrimônio cultural e imaterial da humanidade. Segundo o autor, as obras musicais caídas em domínio público são parte importante do patrimônio artístico e cultural brasileiro e precisam ser sistematizadas e protegidas tanto pelo Estado como pela sociedade.

Aline Vitalis, em *A Função Social dos Direitos Autorais: uma perspectiva constitucional e os novos desafios da sociedade da informação*, apresenta um panorama da problemática que envolve os Direitos Autorais na sociedade atual e destaca o conceito de Direito de Propriedade, um dos principais institutos do Direito Civil. O trabalho aborda, inicialmente, a constitucionalização da propriedade intelectual, destacando o multiculturalismo brasileiro e a importância da cultura na formação do Estado, além dos conflitos entre o desenvolvimento da educação e da cultura e a margem de proteção concedida às criações intelectuais. A autora também realizou uma análise comparativa e histórica sobre a função social dos direitos autorais e as interpretações do conceito de propriedade.

A busca pelo equilíbrio entre os espaços privados e públicos das obras culturais é a principal preocupação da monografia

A Função Social da Propriedade Intelectual na Era das novas Tecnologias, de Rodrigo Moraes. O autor analisa como os novos desafios impostos pela era digital impelem a mudanças na lei de direito autoral (LDA 1998) e podem, inclusive, buscar aperfeiçoamentos nos seus conceitos, na sua estrutura e na sua relação entre direitos e deveres de autores e empresas. O texto reconstrói o histórico dos direitos autorais. Enfocando o percurso de revolução da imprensa de Gutenberg, passando pela consolidação do copyright até a emergência da Internet, o autor mostra que os direitos autorais foram, primeiramente, uma conquista do mercado editorial. Os criadores e os autores, segundo Moraes, foram historicamente lesados nos seus possíveis direitos. Por isso, a tônica da monografia é a personalização do direito autoral, sendo investigadas as possibilidades de livre cooperação criativa e artística propiciadas pelas tecnologias digitais.

Em *A Eficácia do Direito Autoral Face à Sociedade da Informação: uma questão de instrumentalização na obra musical?*, Fábio Barbosa Pereira apresenta os desafios das novas modalidades de utilização das obras com ênfase na função social da propriedade intelectual. O autor discorre sobre o Direito Autoral na era digital e da sociedade de informação, apresentando os adventos da modernidade, as inovações tecnológicas no campo da música e as necessidades de mudanças e adequação da legislação autoral para divulgação da criatividade humana com respeito à proteção da propriedade intelectual. A preocupação primordial do autor desta monografia é a divulgação eletrônica das obras musicais diante do surgimento e da expansão das novas mídias e dos novos formatos de gravação e de reprodução. Eis então uma

inquietação: “é possível a coexistência do Direito Autoral com a Sociedade da Informação, mais precisamente com a Internet?”, indaga Fábio Barbosa. Ao buscar uma resposta, o autor analisa os instrumentos e princípios da sociedade de informação, apresenta os avanços da Internet, o surgimento e difusão do MP3 como formato para distribuição de obras musicais e a proteção ao Direito Autoral na legislação brasileira.

Alfredo Manevy

Secretário de Políticas Culturais

Sumário

A proteção de obras musicais caídas em domínio público.	19
Introdução.	21
1. ASPECTOS GERAIS	25
2. DOMÍNIO PÚBLICO.	66
3. IMPLEMENTAÇÃO DO DOMÍNIO PÚBLICO	131
CONSIDERAÇÕES FINAIS.	158
A função social dos direitos autorais: uma perspectiva constitucional e os novos desafios da sociedade de informação	173
INTRODUÇÃO.	174
1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL	177
2. RETROSPECTIVA HISTÓRICA DO DIREITO DE PROPRIEDADE E A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO AUTORAL	189
3. OS DIREITOS AUTORAIS NA ATUALIDADE	212
CONCLUSÃO.	233
REFERÊNCIAS.	234
A função social da propriedade intelectual na era das novas tecnologias.	237
INTRODUÇÃO.	239
1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO AUTORAL	245
2. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL	260
3. REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO AUTORAL	267
4. CONFLITOS EM RELAÇÃO AO DOMÍNIO PÚBLICO.	287
5. CONFLITOS ENTRE INTERESSES PÚBLICO E PRIVADO NA ERA DAS NOVAS TECNOLOGIAS.	303
6. PROJETO GENOMA HUMANO E A FUNÇÃO SOCIAL DAS PATENTES	327
CONCLUSÕES	342
REFERÊNCIAS.	348
A eficácia do direito autoral face à sociedade da informação: uma questão de instrumentalização na obra musical?	355
AGRADECIMENTOS.	357
INTRODUÇÃO.	358
1. A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: SEUS INSTRUMENTOS, PRINCÍPIOS E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO.	364
2. O DIREITO AUTORAL, PRINCÍPIOS E LEGISLAÇÕES VIGENTES	393
3. TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO E EFICÁCIA SOCIAL NA VISÃO REALEANA	413
4. O PARADOXO DA INSTRUMENTALIZAÇÃO RECÍPROCA ENTRE SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E DIREITO AUTORAL.	423
Considerações finais	427
Referências	431

A proteção de obras musicais caídas em domínio público

Maurício Cozer Dias

Introdução

A música está presente no dia-a-dia da humanidade desde os tempos pré-históricos. Sua importância cultural e comercial é inquestionável. O cotidiano está muito ligado à música, desde o momento em que se acorda até quando se deita. Em casa, no trabalho, nos momentos de entretenimento, nos cultos religiosos, enfim, em todos os aspectos da vida humana a música se faz sentir.

Com o advento do rádio, do cinema, da televisão, da Internet e de outras formas de comunicação, a difusão musical se tornou maciça, a música também se tornou um produto que movimentava cifras incalculáveis em todo o mundo numa gama infindável de atividades.

Em função das novas tecnologias e do surgimento de novas formas de comunicação, o direito autoral vem enfrentando batalhas árduas para combater a pirataria. Tanto governos quanto entidades de titulares têm se esforçado para conscientizar o público das consequências das utilizações ilícitas, bem como para coibir essa prática.

O foco deste trabalho, entretanto, não está voltado para o estudo de medidas de proteção de obras que estão protegidas patrimonialmente, pois a estrutura legislativa, corporativa e empresarial montada e em constante aperfeiçoamento é suficiente para enfrentar e dirimir as questões relativas às novas tecnologias e novas utilizações delas.

O objetivo deste trabalho foi abordar a situação da proteção conferida às obras cujo prazo de proteção já expirou ou, ainda, por outra hipótese legal, estão no domínio público, podendo e devendo ser disponibilizadas e utilizadas livremente. Assim, enquanto a grande maioria dos estudos da propriedade intelectual, mais especificamente do direito autoral, preocupa-se com a defesa daquilo que está protegido este trabalho se preocupa com todo o acervo musical brasileiro que não goza mais da proteção patrimonial autoral, embora goze da proteção autoral moral e constitucional sendo obras integrantes de nosso patrimônio artístico cultural.

Além das obras musicais, serve este estudo para conscientizar os operadores do direito e profissionais da área autoral da importância das obras caídas em domínio público como integrantes do patrimônio artístico cultural, da memória artístico-cultural e da identidade artística brasileira. Nas demais áreas do direito autoral, como a literatura, o teatro, a fotografia, a pintura, entre tantas outras, também é aplicável *mutatis mutandis* o objeto desse trabalho, como forma de completar o ciclo da função social da proteção intelectual.

A idéia da pesquisa adveio da constatação da inexistência de bancos de dados, de bibliotecas, de arquivos públicos ou associativos que disponibilizem as obras musicais brasileiras caídas em domínio público. Com certeza, esse acervo musical existe e deveria estar acessível aos cidadãos para que eles pudessem estudar a evolução da história musical brasileira, utilizar as obras, as partituras, as letras, conhecer seus autores, enfim, entrar em contato com esses bens, integrantes da memória musical e sociológica brasileiras.

Para tanto, primeiro foram abordadas as questões do direito intelectual como um todo, bem como os reflexos da sociedade de informação crescente. Também foram abordados os princípios do direito intelectual, que devem ser analisados em conjunto, tratados como pilares do direito intelectual. As definições conceituais são trazidas ao leitor aliadas às novas formas de comunicação e aos novos suportes, concluindo um panorama inicial do tema proposto.

Após os tópicos supra mencionados, é abordada toda a temática específica do domínio público em todos os ramos do direito intelectual e, principalmente, no direito autoral. Toda a legislação brasileira foi pesquisada, levantando cada sistemática de domínio público já existente no direito pátrio, possibilitando uma visão da evolução do instituto, bem como o seu regramento na legislação comparada de Portugal, da Bolívia e dos Estados Unidos da América do Norte.

As convenções internacionais também foram objeto de estudo, incluindo os mecanismos internacionais para a proteção do patrimônio cultural e imaterial da humanidade. Além de toda a legislação nacional e supranacional, foram pesquisadas as organizações internacionais e toda a estrutura associativa nacional e internacional envolvidas na defesa dos direitos autorais.

A questão do registro das obras e sua evolução na legislação brasileira não poderiam deixar de ser objeto do presente estudo por estar ligada à possibilidade de sistematização das obras musicais caídas em domínio público.

Traz ainda esta monografia referências sobre as principais instituições brasileiras que podem e devem contribuir para a criação de um banco de dados de obras musicais caídas em domínio público, tais como: a Biblioteca Nacional e a Escola de Música, caracterizando as obras em domínio público como integrantes do patrimônio artístico cultural brasileiro e ainda, os mecanismos processuais destinados à proteção desse inestimável acervo.

Encerra-se o presente trabalho com uma análise das entidades de gestão coletiva existentes na área musical brasileira e do Ministério da Cultura e seus papéis na criação e disponibilização de um acervo desse gênero de obras musicais.

O tema certamente é de relevância pública para a criação de uma política cultural de maciça difusão artística do acervo de obras em domínio público, difundindo a arte nacional no Brasil e no mundo. Tornando acessível esse imenso patrimônio serão perpetuadas as raízes culturais brasileiras e será ampliado o acesso dos cidadãos a toda produção artística nacional, completando o ciclo e objetivo da proteção da atividade intelectual.

1. ASPECTOS GERAIS

1.1 Objeto do Direito Intelectual

O direito intelectual abrange todos os segmentos do direito ligados à atividade intelectual, às criações, às invenções do espírito humano. Tecnicamente, a invenção é diferente da criação, que é diferente da descoberta. O direito industrial tem um foco diferente do autoral, porém, os direitos e obrigações decorrentes dessa atividade intelectual possuem pontos comuns que devem ser estudados em conjunto.

Atualmente, existem vários ramos dentro desse segmento que se destacam, tais como: o direito autoral relativo às criações do espírito humano, notadamente as atividades literárias e artísticas, que envolvem o tema desse trabalho. O direito industrial tem como objeto as marcas, as patentes, os modelos de utilidade e os desenhos industriais, mais voltados para a área empresarial. O direito de software regula os direitos sobre programas de computadores, algo muito relevante no estágio atual de nossa sociedade, que tem seu nível de desenvolvimento ligado ao domínio e à utilização da informática. Finalmente, há o biodireito, que tem como objeto o trabalho intelectual voltado às alterações ou criações de novos organismos animais ou vegetais: os transgênicos.

Cada ramo do direito intelectual assumiu na sociedade contemporânea uma posição estratégica em face de sua importância

econômica, tecnológica, cultural. Toda uma gama de leis nacionais e acordos internacionais foram elaborados para regular esses novos ramos, que possuem pontos em comum, sendo um deles o domínio público.

O conhecimento, o estudo, a pesquisa desse conjunto de normas é imprescindível, pois o direito intelectual vem assumindo posição de destaque nas negociações comerciais, ligadas à repressão da pirataria, cinema, televisão, transferência de tecnologia, Internet, alimentos geneticamente modificados e suas conseqüências.

A doutrina atualmente classifica o direito industrial, que trata das marcas, patentes, desenhos industriais e modelos de utilidade, como ramo do direito comercial¹. O direito autoral trata das obras literárias, artísticas e científicas, como ramo do direito civil. O direito de software vem sendo estudado dentro da sistemática autoral, portanto, como direito civil. O biodireito, por possuir semelhanças com as patentes, vem sendo estudado dentro da sistemática industrial, ou seja, dentro do direito comercial.

Pode-se afirmar que com a unificação do direito privado, ocorrida com o novo Código Civil, tanto direito autoral quanto direito industrial estariam unificados na nova sistemática, uma vez que se trata de direitos notadamente privados.

Porém, cumpre observar que esses ramos específicos possuem características muito próprias e peculiares, necessitando de uma

1 Nesse sentido, cf. PAES, P. R. Tavares. *Nova lei da propriedade industrial: lei nº 9279 de 14.05.96: anotações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 14.

sistematização particular para entendimento mais profundo de seus institutos. A sistematização do direito intelectual, reunindo esses novos ramos do direito que estão em franca expansão, é muito importante para sua exata compreensão e manuseio.

1.2 Importância do Direito Intelectual na Sociedade de Informação e Tecnologia Globalizada

O direito intelectual formado pelo direito industrial, autoral, informático e de cultivares, enfrenta a transformação imposta pela informática e pela rede internacional que tornou instantânea a troca de arquivos de informação com os conteúdos mais variados.

Ajustar as imposições legais do direito intelectual, que tem por missão proteger os autores e as empresas titulares desses direitos, é o grande desafio do novo milênio, sem contudo, descuidar das obras não mais patrimonialmente protegidas.

José Carlos Tinoco ao comentar o direito industrial tratando da importância desse segmento do direito afirma:

Considerando que a riqueza de um País depende de sua produção agrícola, manufatureira ou industrial, chegaremos à conclusão que para o melhor aproveitamento e desenvolvimento é necessária a colaboração direta do homem. Se o homem continuasse a se utilizar das coisas da natureza tal como se encontram ou com pequenos melhoramentos, jamais sairíamos do estágio inicial, todavia, para o bem da própria humanidade o homem foi evoluindo e muito tem ainda a alcançar.

Através desse desenvolvimento nota-se que o homem foi, a princípio, artesão, isto é, o trabalhador autônomo, por ser

patrão de si mesmo, mais tarde se transformou em manufatureiro, ou o precursor da grande indústria, e logo após, em industrial. Hoje, pode-se dizer, que o homem é tecnólogo. Sua indústria depende da pesquisa e do trabalho de equipe. Para a fabricação de um simples alfinete ou um complicadíssimo cérebro eletrônico necessita o homem do trabalho intelectual de uma equipe. Vale dizer, portanto, que não está mais sozinho sob o regime da produção.²

A expansão da indústria, a produção de riquezas, o domínio comercial e cultural, estão diretamente ligados aos ramos do direito intelectual. Sua importância vem aumentando notadamente nos últimos anos, uma vez que o nível de incremento tecnológico aumenta na sociedade. Porém, necessário é compatibilizar o sistema legal intelectual com as novas realidades impostas pela sociedade informacional globalizada.

Nesse sentido, afirma o autor italiano Luigi Carlo Ubertazzi: *“In questo quadro generale si inserisce il problema particolare della ricollocazione dei diritti d’autore e connessi nel quadro della società dell’informazione globale [...] Quest’evoluzione muta radicalmente gli scenari dell’economia e del diritto”*³.

Porém, fato que não pode escapar à argúcia deste trabalho é que o direito intelectual está vinculado aos investimentos que

2 SOARES, José Carlos Tinoco. *Comentários à lei de patentes, marcas e direitos conexos: lei nº 9.279 – 14.05.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 26-27.

3 UBERTAZZI, Luigi Carlo. *I diritti d’autore e connessi*. 2.ed. Milão: Giuffrè Editore, 2003. p. 16.

um país, seja através da iniciativa privada, seja através da iniciativa pública, faz em educação e cultura. Sem educação, como falar em produção de cultura ou tecnologia?

O Brasil possui um histórico de analfabetismo e consumo de cultura e tecnologias estrangeiras que vem sendo modificado nos últimos anos. O esforço das esferas administrativas em aprimorar o sistema educativo básico e universitário é visível.

As leis de incentivo à cultura demonstram a iniciativa do Poder Executivo brasileiro em suas esferas federais, estaduais e municipais em reverter esse quadro, estimulando os autores e a produção cultural com incentivos fiscais.

Relevante é a afirmação do Diretor Superintendente do Instituto Itaú Cultural sobre a produção de cultura no Brasil, abaixo transcrita.

Trabalhar com cultura em um país como o Brasil é um desafio e tanto. Se, por um lado, é um país de rico patrimônio artístico-cultural, marcado pela diversidade e criatividade de seu povo e de sua arte, por outro ainda possui profundas desigualdades sociais, o que faz com que nem sempre o acesso aos bens culturais seja amplo e democrático.⁴

Desde o advento das leis de incentivo à cultura,⁵ muitos projetos culturais se tornaram realidade, como filmes brasileiros que

4 RIBENBOIM, Ricardo. In: CESNIK, Fábio de Sá. *Guia do incentivo à cultura*. Barueri: Manole, 2002. p. 11.

5 Lei Rouanet nº 8.313 de 23 de Dezembro de 1991; Lei do Audiovisual nº 8.685 de 20 de Julho de 1993; Lei Fazcultura, da Bahia nº 7.015 de 09 de Dezembro de 1996; Lei Mendonça, do município de São Paulo nº 10.923 de 30 de Dezembro de 1990.

conseguiram destaque internacional, verificando-se uma situação mais favorável à produção cultural no Brasil.

A universidade brasileira granjeou vitórias no campo da pesquisa, com a produção de uma quantidade cada vez maior de cientistas. Todavia, considerando-se as dimensões do país, bem como de sua população, percebe-se que estamos muito aquém do que poderíamos produzir intelectualmente.

O povo brasileiro possui uma cultura riquíssima, uma criatividade reconhecida em todo o mundo, mas, mesmo assim, consumimos mais cultura estrangeira do que nacional.

Este pesquisador, em sua infância, estranhava as rádios tocarem predominantemente músicas americanas. Não conseguia entender por que as pessoas ouviam músicas de que não podiam entender as letras, pois não sabiam o que as músicas diziam.

Esse comportamento era uma incógnita até se perceber que as pessoas gostavam do ritmo e do som das músicas americanas. Era o poder da influência cultural, que também se dissemina pelo vocabulário, pela vestimenta, pelo cinema, pela alimentação, enfim, toda uma dominação cultural, todo um aparato de consumo cultural. Cumpre constatar que a indústria cultural americana ocupa o terceiro lugar em número de produtos de exportação, gerando emprego e renda naquele país.⁶

A realidade da sociedade de informação em sua íntima ligação com os direitos intelectuais é tão grande que o Parlamento da

6 Cf. CESNIK, Fábio de Sá. *Guia do incentivo à cultura*, p. 3.

Comunidade Européia editou a Diretiva nº 29 de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade de informação.

O item 2 dos considerandos da respectiva Diretiva merece ser transcrito:

(2) O Conselho Europeu reunido em Corfu em 24 e 25 de Junho de 1994 salientou a necessidade de criar, a nível comunitário, um enquadramento legal geral e flexível que estimule o desenvolvimento da sociedade da informação na Europa. Tal exige, nomeadamente, um mercado interno para os novos produtos e serviços. Existe já, ou está em vias de ser aprovada, importante legislação comunitária para criar tal enquadramento regulamentar. **O direito de autor e os direitos conexos desempenham um importante papel neste contexto, uma vez que protegem e estimulam o desenvolvimento e a comercialização de novos produtos e serviços, bem como a criação e a exploração do seu conteúdo criativo.** (grifo nosso).⁷

Os direitos autorais passam a ser ponto pacífico na harmonização legislativa dos blocos econômicos surgidos com a globalização. Nesse sentido, também há esforços para harmonizar e regular os direitos de autor e conexos no âmbito do Mercosul, surgindo mais um reforço no direito intelectual, que conta com normas nacionais, internacionais e, agora, com normas comunitárias dos blocos que vêm se formando na economia mundial.

No Mercado Comum da América do Sul, foi firmado um Acordo de Harmonização de Normas de Propriedade Intelectual, deno-

7

<<http://www.min-cultura.pt>>. Acesso em 20 set. 2004.

minado AANPI, aprovado pelo Conselho do Mercado Comum, no âmbito do Tratado de Assunção.

Segundo Assafim⁸, o processo de harmonização e regulamentação de direitos intelectuais, dentre outros, no contexto do Mercosul, é uma etapa de um processo maior de harmonização e união que tem vistas à área de livre comércio das Américas, a ALCA.

Em nossa época, as pessoas possuem acesso cada vez maior à rede mundial, sendo esse um meio de comunicação dos mais eficazes, rápidos e abrangentes. Um meio onde obras de todos os gêneros são difundidas e adquiridas, atingindo bilhões de pessoas em todo o mundo. Há uma necessidade premente de regular a questão dos direitos autorais, tanto pelo aspecto econômico quanto pelo aspecto moral.

Para se ter uma idéia do poder de difusão da rede mundial e da importância da regulamentação dos direitos autorais nesse meio, cumpre mencionar a pesquisa de portais que contém alguma informação sobre domínio público de língua inglesa, 'public domain in copyright', resultando em mais de cinquenta páginas com base no portal de pesquisas da rede mundial de computadores '*Google*'.

Trata-se de uma infinidade de informações, trabalhos e obras de todos os gêneros que são acessados de forma instantânea em vários países do mundo, podendo ser copiados e utilizados de

8 ASSAFIM, João Marcelo. La Propiedad intelectual en el mercado común del sur. *Arquivo do Ministério da Justiça*, Brasília, v. 48, n. 186, p. 139-175, jul./dez. 1995.

forma ilícita. Entretanto, o poder de difusão desse novo meio de comunicação compensa as vicissitudes autorais, sendo os benefícios para a humanidade muito maiores que as perdas autorais que estão sendo seriamente combatidas tanto pelos titulares quanto pelos governos e pelas entidades de proteção coletiva.

1.3 Pilares do Direito Intelectual

O direito intelectual possui características muito próprias. É, com certeza, direito privado, porém possui reflexos muito importantes no campo do direito público. Possui importante e farta normatização internacional, mas é nas legislações pátrias que é efetivamente regulado.

Nas faculdades de Direito, ele é estudado de forma fragmentada: parte na disciplina de direito comercial, o direito industrial; parte na disciplina de direito civil, o direito autoral. Muitas grades escolares sequer contemplam o direito de software, ou o biodireito.

Falta unidade no ensino do direito intelectual, pois este possui características próprias que se perdem quando estudadas separadamente. Tais características serão abordadas aqui, no sentido de construir uma linha de entendimento de todas as características próprias do direito intelectual.

Nesse sentido, Sherwood⁹, também elenca elementos comuns no estudo da propriedade intelectual. Para o referido autor 8 (oito)

⁹ SHERWOOD, Robert M. *Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico*, p. 37.

são os elementos comuns da proteção da propriedade intelectual tais como: a exclusividade, o mecanismo para a criação de um direito exclusivo; a duração desse direito de exclusividade; o interesse público; a negociabilidade; os acordos entre as nações; a vigência da exclusividade e os arranjos de transição para efeitos de mercado.

Diferentemente do autor supra citado, serão tratados nesse trabalho como pilares do direito intelectual 5 questões fundamentais de toda essa sistemática, excluído o domínio público que também é um pilar, que será tratado, porém, em tópico apartado.

1.3.1 A Exclusividade

Todas as disposições relativas a direito intelectual, nacionais ou de outros países ou, ainda, a supranacional, garantem o direito de exclusividade aos autores ou inventores. Desde o Estatuto da Rainha Ana de 1710, na Inglaterra¹⁰, o privilégio da exclusividade sempre foi deferido como direito fundamental aos titulares.

A exclusividade é uma das principais garantias concedidas aos autores e inventores previstas na Constituição pátria de 1988, em seu art.5º, incisos XXVII e XXIX, que proclamam:

“[...] aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar; [...]”.

10 Nesse sentido, ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito autoral, p. 4. ; SANTIAGO, Oswaldo. Aquarela do direito autoral, p. 13.

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 [...].

O mandamento constitucional é completado pelas normas infra-constitucionais. No caso da legislação autoral o art. 28 da Lei nº 9.610/98 dispõe: “Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica”.

A legislação nacional de programas de computador, nº 9.609/98, em seu artigo segundo, também defere a exclusividade ao autor das criações informáticas nos seguintes termos:

“Art. 2º, § 5º, inclui-se dentre os direitos assegurados por esta Lei e pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País aquele direito exclusivo de autorizar ou proibir o aluguel comercial, não sendo esse direito exaurível pela venda, licença ou outra forma de transferência da cópia do programa”.

Aqui deve ser analisado um possível paradoxo entre a essência da atividade cultural e sua necessária difusão e o regime de exclusividade previsto pela lei. O criador de uma obra sempre deseja que sua criação circule e faça sucesso. Pode-se dizer que a intenção do criador é que sua obra esteja “na boca e nos ouvidos do povo” como diz o adágio popular.

Seria, então, o regime de exclusividade um empecilho à circulação das obras? A resposta deve ser negativa; não há nenhum paradoxo entre o regime de exclusividade e a circulação das

obras ou inventos. Legalmente, a intenção do legislador pátrio e dos legisladores estrangeiros foi conferir a possibilidade dos criadores de exigir a retribuição pela utilização de suas obras, bem como poder protegê-las de utilizações ilícitas, sem, contudo, inibir sua circulação.

Com certeza, quando as primeiras normas sobre inventos ou sobre obras foram editadas, o consumo era muito menor, a propagação não era industrializada, ou globalizada como se tornou. Foi no contexto medieval que a exclusividade foi concebida; porém, esse pilar resiste inalterado até os dias de hoje, acompanhado de outros alicerces que dão força a esse arcabouço jurídico.

A doutrina atual ao tratar da exclusividade assevera:

O direito autoral é um monopólio do autor. Mas um monopólio temporário. Ele não é absoluto.

Ocorre com a obra de criação um fenômeno que a diferencia de qualquer outro tipo de produto humano. A arte destina-se ao público e seu objetivo maior é alcançar uma universalidade tão ampla quanto possível.

Muito se discutiu sobre a natureza da obra de arte. Ela tem uma natureza incorpórea. Há, na obra de arte, algo que a torna diferente pela emoção que transmite. Neste caso, ela transcende do bem material em si, da base em que está fixada, para transformar-se em algo imaterial que a lei reconhece como tal.¹¹

11 CABRAL, Plínio. *A Nova lei de direitos autorais*, p. 110

A exclusividade, como visto, em qualquer legislação, industrial, autoral, cultivar, tem como objetivo permitir ao criador e ao inventor a exploração econômica do fruto de sua atividade intelectual, corporificada em qualquer tipo de suporte.

Atualmente a Internet está provocando uma grande discussão na área autoral em razão da criação de portais que oferecem músicas gratuitamente. A gravação e a troca de arquivos musicais na rede mundial foi mais um grande golpe na indústria fonográfica, que tem resistido bravamente com o apoio das legislações autorais dos países e de seus respectivos poderes judiciários.¹²

As perdas são sensíveis. Do ponto de vista jurídico, os titulares e a indústria são vítimas da combinação da inovação tecnológica e da conduta de cidadãos que preferem violar a lei a adquirir os produtos e pagar os direitos autorais e todos os encargos decorrentes. Certamente essa situação demonstra os influxos de uma sociedade tecnológica consumista, que atinge o pilar secular da exclusividade como ondas do mar.

1.3.2 Reciprocidade

Assim como a exclusividade está presente em todos os diplomas intelectuais, tanto no nosso país como nas legislações de outros países e nas convenções internacionais, a reciprocidade de

12 Segundo matéria veiculada na Revista Época, nos EUA o Poder Judiciário impediu o funcionamento do Napster, portal de músicas que permitia que usuários baixassem músicas protegidas sem o pagamento dos direitos autorais. Atualmente a batalha judicial se dirige contra o portal KazaA que permite em média a conexão de 3 milhões de pessoas simultaneamente para baixar músicas e audiovisuais, sem o pagamento de direitos autorais. (In: Revista Época 03 fev. 2003, p. 82-83).

proteção de autores e inventores entre a grande maioria dos países também se faz presente e necessária, em razão da difusão das obras sem observância de fronteiras.

O artigo 2º do diploma autoral vigente prevê a proteção assegurada aos estrangeiros domiciliados no exterior, constante dos acordos, convenções e tratados em vigor no Brasil, sendo principalmente aplicáveis a Convenção de Berna, o Tratado Sobre Aspectos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, na área autoral e os Acordos administrados pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual (O.M.P.I.).

Art. 2º. Os estrangeiros domiciliados nos exterior gozarão da proteção assegurada nos acordos, convenções e tratados em vigor no Brasil.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei aos nacionais ou pessoas domiciliadas em país que assegure aos brasileiros domiciliados no Brasil a reciprocidade na proteção aos direitos autorais equivalentes.

Esta norma da lei autoral é consectária da garantia constitucional insculpida no artigo 5º, § 2º, bem como do artigo 1 da Convenção de Berna abaixo transcritos:

Constituição Federal, art. 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Convenção de Berna, art. 1: “Os países a que se aplica a presente Convenção constituem-se em União para a proteção dos direitos dos autores sobre suas obras literárias e artísticas”.

A atual lei de marcas e patentes nº 9.279/96 possui a mesma sistemática e determina em seu artigo 3º:

Aplica-se também o disposto nesta Lei:

I – ao pedido de patente ou de registro proveniente do exterior e depositado no País por quem tenha proteção assegurada por tratado ou convenção em vigor no Brasil; e

II – aos nacionais ou pessoas domiciliadas em País que assegure aos brasileiros ou pessoas domiciliadas no Brasil a reciprocidade de direitos iguais ou equivalentes.

Assim, a intenção do legislador foi diferenciar o tratamento legal dos titulares em razão da reciprocidade de proteção autoral concedida em seu país de origem.

Podemos exemplificar a questão da seguinte forma:

A utilização de uma obra musical, aqui no Brasil, de um compositor cujo país não outorgue a mesma proteção ao autor nacional será regulada pelos acordos ou convenções internacionais em vigor no Brasil, especificamente a Convenção de Berna.

A utilização de uma obra de titular estrangeiro, mesmo que domiciliado no exterior, será regulada pela Lei nacional, se, no país de origem do titular estrangeiro, for assegurada proteção equivalente ao titular nacional, ou se o seu país for aderente às normas convencionais.

Em nosso país, as entidades estrangeiras de direitos autorais decorrentes de execução musical, por exemplo, são represen-

tadas pela União Brasileira de Compositores (UBC), por força de contratos de reciprocidade devidamente registrados em cartório público, recebendo esta entidade os direitos arrecadados em razão da execução de obras musicais internacionais no Brasil e repassando os valores arrecadados para as respectivas entidades representativas no exterior, conforme abordado em obra de autoria deste pesquisador.¹³

A reciprocidade na proteção autoral é extremamente importante para os titulares, principalmente no contexto de uma economia de consumo massificado e globalizado como se possui atualmente. Esse princípio possibilita aos titulares de direitos autorais um tratamento mais benéfico perante as legislações de outros países, sendo que, via de regra, gozarão de um tratamento como se fossem nacionais daquele país, tornando-os cidadãos do mundo, conforme se verificará no item que aborda as convenções internacionais.

1.3.3 A Autorização Prévia

A autorização prévia é outro fundamento da sistêmica intelectual que não pode deixar de ser analisado, pois é muito importante no contexto da proteção desses direitos.

É consectário do direito de exclusividade abordado no item anterior e está previsto na lei autoral em seus artigos 29 e 68 abaixo transcritos:

13 DIAS, Maurício Cozer. *Utilização musical e direito autoral*, Campinas: Book-seller, 2000.

Art. 29. “Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, [...]”.

Art. 68. “Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas”.

Aqui, mais uma vez, procurou o legislador dar condições legais aos titulares de exigirem principalmente os seus direitos patrimoniais decorrentes da utilização de qualquer obra.

Em verdade, na prática, não é tarefa simples o cumprimento de tal preceito em todas as áreas em que a obra pode ser utilizada. Na área de execução musical, geralmente a autorização prévia é concedida pelas entidades de gestão coletiva que representam os titulares como se verá em tópico a seguir.

Assim, a regra é a necessidade da obtenção prévia e expressa da autorização do autor de uma obra protegida para que a utilização não seja ilícita. Esta norma, de cunho notadamente patrimonial, tem repercussões muito importantes na sistêmica de proteção intelectual, devendo fazer-se refletir na prestação jurisdicional como se verá.

Desta forma, os usuários de programas de computador, de inventos industriais, de obras artísticas, literárias ou científicas devem obter, antes da utilização, a autorização do titular ou de quem o represente.

Este tipo de comando legal define um tipo de tutela impeditiva que possibilita aos titulares agir judicialmente para impedir

utilizações desautorizadas. Este tipo de tutela deve ser aplicado pelo poder judicante, impedindo as utilizações desprovidas de autorização prévia e expressa. É uma tutela que foge um pouco da rotina judicial que normalmente trabalha com a tutela ressarcitória em que a obrigação é decorrente do ato ilícito.

Nesse sentido, deve o julgador ter ciência dessa importante peculiaridade da sistêmica intelectual para não aplicar a lei erroneamente em prejuízo dos titulares.

1.3.4 O Associativismo e a Gestão Coletiva

A representação dos titulares por suas entidades de gestão coletiva é outro pilar da proteção intelectual que não pode deixar de ser analisado. A Constituição Federal em seu artigo 5º, XXVIII, 'b', garante aos titulares e suas entidades representativas o direito da fiscalização do aproveitamento econômico das obras, nos seguintes termos:

Art.5º, XXVIII, 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; [...]"

Cumprindo observar, que não há em constituições de outros países garantia semelhante, provando a pujança da Carta Magna brasileira nesse segmento tão estratégico do direito e da sociedade moderna.

O associativismo se encontra mais fortalecido na área autoral em face de uma maior difusão das obras em comparação com os inventos industriais. Na área de programas de computador, o associativismo vem ganhando força para combater a pirataria de programas e a globalização da utilização não autorizada.

A lei autoral, em perfeita sintonia com a Lei Maior, garante às entidades associativas, em seu artigo 97, a possibilidade de defesa e representação dos titulares, nos seguintes termos:

Art. 97. “Para o exercício e defesa de seus direitos, podem os autores e titulares de direitos conexos associar-se sem intuito de lucro”.

Para possibilitar a atuação judicial das associações em benefício dos titulares, o artigo 98 do mesmo diploma dispõe:

Art. 98. “Com o ato de filiação, as associações tornam-se mandatárias de seus associados para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial e extrajudicial de seus direitos autorais, bem como para sua cobrança”.

A existência e o reconhecimento das entidades coletivas protetoras desses direitos são imprescindíveis para a sistêmica intelectual. A idéia é que toda a utilização seja autorizada por seu criador ou inventor, ou pela entidade que o represente, para que ele possa viver do aproveitamento econômico de sua criação.

Porém, se os criadores tivessem que cuidar das autorizações não lhes sobriaria tempo para continuarem criando. Ademais, os titulares não podem estar em todos os lugares em que suas obras são utilizadas, sendo inviável a administração dos direitos intelectuais única e exclusivamente pelos seus titulares, além de ser,

culturalmente, uma perda de potencial cerebrino, caso somente os titulares pudessem exercer seus direitos.

A importância das entidades de gestão coletiva no direito autoral é tão patente em todo o mundo, que a Organização Mundial da Propriedade Intelectual reconhece sua importância e a estimula.

“Por gestión colectiva se entiende el ejercicio del derecho de autor y los derechos conexos por intermedio de organizaciones que actúan en representación de los titulares de derechos, en defensa de sus intereses”.

[...] Cada año, una cadena de televisión difunde un promedio de 60.000 obras musicales; en teoría, habría que ponerse en contacto con cada uno de los titulares de derechos sobre esas obras para solicitar la debida autorización. Es evidente la imposibilidad material de gestionar esas actividades de forma individual, tanto para el titular de derechos como para el usuario; de hay la necesidad de crear organizaciones de gestión colectiva cuyo cometido es el de ocuparse de los problemas que se plantean entre usuarios y titulares de derechos en esas esferas fundamentales.¹⁴

Este contexto fático e fundamental da sistêmica intelectual é mencionado pelo autor Plínio Cabral em sua obra¹⁵, nos seguintes termos:

A arte não tem fronteiras. Os meios de comunicação multiplicam-se. Autores e usuários, evidentemente, não podem manter

14 <<http://www.wipo.int>>. Acesso em 10 mar. 2004.

15 CABRAL, Plínio. *A Nova lei de direitos autorais*, p. 220.

contato pessoal para negociar direitos autorais. Isto seria impraticável e até mesmo impossível.

A OMPI reconheceu a necessidade das associações gestoras de direitos autorais.

Ao citar Isabel Spín Alba sobre esse tema continua o autor¹⁶:

Tendo em conta a massificação do processo de comunicação de obras intelectuais, derivada da ampliação do número de usuários e da transposição de fronteiras, é praticamente impossível que um autor ante tamanha dispersão territorial e temporal, controle a utilização de sua obra.

Essa garantia constitucional inexistente em outros ordenamentos constitucionais possibilitando a atuação das associações de titulares somente deixa clara a profundidade da proteção intelectual outorgada pela Lei Maior que deve refletir em todo o ordenamento infra-constitucional, garantindo uma proteção eficaz aos titulares.

No Brasil, existem várias entidades de gestão coletivas correlatas às suas atividades específicas. Na área da música, há doze (12) associações de titulares relacionadas a obras e profissionais da música e um escritório central que unifica o sistema arrecadatório e distribuidor dos direitos relativos à execução musical, que será oportunamente esmiuçado.

Na área das obras literárias, há a Associação Brasileira de Direitos Reprográficos (ABDR) que fiscaliza a reprodução de obras lite-

16 ALBA, Isabel Spín. *Contrato de edición literaria*, 1994. apud Op. cit. p.221.

rárias. No que diz respeito às obras teatrais existe a Sociedade Brasileira de Artistas de Teatro (SBAT).

No campo da informática, atua a Associação Brasileira das Empresas de Software (ABES) que fiscaliza a utilização de programas de computador.

Sem tais entidades, os respectivos titulares não teriam como viabilizar uma observância efetiva dos seus direitos autorais, o que prejudicaria certamente a produção intelectual.

1..3.5 A Tutela de Impedimento

Por último, é importante abordar a tutela de impedimento que também é um pilar da sistemática protetora intelectual.

Na lei autoral, essa proteção é conseqüente dos artigos 29, 68, já transcritos, bem como, no artigo 105, abaixo analisado, que deferem aos titulares o direito de impedirem quaisquer utilizações desprovidas de autorização prévia.

Art. 105. A transmissão e a retransmissão, por qualquer meio ou processo, e a comunicação ao público de obras artísticas, literárias e científicas, de interpretações e de fonogramas, realizadas mediante violação aos direitos de seus titulares, **deverão ser imediatamente suspensas ou interrompidas pela autoridade judicial competente**, sem prejuízo da multa diária pelo descumprimento e das demais indenizações cabíveis, independentemente das sanções penais aplicáveis; caso se comprove que o infrator é reincidente na violação aos direitos dos titulares de direitos de autor e conexos, o valor da multa poderá ser aumentado até o dobro. (grifo nosso).

O estudo em conjunto dos artigos 29, 68, e 105 do diploma autoral, em conjunto com a norma constitucional, deixa claro o tipo de tutela impeditiva deferida aos titulares para evitar a violação de seus direitos.

O legislador prestigiou uma tutela impeditiva, diferenciada da tutela ordinária ressarcitória decorrente dos atos ilícitos que deve ser imposta pelo poder judicante.

Este tipo de tutela também é peculiar na proteção dos direitos decorrentes da propriedade industrial, onde o titular da carta patente tem o direito de impedir que terceiros utilizem indevidamente sua invenção, nos termos do artigo 42 infra transcrito:

Art. 42. “A patente confere ao seu titular o direito de **impedir terceiro**, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos” (grifo nosso).

O objetivo principal da tutela impeditiva é o de impedir a utilização ilícita, ao invés do titular ou a entidade que o represente pleitear o ressarcimento pela ilegalidade. Agindo assim, a idéia do legislador foi prestigiar o direito de exclusividade e a obtenção da autorização prévia e expressa, que, do contrário, certamente cairiam por terra em prejuízo de todo o sistema de proteção intelectual.

Fato que não pode deixar de ser analisado é que a tutela de impedimento visa parar imediatamente a violação, não permitindo que ela se prolongue no tempo, durante o andamento dos processos judiciais que, via de regra, são lentos. O legislador preferiu impedir a indenizar. A indenização na área intelectual é secundária, a tutela primordial é a impeditiva.

O legislador pátrio também alinou-se às normas pactuadas internacionalmente, uma vez que o Decreto nº 1.355 de 30 de Dezembro de 1994, também conhecido como 'Trip's' – Tratado sobre Aspectos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio – em sua parte III, Seção 1, artigo 41, privilegia a prevenção a violações de direitos intelectuais como medidas jurídicas a serem outorgadas pelos países signatários.¹⁷

1.4 Objeto do Direito Autoral

Segundo Oswaldo Santiago¹⁸, o direito autoral é o mais entranhado dos direitos humanos, em razão de sua íntima ligação com as profundezas do Espírito.

Dentro dos vários ramos do direito intelectual, o direito autoral, segundo a maioria dos autores¹⁹, cuida das obras literárias, artísticas ou científicas, das criações do espírito humano.

O direito autoral trata dos direitos de autores, como pais ou criadores da obra e dos direitos conexos, ou seja, daqueles ligados, conectados aos direitos dos criadores das obras, como os direitos dos artistas intérpretes.

Atualmente, a Lei nº 9.610/98 consiste em alteração, atualização

17 PIMENTA Eduardo Ss. *Código de direitos autorais e acordos internacionais*, p. 623.

18 SANTIAGO, Oswaldo. *Aquarela do direito autoral*, 1946.

19 Nesse sentido, *Carlos Fernando Mathias de Souza*; Plínio Cabral; Carlos Alberto Bittar; Francisco E. Baleoti.

e consolidação da legislação autoral em nosso país, possuindo ainda os autores garantias constitucionais insculpidas no artigo 5º, incisos XVII e XVIII.

Além da legislação pátria, integram o ordenamento brasileiro a Convenção de Berna, por força do Decreto nº 75.699/75, bem como o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, denominado também como 'Trip's', internado em nosso ordenamento pelo Decreto nº 1.355/94, bem como, inúmeras outras convenções que tratam dos direitos conexos, dos fonogramas entre outras.

O artigo 7º da lei autoral define com clareza o que são obras protegidas, nos seguintes termos:

Art.7º "São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, [...]".

Em artigo denominado Titularidade dos Direitos Autorais, Francisco E. Baleoti, procura analisar a extensão do objeto do direito autoral contido no preceito legal do artigo supra mencionado, afirmando a existência de vários entendimentos doutrinários que defendem deva ser realçada a segunda parte do dispositivo legal em questão, sendo objeto do direito autoral as obras²⁰.

O rol de obras protegidas contido no artigo 7º não é exaustivo, permitindo também a proteção de obras que surjam com a tecnologia, ou com a atividade intelectual humana em suportes que se inventem no futuro.

20 BALEOTI, Francisco E. *In: RNDJ*, v. 25, p. 32-33, jan. 2002.

O diploma autoral procede de maneira diversa ao regular o que não é objeto de proteção; no artigo 8º, a técnica é completamente inversa, elencando em hipóteses fechadas o que não é obra protegida, conforme se observa da redação legal, bem como da afirmação de Plínio Cabral:

“No artigo 7º a lei procurou exemplificar alguns casos de proteção às obras de criação. Já no artigo 8º, pelo mesmo processo elenca as produções intelectuais que não são objeto de proteção.”

Aqui, entretanto, o conceito muda. O enunciado é taxativo: “não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata essa lei”, passando a enumerar aquilo que não recebe a proteção da lei de direitos autorais. São, tipicamente, *numerus clausus*, devidamente apontados²¹.

1.4.1 Conceito de Obra

A lei atual de direitos autorais, em seu artigo 7º, define obra como criação do espírito, conforme supra transcrito, relacionando treze hipóteses, sem, entretanto, esgotar as formas de criação.

A definição legal pátria de obra segue os contornos da definição dada pela Convenção de Berna abaixo transcrita, que norteou as definições legais dos países unionistas.

Art. 2º) 1) Os termos obras literárias e artísticas compreendem todas as produções do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja a sua maneira ou forma de expressão,

21 CABRAL, Plínio. *A Nova lei de direitos autorais*, p. 60.

tais como: livros, brochuras e outros escritos; conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza; obras dramáticas ou dramático-musicais; obras coreográficas ou pantomimas, cuja representação é anunciada por escrito ou de outro modo; as composições musicais, com ou sem letra; os trabalhos de desenho, pintura, arquitetura, escultura, gravura e litografia; as ilustrações e cartas geográficas; as plantas, esboços e trabalhos plásticos relativos à geografia, topografia, arquitetura e ciências.

A arte e a ciência também acompanham o desenvolvimento de novas tecnologias, novos materiais, novas perspectivas sociais, surgindo novas obras, novas formas de criação, assim como surgiu o cinema em relação ao teatro.

Nesse sentido, o conceito de obra protegida adotado pela legislação atual é amplo e aberto, adequado às rápidas transformações da sociedade contemporânea. Um exemplo do conceito aberto de obra que possibilita uma ampla proteção frente às rápidas inovações tecnológicas são os 'ringtones', toques musicais dos aparelhos celulares que já estão movimentando cifras consideráveis de direitos autorais, conforme relata matéria veiculada na revista *Época*²². Segundo a reportagem, as empresas de 'ringtones' já pagam mais em direitos autorais do que empresas multinacionais da área fonográfica.

O direito português em seu código de direito de autor define obra da seguinte forma:

22 Especial Música. Revista Veja n. 328 de 30 ago.2004. Editora Globo. p. 80/89

“1- Consideram-se obras as criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, por qualquer modo exteriorizadas, que, como tais, são protegidas nos termos deste Código, incluindo-se nessa protecção os direitos dos respectivos autores.”

Nesse aspecto referente à amplitude do conceito de obra, o autor português José de Oliveira Ascensão²³ afirma:

I – Vejamos então como se chega à obra literária ou artística. Partindo ou não de um tema, o criador tem uma idéia de uma obra literária ou artística. Há sempre uma prefiguração, mesmo que vaga. Sobre essa prefiguração se trabalhará, de maneira a que a idéia venha a tomar forma. E esse percurso pode ser longo e tormentoso, pois muitas vezes a idéia norteadora não logra concretizar-se, ou a concretização não está a sua medida; doutras, infelizmente mais raras, a forma saiu mais valiosa que a idéia.

II – Se a obra não é pois meramente a criação do espírito, temos de realçar a Segunda parte do preceito legal: a criação deve ser de qualquer forma exteriorizada.

Isto significa que a própria criação do espírito a que se faz apelo na obra literária ou artística é desde o início uma criação no domínio da forma.

As definições legais, entretanto, embora acolham novas formas de criação decorrentes do incremento tecnológico deixam em aberto a questão de novas formas de criação. Uma das questões que se impõem é a criação por computador que já foi enfrentada aqui no Brasil nos seguintes termos:

23 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2.ed., p. 30-31.

A partir de programas próprios, já é realidade a criação no computador de obras artísticas: temos assistido a freqüentes demonstrações, desde pinturas célebres, figuras humanas, de animais, desenhos, gravuras, traçados, projetos arquitetônicos e outras. Geradas por cálculos matemáticos, novas imagens e figuras de conotações próprias vêm povoar o âmbito das artes, inclusive a recente história em quadrinhos (chamada *graphic novel crash*)

Nesse sentido, pode-se dizer que a criação computadorizada é nova forma de expressão de arte.²⁴

A expansão da criação de obras e dos direitos autorais já há muito tempo deixou de estar ligada apenas à atividade cultural e passou a integrar também a atividade empresarial e a comunicação.

Segundo o autor supra mencionado²⁵, na área empresarial temos a criação das logomarcas, slogans publicitários, vinhetas, desenhos artísticos vinculados a catálogos de produtos e marcas, criação de embalagens, campanhas publicitárias, entre uma gama de criações ligadas ao dia-a-dia das empresas.

Uma vez que a obra é fruto do espírito humano ela integrará com certeza todas as atividades exercidas pelo ser humano, imputando valorização ao trabalho humano, diferenciando-o, enobrecendo-o, e, com certeza, gerando disputas, conflitos.

24 BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos atuais do direito autoral*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 193-194.

25 BITTAR, Carlos Alberto. O autor em suas obras: *O Direito nos modernos meios de comunicação*; Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais enfoca a importância crescente dos direitos de autor em criações publicitárias e questões relativas a empresas.

De particular interesse para este trabalho são as obras musicais que têm uma grande influência no cotidiano das pessoas, sendo, de longe, o tipo de obra mais utilizado pelos meios de comunicação e pelos usuários, a ser abordado no tópico seguinte.

1.4.2 Conceito de Obras Musicais

A Lei nº 9.610/98, em seu artigo 7º, inciso V, define obra musical nos seguintes termos:

V – as composições musicais, tenham ou não letra;

A música e a pintura talvez sejam as formas mais antigas de arte. Os homens das cavernas pintavam suas caças, seus animais, nas paredes das cavernas que habitavam.

A música e a dança também acompanham o ser humano desde seus mais rudimentares agrupamentos. Além de entreter, sempre serviu para adorar os deuses, para fortalecer o espírito para as batalhas, para identificar os grupos, as tribos, as classes sociais.

A música acompanhou o desenvolvimento das civilizações e dos instrumentos, sendo equacionadas as notas musicais e desenvolvida a escrita musical.

Atualmente, pode-se ter obras musicais compostas apenas de letras ou, ainda, músicas sem letra, onde há apenas a conjugação de ritmos, de notas musicais.

A produção musical pode ser complexa envolvendo vários tipos de profissionais da música, tais como: maestros, arranjadores,

percussionistas, vocalistas, letristas, entre outros músicos. Existem obras ainda que são apenas repetições de arranjos, uma identidade de notas musicais.

Proteger essas criações, tanto para os titulares, quanto para a sociedade como um todo é a missão do direito autoral, uma vez que a arte é a expressão das manifestações dos sentimentos humanos, dos seus costumes, da identidade de povos, épocas, culturas, além da integração das recordações.

Para o direito autoral, há que se considerar e proteger dois grupos distintos e igualmente importantes de obras: aquelas cujo prazo de proteção já expirou, ou seus titulares não deixaram herdeiros, denominadas obras caídas em domínio público, foco específico deste trabalho; e, também, as obras cujo prazo de proteção está em vigor ou seus titulares deixaram herdeiros.

1.4.3 A Música Contemporânea e a Tecnologia

Muitos são os desafios impostos ao direito autoral na seara de proteção de obras musicais em face das novas tecnologias e da rede mundial. Entre eles encontram-se a possibilidade de gravar CD's, em computadores pessoais; a possibilidade de gravar músicas através da troca de arquivos via portais da Internet, onde os usuários trocam com outros usuários obras musicais, lítero-musicais e vídeo-musicais; a pirataria de cd's, fitas e DVD's. Tanto os operadores do sistema de *copyright* anglo-americano, quanto os operadores do sistema europeu, têm se debruçado e buscado legislativa e judicialmente soluções para proteger os titulares e a indústria fonográfica,

gerando uma batalha hercúlea atualmente, em face da velocidade e da dispersão proporcionadas pelas novas tecnologias.

Novos ritmos e novas tendências musicais surgem numa velocidade incrível. Novos portais de trocas de arquivos em formato 'MP3' (*music player*) são criados ao redor do mundo, facilitando muito a utilização de obras sem a observância dos direitos patrimoniais e morais dos titulares.

A indústria fonográfica, em conjunto com governos, titulares e organizações internacionais, tem se esforçado no combate às violações: novas leis foram editadas, processos judiciais estão sendo movidos contra portais e usuários; maiores poderes de investigação foram outorgados às autoridades policiais para combater essa prática ilegal hodierna. No Brasil, os dados da pirataria são preocupantes,²⁶ da ordem de 53% (cinquenta e três) por cento dos CD's vendidos, tendo as autoridades procurado agir com rigor legal, mas obtendo resultados ainda tímidos. O mercado brasileiro, que já foi o sexto do mundo, ocupa atualmente a décima segunda colocação.

1.4.4 Obras Caídas em Domínio Público

O direito autoral confere um prazo de exploração aos titulares que possui regramento internacional na Convenção de Berna, bem como nas legislações dos países. Esse direito é limitado no tempo, certamente em razão da reconhecida função social

26 TEIXEIRA JUNIOR, Sérgio. *Qual é a música*. Revista Exame, p. 71, 29 jan. 2003.

da propriedade intelectual. Via de regra, uma vez expirado esse prazo de proteção ou falecido o autor sem deixar sucessores legais, suas obras poderão ser utilizadas pelo público em geral, sem necessidade de autorização prévia, sem necessidade de pagamento de retribuição pela utilização.

Uma vez caídas em domínio público, após um longo prazo de proteção, pois os prazos de proteção somente se iniciam após o falecimento do titular, as obras podem ser utilizadas livremente pelos cidadãos. Atualmente, na área musical, pode ser afirmado que não existem obras em domínio público e sim obras no esquecimento público, uma vez que não há nenhuma sistematização dessas obras, referentemente às suas letras, às suas partituras, aos seus autores.

Cabem aqui as seguintes indagações. Quem tem o interesse de defendê-las, torná-las efetivamente de domínio, de acesso público, velando pela preservação de nosso patrimônio cultural musical?

Os titulares? Crê-se que não, pois já faleceram há muito tempo. Os sucessores? Crê-se que não, pois muitos também já faleceram e os que estão vivos não possuem mais os direitos patrimoniais. A indústria fonográfica? Também se crê que não em razão da possível inviabilidade de exploração comercial e lucros.

Nos Estados Unidos da América, há um interesse maior pelas obras caídas em domínio público por parte de editores especializados nessas obras, bem como, entidades interessadas pela difusão da cultura, como é o caso do projeto Gutenberg, existindo inclusive uma página da rede mundial denominada

'pdinfo'²⁷, ou seja, informações sobre domínio público, que disponibiliza uma lista com mais de 3500 (três mil e quinhentas) obras musicais americanas de domínio público. Além de informações sobre domínio público, é oferecida uma obra de um advogado americano especializado em domínio público que contém obras dessa natureza.

Com certeza, a sistematização das obras caídas em domínio público e sua efetiva disponibilização aos cidadãos é um desafio que os governos devem enfrentar com a ajuda das entidades de direitos autorais respectivas, para a preservação e difusão de nosso patrimônio artístico cultural, *'in casu'* o nosso patrimônio musical.

Interessante notar que o direito autoral está enfrentando os desafios impostos pelas novas modalidades de utilização, pela tecnologia, com os olhos voltados para o presente e para o futuro. Porém, não se pode descuidar de todo o patrimônio artístico já produzido por mestres e artistas geniais. Nesse sentido, recentemente a estátua de David de Michelangelo, exposta no Museu de Florença completou 500 (quinhentos) anos. Preservar o patrimônio cultural já produzido e integrante do acervo mundial é uma atitude que vem sendo esquecida na área musical, que está apenas preocupada com o presente e com o futuro.

Certamente, a indústria fonográfica e os titulares não estão sozinhos nessa luta, que também é de toda a sociedade. Mais do que isso, possuem grandes quantidades de recursos humanos e materiais para protegerem seus direitos. Porém, proteger o

27 <<http://www.pdinfo.com/default.htm>>. Acesso em 18/09/04.

patrimônio de domínio público, que não dá mais lucro, mas possui igual importância cultural, social e histórica é um verdadeiro desafio a ser enfrentado por governos, entidades e cidadãos, uma vez que os desafios presentes e futuros já detêm a atenção da legislação e dos respectivos interessados.

1.5 Autoria e suas Modalidades

Uma vez abordado o objeto de proteção do direito autoral, cumpre analisar quem é considerado autor e as várias hipóteses de autoria. As obras podem ser concebidas de forma singular, quando apenas uma pessoa cria. Mas também podem ocorrer outros processos de criação tais como a co-autoria e a criação coletiva, ambos definidos no artigo 5º, inciso VIII, alíneas 'a' e 'h' do atual diploma autoral, bem como, pelos seus artigos 11/17.

Em artigo publicado na RNDJ, o autor Francisco E. Baleoti, aborda a distinção entre a co-autoria e a obra coletiva, nos seguintes termos:

Para distinguir a obra em co-autoria da chamada obra coletiva, devemos realçar alguns elementos que são fundamentais à primeira, e óbvio, não ocorrentes na segunda.

O preceito legal estabelece que obra em co-autoria é aquela resultante da atividade criativa de pelo menos dois autores.

Já definimos qual seja a atividade que origina obra protegida pelo direito autoral; é aquela própria do espírito, desde que plasmada em um suporte físico, material ou não, contando com originalidade.

Entretanto, somente este elemento, o da atividade criativa, é insuficiente para definirmos a co-autoria, pois, ao contrário da obra coletiva, neste caso a atividade dos autores envolvidos deve ser realmente de criação, fundindo seus esforços criativos, criando uma obra por sua iniciativa.²⁸

Em termos de obras caídas em domínio público, é necessário investigar se a autoria é singular, em co-autoria ou coletiva. Essa investigação preliminar é necessária, pois o prazo de proteção sempre começará a fluir após o falecimento do último autor em caso de obras ou em co-autoria. Ou do falecimento do organizador, nos casos de autoria coletiva.

Na área musical, enfocada nesse trabalho, a co-autoria é muito comum, trazendo reflexos para a determinação de quais obras integram atualmente o domínio público. Assim, detalhe vital na pesquisa das obras diz respeito à co-autoria, para a fixação do prazo de proteção de cada obra sendo necessária uma investigação sobre as criações em co-autoria, coletando as datas de falecimentos de todos os autores, pois o prazo de proteção se iniciará após o falecimento do último autor ou co-autor.

28 BALEOTI, Francisco E. *Titularidade dos Direitos Autorais*. RNDJ, v. 25, p. 36, jan. 2002.

1.6 Direitos Patrimoniais e Morais

Não se pode deixar de analisar, antes do domínio público propriamente dito, os direitos outorgados pela legislação aos titulares. A doutrina desenvolveu várias teorias sobre os direitos atribuídos aos autores, tais como: a teoria monista, a teoria pluralista e a teoria dualista²⁹.

As várias doutrinas surgiram para explicar as duas ordens de direitos atribuídos aos titulares: os direitos patrimoniais ligados à exploração econômica da obra e os direitos morais ligados à paternidade e integridade das obras.

Tal questão se prende ao tema em estudo, uma vez que caída a obra em domínio público os direitos patrimoniais deixam de existir, subsistindo os direitos morais que devem ser exercidos pelo Estado.

Assim, a defesa da integridade das obras, da paternidade, compete ao Estado nos estritos termos do artigo abaixo transcrito, de número 24, § 2º da atual lei de direito autorial:

“Art. 24. São direitos morais do autor:

§ 2º Compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público”.

Se ao Estado cabe a missão de proteger a integridade e a autoria das obras caídas em domínio público, cabe aqui a indagação:

²⁹ Nesse sentido, GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 1.

Como defender o que não está disponível? Essa missão do Estado vem sendo cumprida? A produção musical caída em domínio público está exercendo sua função social?

Antes de respondermos às questões, é imperativo mencionar a opinião acerca dos aspectos contraditórios, inconsistências e omissões, da redação legal do artigo 24, expostas por Vanisa Santiago³⁰ abaixo transcrita:

No Capítulo referente aos Direitos Morais alguma inconsistência se faz notar nos §§ 1º e 2º do art. 24, que transferem o exercício de parte desses direitos respectivamente aos sucessores do autor falecido e ao Estado no caso de obras caídas em domínio público, sem esclarecer importantes detalhes.....

Por outro lado, o § 2º declara que compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público, mas **não define a autoridade ou o órgão público encarregado dessa defesa nem os meios que poderão ser empregados para seu exercício**. Na Lei nº 5.988/73 essa defesa era de competência do Conselho Nacional de Direito Autoral. (grifo nosso).

Pode-se afirmar, com base no dispositivo supra mencionado, bem como na ausência de proteção tanto por parte do Estado quanto das entidades nacionais ligadas ao direito autoral, em consonância com a assertiva da autora, que as respostas são negativas. O Estado e a sociedade civil como um todo não estão

30 SANTIAGO, Vanisa. A lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998 – aspectos contraditórios. Conferência proferida no “Seminário sobre Direito Autoral”, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários, nos dias 17 e 18 de março de 2003, no Centro Cultural Justiça Federal, Rio de Janeiro. In Revista CEJ Direito Autoral, nº 21 p. 8-15, abr./jun.2003.

cumprindo sua missão de proteger as obras caídas em domínio público. A produção musical caída em domínio público também não está exercendo a função social que deveria, uma vez que o público não tem acesso às obras, não pode utilizar, conhecer essas obras, seus autores, suas histórias, a história da própria produção musical brasileira.

Implementar um banco de obras caídas em domínio público na área musical, bem como nas demais áreas artísticas é um real desafio para a preservação do patrimônio artístico-cultural brasileiro.

Ligação umbilical da temática do domínio público com os direitos patrimoniais reside no direito de exclusividade deferido aos titulares, na obrigação dos usuários em obterem a autorização prévia e expressa dos titulares ou de quem os represente. Bem como ao prazo de duração dos direitos patrimoniais, que consiste na hipótese mais comum ligada ao domínio público.

O prazo de proteção estipulado pelo diploma autoral atual é de 70 (setenta) anos, nos termos do artigo 41 infratranscrito:

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

A Convenção de Berna estabeleceu um piso mínimo de 50 (cinquenta) anos que vem sendo gradativamente aumentado, sendo atualmente de 70 (setenta) anos na grande maioria dos países unionistas.

A dilação do prazo de proteção dos direitos patrimoniais em 20 (vinte) anos não foi justificada pelos governos ou pelas enti-

dades internacionais, principalmente levando-se em consideração que o prazo de (70) setenta anos só se inicia após o ano subsequente ao do falecimento do autor.

Os programas de computador que se tornam rapidamente obsoletos em face do avanço rápido e constante da tecnologia são protegidos pelo prazo de 50 (cinquenta) anos. Na área de patentes de invenção o prazo de proteção é de 20 (vinte) anos. Quais os fundamentos que levaram ao aumento dos prazos de proteção autoral? Quais os interesses internacionais comerciais ou estatais por trás desses aumentos protetivos?

O autor Robert Sherwood reconhece a inexistência de pesquisas na área de direito intelectual que embasem respostas para as indagações. Porém, fator que não pode ser desconsiderado é o interesse das grandes multinacionais da indústria fonográfica que são as principais beneficiadas com os incrementos de proteção³¹.

Em obra de minha autoria³², ao tratar dos prazos de proteção foi tecido comentário a respeito do tema, uma vez que o prazo de proteção somado à longevidade média dos titulares eleva a duração dos direitos patrimoniais para mais de 100 (cem) anos facilmente. Esse exagero de proteção certamente contribui para que as obras caiam no esquecimento completo e não no domínio público como deveriam.

31 Sherwood, Robert M. *Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico*.

32 DIAS, Maurício Cozer. *Utilização musical e direito autoral*. Campinas: Bookseller, 2000. P. 36

Além das obras caírem no esquecimento completo, desequilibrando a relação entre interesse particular e coletivo existente no direito intelectual, os dilatados prazos de proteção do direito autoral deixam de proteger apenas os titulares que são os destinatários principais da tutela para proteger várias gerações de herdeiros e uma indústria que somente se preocupa em explorar economicamente a criação intelectual. Ademais, não há razão para aumentar tanto a proteção da criação artística, diferenciando-a tanto dos outros seguimentos do direito intelectual.

Qual a razão de conferir maior prazo ao artista e não conferir ao inventor, ao pesquisador de novos organismos alterados geneticamente, ou ainda aos programadores? Essa diferença existente hoje no direito intelectual deve ser melhor equacionada para que a atividade intelectual seja tratada legalmente com critérios patrimoniais semelhantes, pois o artista está muito mais valorizado que o inventor, que o programador e o pesquisador.

2. DOMÍNIO PÚBLICO

2.1 Conceito de Domínio Público

Segundo Celso Ribeiro Bastos³³, é indubitável a necessidade da existência de bens de domínio público. Afirma esse autor que a vida em comunidade seria mesmo impossível sem a existência de bens destinados ao cumprimento de finalidades coletivas.

No caso específico do direito de autor, o regime primordial é do exclusivo, do privado. Apenas e tão somente após exaurirem-se esses direitos patrimoniais é que surgirá o domínio público e a coletividade poderá ter acesso e utilizar as obras que passam à proteção da União.

O autor supra referido conceitua o domínio público como um conjunto de bens possuídos e afetados pelo Estado destinados a finalidades coletivas e regido pelo direito administrativo³⁴.

Cabe, então, a indagação sobre o domínio público de bens imateriais, como é o caso das obras musicais, objeto deste trabalho. A resposta também é dada pelo mesmo autor do direito administrativo quando classifica os bens de domínio público como materiais ou imateriais³⁵. Assim, uma vez caídas as obras em

33 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 303.

34 Op. cit., p. 305.

35 Op. cit., p. 306.

domínio público, cumpre ao Estado sistematizar, disponibilizar e proteger essas obras musicais, conforme comando do artigo 24§ 2º da Lei nº 9.610/98³⁶.

Em Portugal, as obras caídas em domínio público passam para a tutela do Ministério da Cultura, conforme se verá em tópico a seguir, mas, no Brasil, a legislação somente se refere ao Estado e não especificamente ao Ministério da Cultura ou outra entidade estatal.

O autor Carlos Fernando Mathias de Souza, ao diferenciar o instituto do domínio público do direito administrativo e do direito autoral afirma:

O conceito de **domínio público**, em **direito de autor** ou **direito autoral**, não se confunde com o do direito administrativo.

Hely Lopes Meirelles, após observar que o conceito não é uniforme na doutrina, lembra que “entre os administrativistas há uma concordância em que tal domínio, como direito de propriedade, só é exercido sobre os bens pertencentes às entidades públicas, e, como poder de soberania interna, alcança tanto os bens públicos como as coisas particulares de interesse coletivo.

Acrescenta ainda o administrativista: “A equivocidade da expressão obriga-nos a conceituar o **domínio público em sentido amplo** e em seus desdobramentos políticos (**domínio eminente**) e jurídico (**domínio patrimonial**)”.

36 Art. 24§ 2º Compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público.

O domínio público, em sentido amplo, é o poder de dominação ou de regulamentação que o Estado exerce sobre os bens do seu patrimônio (bens públicos), ou sobre os bens do patrimônio privado (bens particulares de interesse público) ou sobre as coisas inapropriáveis individualmente, mas de fruição geral da coletividade (*res nullius*). Neste sentido amplo e genérico, o domínio público abrange não só os bens das pessoas jurídicas de direito público interno, como as demais coisas que, por sua utilidade coletiva, merecem a proteção do Poder Público, tais como as águas, as jazidas, as florestas, a fauna, o espaço aéreo, e as que interessam ao patrimônio histórico e artístico nacional.³⁷

Em direito autoral, a expressão **domínio público** refere-se em geral às obras que se constituem em uma espécie de *res communis omnium* (coisa comum de todos), de modo que podem ser utilizadas livremente por quem quer que seja, com ou sem intuito de lucro³⁸.

A autora Georgette Nazzo ao tratar do tema domínio público na seara do direito autoral assim o define:

Obras caídas em domínio público

Vencidos os prazos estipulados nas leis internas ou nas Convenções internacionais, as obras caem em domínio público, permitindo a qualquer pessoa o seu aproveitamento econômico.

Quanto às obras estrangeiras, a matéria passa a regular-se pelos prazos fixados pela lei de cada país considerado, sob o critério determinado pelas grandes convenções internacionais, que não

37 Direito administrativo brasileiro. 2.ed. p. 431-432.

38 SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. *Direito autoral: legislação básica*. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1998. p. 35-38.

agasalham as obras caídas em domínio público, conceito este que, sob o ponto de vista pecuniário, é contraditório com o de obra protegida.

O prazo mínimo vigente para todas as nações que subscreveram a Convenção de Berna, como regra geral, é o de 50 anos [...]

Com efeito não só pelo decurso do lapso de proteção, mas por outros motivos, como, a título de exemplo, a não observância de formalidades essenciais, ausência de reciprocidade, etc., uma obra pode cair em domínio público.³⁹

O autor Washington de Barros Monteiro, em sua obra *Curso de Direito Civil*,⁴⁰ tratando do prazo de proteção das obras regido pelo Código Civil de 1916 e, conseqüentemente, a entrada da obra em domínio público, cita o autor italiano Trabucchi, nos seguintes termos:

No sentir de Trabucchi, duas foram as razões que levaram o legislador a determinar a temporariedade do direito autoral: a) – em primeiro lugar, a importância que êsses bens ideais tem para a coletividade, julgando-se oportuno que todos, depois de certo tempo, possam ampla e livremente dêles gozar; b) – em segundo lugar, porque a criação literária, científica e artística imperceptivelmente concorrem elementos estranhos à personalidade do autor.⁴¹

39 NAZO, Georgette N. *A Tutela jurídica do direito de autor*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 112-113.

40 MONTEIRO, Washington Barros de. *Curso de direito civil: direito das coisas*. 4.ed. São Paulo, Saraiva, 1961. p. 232.

41 *Op. cit.* Instituzioni di Diritto Civile, p. 384.

Muito se discutiu sobre o assunto do prazo de proteção e do domínio público das obras literárias, artísticas e científicas. Washington⁴² relata em sua obra de direito civil as controvérsias já havidas sobre a proteção do direito de autor mencionando Proudhon, que negava a natureza jurídica do direito do autor fundado no caráter social das idéias. Ou ainda, Waline⁴³, que sustentou que as obras não poderiam ser objeto de propriedade, “porque a literatura e a arte não são coisas venais, mas que se distribuem gratuitamente”.

Felizmente, essas opiniões não vingaram. A mesma obra cita também a posição de Chapelier e parte de seu discurso na constituinte francesa onde proclamou:

“[...] a mais sagrada, a mais inatacável e a mais pessoal de todas as propriedades era a obra intelectual, fruto do pensamento de um escritor”.

A corrente vencedora foi a da admissão dos direitos do autor como propriedade, embora limitada no tempo. Uma vez vencido o prazo estabelecido pela lei, a obra passa a pertencer à coletividade e pode ser utilizada livremente.

2.1.1 Domínio Público como Instituto do Direito Intelectual

O direito concedeu aos autores, inventores e demais titulares de direitos intelectuais, a exclusividade desses direitos por certo

42 *Op.cit.* p. 229.

43 *Op. cit.* p. 229. *apud* L'Individualisme et le Droit, p. 146.

período de tempo. Expirado o prazo legal, toda e qualquer pessoa poderá utilizar as obras ou inventos, sem necessidade de autorização prévia e expressa, bem como pagamento de direitos autorais aos titulares.

A expiração do prazo de proteção concedido embora não seja a única via legal, é a principal hipótese de domínio público e está presente em todas as legislações intelectuais, por força de acordos internacionais que padronizam a temática como se verá a seguir.

Pode ser afirmado que o domínio público é um instituto característico do direito intelectual, tanto no sistema europeu ou continental quanto no sistema de *copyright*, assim como a autorização prévia, assim como a exclusividade. A lei concede um determinado prazo para a exploração da obra, possibilitando aos cidadãos uma utilização livre depois de vencido o tempo de exploração exclusiva do autor. Mas, para que os cidadãos possam utilizar as obras, precisam ter acesso a suas letras, suas partituras, ao histórico de seus autores, entre outras informações que não estão sistematizadas em nosso país atualmente.

2.1.2 Domínio Público nos Diversos Segmentos do Direito Intelectual

Importante parece ser fazer a abordagem específica do domínio público em cada segmento do direito intelectual, para depois abordar especificamente o domínio público autoral, demonstrando de forma ostensiva a importância do estudo do tema.

2.1.2.1 Domínio Público no Direito Industrial

A lei nº 9.279/96 regula, no Brasil, os direitos relativos a registros de marcas, patentes de invenção, patentes de modelos de utilidade, registros de desenhos industriais e a concorrência desleal.

Em seu artigo 40, fixa o prazo de proteção das patentes de invenção e das patentes de modelo de utilidade, conforme abaixo transcrito:

Art. 40. A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo de 15 (quinze) anos contados da data de depósito. [...]

Art. 78. A patente extingue-se:

I – pela expiração do prazo de vigência;

II – pela renúncia de seu titular, ressalvado o direito de terceiros;

III – pela caducidade;

IV – pela falta de pagamento da retribuição anual, nos prazos previstos no § 2º do art. 84 e no art.87; e

V – pela inobservância do disposto no art. 217.

Parágrafo único. Extinta a patente, seu objeto cai em domínio público". (*grifo nosso*).

Na área industrial, as hipóteses de domínio público são diferentes das do direito autoral. Mas a hipótese mais comum de domínio público também é o término do prazo de proteção.

Após esse período de vinte anos para uma patente de invenção, ou de quinze anos para a patente de modelo de utilidade, seus

inventores não poderão mais exigir pagamento, ou, ainda, impedir outras indústrias de produzi-los.

Uma vez expirado o prazo legal, a invenção pode ser utilizada pelas demais indústrias, passando a atividade intelectual a cumprir sua missão social e não apenas patrimonial privada, de natureza exclusivista.

Se houvesse um banco de dados de invenções caídas em domínio público no mundo, certamente seria possível realizar transferência de tecnologia, incrementando a produção industrial, gerando empregos e usufruindo de todas as benesses decorrentes do domínio da técnica.

Do ponto de vista cultural, poder-se-ia saber como os inventores desenvolveram seus inventos, como conceberam suas idéias, como viveram, como exploraram patrimonialmente suas invenções, como contribuíram para o país de origem.

2.1.2.2 Domínio Público no Direito Informático

A lei que protege os programas de computador, nº 9.609/98, também estabelece um prazo para os programadores explorarem suas criações. Ao tratar do prazo de proteção dos programas, afirmou um estudioso desse ramo do direito:

A expressão de um autor é também expressão de sua época, de sua cultura, de sua sociedade. Transforma-se sua obra em legado para a humanidade. A proteção tem assim caráter provisório, ainda que longa seja sua duração pois é assegurada para incentivar o trabalho intelectual. Cessando a proteção da

utilização econômica da obra, ela cai em domínio público, sendo dispensável qualquer autorização do autor para o exercício de qualquer direito relativo a ela.⁴⁴

O domínio público também foi regulado na legislação informática, conforme abaixo transcrito:

Art. 2º O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei.

§2º Fica assegurada a tutela dos direitos relativos a programa de computador pelo **prazo de cinquenta anos**, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação. (grifo nosso).

Os programadores, assim como os autores, não precisam registrar seus programas para exercer seus direitos. O sistema de proteção adotado não foi o atributivo de direitos como ocorre com a legislação de marcas, patentes e de cultivares, mas o sistema da independência do registro acolhido pelo direito autoral, também chamado de facultativo.

Num futuro próximo, será importante ter acesso aos programas e programadores que iniciaram essa nova atividade criativa que já se tornou decisivamente estratégica. Poder-se-á estudar o desenvolvimento dos programas, explorá-los ainda, se viável, entre outras possibilidades num país tão carente como o Brasil.

44 LUPI, André Lipp Pinto Basto. *Proteção jurídica do software*, p. 47.

2.1.2.3 Domínio Público no Direito de Cultivares

A lei nº 9.456/97 regula os direitos decorrentes da criação de espécies vegetais superiores, não compreendidas na natureza. São as chamadas plantas transgênicas, fruto da intervenção genética produzida pelo conhecimento humano.

Na legislação de cultivar, também é previsto um prazo de proteção para que o titular explore sua criação exclusivamente, como se vê abaixo:

Art. 11. A proteção da cultivar vigorará, a partir da data da concessão do Certificado Provisório de Proteção, pelo **prazo de 15 (quinze) anos**, excetuadas as videiras, as árvores frutíferas, as árvores florestais e as árvores ornamentais, inclusive, em cada caso, o seu porta-enxerto, para as quais a duração será de **18 (dezoito) anos**. (grifos nossos).

Art. 12. *Decorrido o prazo de vigência do direito de proteção, a cultivar cairá em **domínio público** e nenhum outro direito poderá obstar sua livre utilização.* (grifo nosso).

Utilizando-se da mesma sistemática da legislação de marcas e patentes, levando-se em consideração uma maior necessidade de fiscalização dessa atividade intelectual, o legislador obriga o titular a obter o Certificado de Proteção.

Assim, a proteção somente será concedida após a verificação pela entidade governamental responsável dos rigores técnico-científicos e do impacto ambiental da cultivar.

No aspecto do prazo conferido pela lei, a autora Patrícia Aurélia Del Nero⁴⁵, afirma:

Frise-se que uma vez requerida e deferida a proteção da cultivar pelo Serviço Nacional de Proteção de Cultivares, essa proteção tem prazo certo e determinado de duração, assinalado pela Lei, nos termos do art.11 [...] Findo o prazo de vigência do direito de proteção, seu objeto cairá em domínio público e nenhum outro direito poderá inibir ou obstar sua livre circulação.

Ao tratar também do prazo de proteção das cultivares, porém, citando o artigo 8 da UPOV, União Internacional para a Proteção de Obtenções Vegetais, que regula os prazos de 18 anos para as videiras, árvores florestais, árvores de frutíferas, inclusive os seus porta-enxertos, e o prazo de 15 anos para os obtentores, a autora Selemara Berckembrock Ferreira Garcia⁴⁶ aborda a origem dos referidos prazos que foram seguidos pela legislação nacional afirmando:

Com relação ao prazo de proteção, o artigo 8 da presente convenção, estabelece um período de 15 anos de proteção para as variedades anuais e de 18 anos para as demais espécies. Estes prazos foram fixados considerando os aspectos do comércio internacional de variedades vegetais, que envolve quase sempre longos períodos de testes a até mesmo de regulamentações fitossanitárias.

45 DEL NERO, Patrícia Aurélia. *Propriedade intelectual: a tutela jurídica da biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 224-225.

46 GARCIA, Selemara Berckembrock Ferreira. In: Dissertação de Mestrado, Unimep, p. 60.

Esse ramo do direito intelectual poderá acabar com a fome no mundo, obter plantas medicinais com alto poder de cura para várias enfermidades. O estudo e o monitoramento de cultivares caídas em domínio público em outros países poderá favorecer a agro-indústria brasileira com variedades vegetais alteradas ainda não pesquisadas aqui.

Se os prazos de proteção das novas variedades vegetais criadas pela atividade intelectual tivessem seguido os patamares do direito autoral, não haveria benefício à coletividade, como ocorrerá logo que essas variedades caiam em domínio público.

2.1.3 Domínio Público no Direito Autoral

O domínio público está ligado à perda dos direitos patrimoniais do autor ou de seus herdeiros ou cessionários, que sempre foram concedidos por prazo determinado, desde as primeiras referências legislativas do direito de autor. O prazo de proteção concedido ao autor, segundo o qual somente ele ou quem de direito poderá utilizar ou autorizar a utilizar de forma exclusiva a obra, contrasta com o interesse da coletividade em usufruir da cultura e das criações do intelecto humano.

Esse assunto é fundamental para o presente trabalho. Para uma análise profunda das obras musicais caídas em domínio público em nosso país, necessária se faz a análise desse instituto em cada legislação que vigorou no Brasil, com suas peculiaridades.

Atualmente, o prazo de proteção das obras é de 70 (setenta) anos, tendo sido ampliado em 10 (dez) anos, em relação à lei

anterior. A Lei nº 9.610/98 trata do domínio público em seus artigos 45 e 112, que serão tratados em tópico próprio.

É importante considerar que as obras caídas em domínio público deixam de ser objeto exclusivo de proteção do direito autoral, devendo ser analisada essa temática em conjunto com as normas protetoras do patrimônio artístico cultural, unindo-se o direito privado com o direito público. Unindo-se um direito de cunho pessoal, decorrente da atividade intelectual, com o direito difuso, decorrente do interesse da coletividade em ter acesso e proteger tais obras.

Tratando desse assunto o autor Carlos Alberto Bittar afirma:

“A idéia de domínio público relaciona-se com a possibilidade de aproveitamento ulterior da obra pela coletividade em uma espécie de compensação, frente ao monopólio exercido pelo autor, [...]”.⁴⁷

Constata-se na afirmação do autor a função social da propriedade intelectual, tanto quanto o direito de exclusividade, o domínio público é a outra ponta da relação autor-obra-sociedade. Uma vez expirados os prazos de proteção, ou na hipótese de inexistência de herdeiros, as obras podem e devem ser utilizadas pela coletividade, esse é seu destino final.

47 BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 3.ed. p. 112.

2.2 Legislação Autoral e Domínio Público no Brasil

O Brasil é um país avançado em termos de legislação autoral. O conjunto de leis autorais em vigor no país deixa clara a intenção dos legisladores pátrios em acompanhar as tendências mundiais, protegendo a atividade intelectual.

Antes de se ter um diploma específico, já existiam algumas referências legais de proteção à atividade intelectual, como, por exemplo, a lei de criação dos cursos jurídicos no Brasil. O foco na legislação, todavia, deve ser mantido para evitar a perda do objetivo.

2.2.1 A Lei nº 496 de 1898

Esse diploma foi o primeiro a sistematizar os direitos de autor no país e conferir aos titulares uma proteção específica, equivalente, à época, às legislações de outras nações mais desenvolvidas.

A lei, publicada no governo do então presidente Prudente de Moraes, continha 28 (vinte e oito) artigos que regulavam as obras protegidas, os prazos de proteção, a cessibilidade dos direitos patrimoniais de autor, a transmissão *causa mortis*, o registro das obras, bem como o ilícito penal de contrafação.

2.2.1.1 Sistemática de Domínio Público

O artigo 3º da Lei nº 496, sobre o prazo de proteção das obras, assim prescreveu (sic):

Art. 3º O prazo de garantia legal para os direitos enumerados no art.1º é:

1º para a faculdade exclusiva de fazer ou autorizar a reprodução por qualquer forma, de **50 annos**, a partir de 1 de janeiro do anno que se fizer a publicação;

2º para a faculdade exclusiva de fazer ou autorizar traducções, representações ou execuções, de **10 annos**, a contar, para as traducções da mesma data acima prescripta, para as representações e execuções, da primeira que se tiver effectuado com autorisação do autor. (grifos nossos).

Dado o objetivo deste trabalho – o estudo do domínio público das obras musicais – é importante destacar também o regime obrigatório de registro de obras instituído pelo diploma de 1898.

O artigo 13 dispunha (sic):

É formalidade indispensável para entrar no gozo dos direitos de autor o registro da Bibliotheca Nacional, dentro do prazo máximo de dous annos, a terminar no dia 31 de dezembro do seguinte áquelle em que deve começar a contagem do prazo de que trata o art.3º: para as obras de arte, litteratura ou sciencia, impressas, photographadas, litographadas ou gravadas, de um exemplar em perfeito estado de conservação; para as obras de pintura, esculptura, architectura, desenhos, esboços ou de outra natureza, um exemplar da respectiva photographia, perfeitamente nítida, tendo as dimensões mínimas de 18 x 2 cm.

Pode-se afirmar que o regime de registro obrigatório, instituído pela primeira lei de direitos de autor, do ponto de vista da elaboração de um banco de dados de obras musicais caídas em domínio público, era salutar.

Essa sistemática, no entanto, foi alterada pelas legislações posteriores, nas quais o registro foi suprimido como formalidade para a aquisição dos direitos, dificultando bastante a sistematização de todas as obras musicais caídas em domínio público no país, integrantes do patrimônio artístico cultural do Brasil.

2.2.2 O Código Civil de 1916

O Código Civil veio alterar o panorama dos direitos de autor, revogando a legislação anterior de 1898, protegendo tais direitos com maior rigor técnico e incorporando-os ao direito civil, o que lhes rendeu um conhecimento maior por parte da população e uma aplicação mais aprofundada dos operadores do Direito.

A primeira referência foi a equiparação aos direitos de autor, como bens imateriais. Nesse sentido, o autor Antonio Chaves, ao tratar do regime de proteção dado pelo Código, escorou-se no autor do projeto do Código, Clóvis Bevilacqua afirmando:

O Código Civil trata o direito de autor como propriedade imaterial, e por essa razão lhe traça os lineamentos legais neste lugar, entre o domínio e os direitos reais sobre coisa alheia. Isto porém, não significa desconhecer que haja neste direito, além de aspecto real outro pessoal, que se não desprende da própria personalidade do autor.⁴⁸

48 CHAVES, Antonio. *O Direito de autor no Brasil* (resposta a um inquérito da Unesco). Separata da Revista dos Tribunais fascículo 597, v. 183. p. 9-10.

O estatuto civil tratou dos direitos dos autores em seus artigos 649 – 673, dedicando-lhes 24 artigos ao que definiu como propriedade literária, científica e artística.

Mais adiante, em seus artigos 1346/1358, o *codex* tratou especificamente do contrato de edição, tratando, nos artigos seguintes (1359/1362) do contrato de representação dramática.

O prazo prescricional para as ações relativas a direitos de autor foi regulado no artigo 178, parágrafo 10, determinando o prazo de cinco (5) anos para as ações por ofensa civil, contado o prazo da data da contrafação.

2.2.2.1 Sistemática de Domínio Público

O Código Civil tratou especialmente da expiração do prazo de proteção das obras artísticas particulares em seu artigo 649, dispondo:

Art. 649. Ao autor de obra literária, científica ou artística pertence o direito exclusivo de reproduzi-la.

§ 1º Os herdeiros e sucessores do autor gozarão desse direito pelo tempo de 60 (sessenta) anos, a contar do dia de seu falecimento.

§2º Se morrer o autor, sem herdeiros ou sucessores até o 2º grau, a obra cairá em domínio comum.

§ 3º No caso de caber a sucessão aos filhos, aos pais ou ao cônjuge do autor, não prevalecerá o prazo do §1º e o direito só se extinguirá com a morte do sucessor.

Detalhe que não pode escapar à análise deste trabalho é a ampliação do prazo de proteção em dez anos, pois, na lei anterior, o prazo de proteção era de 50 (cinquenta) anos, passando, no Código Civil, para 60 (sessenta) anos.

O Código Civil também inovou em outro aspecto. O termo inicial da fluência do prazo de proteção, que na lei anterior era a partir da publicação, passou a fluir, no estatuto civil, a partir do falecimento do autor.

Esse critério, seguido nas legislações posteriores, com certeza, acrescenta outra dificuldade à sistematização de obras musicais caídas em domínio público, uma vez que obrigará a pesquisa das datas de falecimento dos autores brasileiros, além de obrigar a pesquisa da existência de herdeiros e do grau de parentesco.

Cumprе também verificar que a redação original do artigo não continha o parágrafo 3º, acrescentado pela Lei nº 3.447 de 1958, que deferiu aos pais e cônjuges do autor falecido o exercício dos direitos transmitidos *causa mortis* durante toda a vida desses herdeiros.

No artigo 662, o estatuto civil previu um prazo diferenciado para o domínio público de obras encomendadas ou subsidiadas pelo poder público, determinando um prazo de quinze anos.

Art. 662. “As obras publicadas pelo Governo Federal, Estadual ou Municipal, não sendo atos públicos e documentos oficiais, caem, quinze anos depois da publicação, no domínio comum”.

Comentando o referido artigo, o autor J.M de Carvalho Santos, afirma:

4- Caem, quinze anos depois da publicação, no domínio comum. Argumenta Sá Pereira, com tóda procedência: se o Govêrno publica uma obra, é porque ela é útil à coletividade, à sua cultura, à sua instrução, à sua direção. Vende-a para ressarcir-se das despesas, mas não para auferir lucros materiais. Para tanto, o prazo de quinze anos é suficiente.⁴⁹

Antonio Chaves, ao responder a um inquérito enviado pela UNESCO sobre a situação do direito de autor no Brasil, abordou a temática do domínio público ponderando que o Código Civil não tinha adotado a sistemática de domínio público remunerado⁵⁰, mas que havia tentativas para adotá-lo, fato que ocorreu na legislação de 1973, conforme se verá no próximo tópico.

2.2.3 A Lei nº 5.988/73

Esse diploma pátrio reuniu, pela primeira vez, os direitos de autor e os direitos conexos que estavam regulados em diplomas separados. Isso significou um grande avanço legislativo, principalmente na área de gestão coletiva musical, seguindo uma tendência mundial tímida à época, impondo a arrecadação e distribuição centralizada de direitos autorais decorrentes de execução musical.

Outra inovação dessa lei foi a criação de um Conselho Nacional de Direito Autoral, que possuía uma série de atribuições consul-

49 SANTOS, J.M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. São Paulo: Freitas Bastos, 1963. v. VIII. p. 458.

50 CHAVES, Antonio. *O direito de autor no Brasil* (resposta a um inquérito da Unesco). Separata da Revista dos Tribunais fascículo 597, v. 183. p. 15.

tivas e fiscalizatórias, entre outras. Vigorou durante vinte e cinco anos, sendo muito discutido por todos os segmentos envolvidos e pelo Poder Judiciário, que produziu uma vasta jurisprudência sobre o tema.

Sobre essa lei manifestou-se o autor Antonio Chaves, a pedido do Secretário Geral da Cisac – *Confédération des Sociétés d’Auteurs et Compositeurs* – comparando o projeto de lei que lhe deu origem e a redação final do diploma, sob o enfoque das entidades de titulares:

A Lei nº 5.988, de 14.12.1973, procurou, num esforço sincero pôr um pouco de ordem no panorama tumultuado do direito de autor brasileiro, que abalava bastante o prestígio pátrio no estrangeiro, quanto a esse particular, não tanto sob o ponto-de-vista da nossa regulamentação legal da matéria, bastante razoável, como pela sua atuação prática, sem dúvida alguma, negativa.⁵¹

Trazido para a realidade atual, em que a pirataria envergonha o país, o comentário acima referido mostra-se bastante recorrente. Os dados divulgados pela mídia escrita e falada comprovam que a aplicação dos dispositivos legais pátrios e supranacionais ainda dependem de maior eficácia e aparelhamento estatal no combate a contrafação.⁵²

51 CHAVES, Antonio. *Nova lei de direitos autorais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 1.

52 Matéria do jornal Folha de São Paulo de 23/09/02 veiculou: "Acima da média da própria América Latina, o Brasil acumula perda de 24,7% do faturamento em relação a 2.000. Após especulações de que a pirataria ocuparia até 70% do mercado nacional, taxa de pirataria foi estimada oficialmente em 53% (cinquenta e três) por cento.

Analisada de forma mais detida e completa, a pirataria foi inserida num contexto criminoso mais sério e preocupante do crime organizado, uma vez que se aliam para a prática desse ilícito vários segmentos criminosos, conforme trecho abaixo transcrito:

Quem imagina que a pirataria é um crime de pequeno potencial ofensivo e se propaga em razão dos altos preços dos produtos originais, está completamente enganado. Todos os envolvidos nessas práticas estão, de uma forma ou de outra, alimentando uma cadeia produtiva e organizada 'às avessas'. Não é uma atividade inocente e sem organização. Sempre há indicadores do crime organizado, nas atividades da pirataria.⁵³

Dentro dos setores mais afetados pela pirataria está a indústria fonográfica que, no Brasil, acumulou perda de 24,7% (vinte e quatro por cento e sete décimos) do mercado musical em 2001⁵⁴. O país lidera o *ranking* os países da América Latina nesse quesito, tornando-se alvo relevante das entidades de defesa de titulares, das organizações mundiais e das empresas fonográficas que acabam deixando de investir em novos talentos.

53 Conforme opinião do advogado e ex-delegado de polícia, Ricardo Bandle Filizzola, em matéria veiculada no Jornal do Advogado da OAB São Paulo Jornal do Advogado. OAB-SP, junho de 2002.

54 Segundo balanço anual da indústria fonográfica o Brasil ocupa o 12º (décimo segundo) lugar no mundo em termos de pirataria, que gerou uma redução de 24,7% (vinte e quatro por cento e sete décimos) no faturamento e uma redução de 24,9% (vinte e quatro por cento e nove décimos) de unidades vendidas. Ocupando a pirataria 53% (cinquenta e três por cento) do mercado. Cf. Folha de São Paulo. Ilustrada. 23/09/02.

2.2.3.1 Sistemática de Domínio Público

Uma vez que a temática do domínio público está diretamente relacionada ao prazo de proteção das obras, cumpre observar que a Lei nº 5.988/73, outorgava um prazo de 60 (sessenta) anos, a partir do falecimento do titular, nos termos do artigo 44, alterando a sistemática anterior do Código Civil que deferia aos sucessores, pais, filhos ou cônjuges o exercício até o falecimento desses herdeiros, ou ainda, o prazo de 60 anos após a morte do titular que não deixasse aqueles graus de herdeiros.

O domínio público de obras que não fossem públicas estava tratado no artigo 48 abaixo transcrito:

Art. 48 – 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, transmitidas pela tradição oral;

III – as publicadas em países que não participem de tratados a que tenha aderido o Brasil, e que não confirmem aos autores de obras aqui publicadas o mesmo tratamento que dispensam aos autores sob sua jurisdição.

Aspecto legal muito importante existente na lei nº 5.988/73, referente a domínio público que não pode deixar de ser aqui abordado diz respeito ao domínio público remunerado inserido no artigo 93, abaixo transcrito:

Art. 93 – A utilização, por qualquer forma ou processo que não seja livre, das obras intelectuais pertencentes ao domínio

público depende de autorização do Conselho Nacional de Direito Autoral.

Parágrafo Único: Se a utilização visar a lucro, deverá ser recolhida ao Conselho Nacional de Direito Autoral importância correspondente a cinquenta por cento da que caberia ao autor da obra, salvo se destinar-se a fins didáticos, caso em que essa percentagem se reduzirá a dez por cento.

Sobre essa peculiaridade da sistemática da lei autoral de 1973 assim se manifestou o autor Carlos Fábio Mathias de Souza:

Domínio público remunerado

Se é a regra praticamente geral, a utilização livre da obra caída em domínio público, sem qualquer outra prestação pecuniária, a título de direito patrimonial, vale dizer o **domínio público normal gratuito**, deve-se lembrar que há países (poucos, diga-se de passagem) que têm introduzido em sua legislação o **domínio público remunerado** ou **domínio público pagante**.

O Brasil mesmo chegou a introduzir na Lei dos Direitos Autorais de nº 5.988/73. O domínio público remunerado, o que foi revogado pela Lei nº 7.123, de 12.9.83.

Estava lá, no seu artigo 93 com seu parágrafo único: “A utilização, por qualquer forma ou processo que não seja livre, das obras intelectuais pertencentes ao domínio público depende de autorização do Conselho Nacional de Direito Autoral. Se a utilização visar a lucro, deverá ser recolhida ao Conselho Nacional de Direito Autoral importância correspondente a 50% da que caberia ao autor da obra, salvo se destinar a fins didáticos, caso em que essa percentagem se reduzirá a 10%.”

Os recursos advindos da utilização de obras do domínio público remunerado integrariam o Fundo de Direito Autoral, que tinha

cinco finalidades: **a)** estimular a criação de obras intelectuais, inclusive mediante instituição de prêmios e de bolsas de estudos e de pesquisas; **b)** auxiliar os órgãos de assistência social das associações e sindicatos de autores, intérpretes ou executantes; **c)** publicar obras de autores novos mediante convênio com órgãos públicos ou editora privada; **d)** custear despesas do Conselho Nacional de Direito Autoral; e **e)** custear o funcionamento do Museu do Conselho Nacional de Direito Autoral.

De outra parte (registre-se de passagem), o Conselho Nacional de Direito Autoral (órgão hoje extinto) ficou com a incumbência de exercer, em nome do Estado, a defesa da integridade e genuinidade da obra caída em domínio público.

Se bem que nunca tivesse funcionado a contento, o chamado domínio público remunerado (e, tampouco, o Fundo de Direito Autoral, que chegou a receber verbas orçamentárias, o que em princípio é uma desnaturaçã) e ainda que já banido do ordenamento positivo, como já dito desde a Lei nº 7.123/83, cumpre dizer-se algumas palavras sobre ele.

Veza por outra (partindo de pessoas, certamente, bem intencionadas) vê-se a defesa da reintrodução no Brasil do chamado domínio público remunerado ou pagante. Para reflexão sobre o tema, primeiro no concernente à parte que custearia atividades do Estado, seria bom lembrar como é bem pouco confortável ver obras de Bach, Beethoven e Brahms (para ficar-se nos três BBB da música) ou de Vivaldi e Verdi (os dois grandes VV), a financiarem a máquina estatal. Ao depois, no que diz respeito à destinação dos recursos aos autores vivos (novos ou idosos), quer

para estimular novas criações intelectuais, quer para publicar outras, quer ainda para custear programas de assistência social, seria o caso de recordar-se da crítica de Túlio Ascarelli sobre um antigo projeto (que não chegou a prosperar) e que beneficiaria os escritores inscritos na Associação Brasileira de Escritores (ABDE) e que (com toda certeza) foi inspirado na Lei Francesa, que beneficiava a *Société de Gens de Lettres*.

Entendeu T. Ascarelli que

[...] não havia justificativa para que fosse limitado a favor de um grupo de autores (os vivos), que passariam destarte a gozar uma espécie de privilégio sobre toda cultura humana, desde Homero até nossos dias e a perceber, na realidade sob forma de direito autoral, um imposto sobre quem tivesse a ousadia de imprimir no Brasil uma tradução de Homero, Shakespeare, Voltaire ou Dante. (grifos do autor).⁵⁵

Interessante notar, que, se o país teve um sistema de domínio público remunerado com duração de 10 (dez) anos, deveria possuir um arquivo de obras caídas em domínio público sistematizadas pelo Conselho Nacional de Direito Autoral. Nesse sentido, durante todo o trabalho de pesquisa desenvolvido, não foram encontradas referências a bancos de dados específicos de obras musicais caídas em domínio público nas principais instituições do país, tais como: Escola de Música, Biblioteca Nacional e Biblioteca do Senado. Constatou-se que a pesquisa de obras caídas em domínio público por eventuais interessados

55 Apud CHAVES, Antônio. *Direito autoral de radiodifusão*. São Paulo: Max Limonad, 1952. p. 450.

deve ser feita obra por obra ou autor por autor, dificultando o acesso desse patrimônio aos cidadãos ou até mesmo impedindo o acesso, uma vez que a maioria dos cidadãos não tem acesso a todas informações necessárias para determinar se uma obra se encontra ou não em domínio público.

Constatou-se que não houve efetivamente a criação pelo Conselho Nacional de Direito Autoral de um banco de obras musicais caídas em domínio público que podiam ser utilizadas mediante remuneração. Pior, com o desmantelamento do referido conselho todo o acervo existente à época foi descartado conforme comprova informação do próprio representante da coordenação de direito autoral do Ministério da Cultura, em resposta à consulta efetuada por esse pesquisador, abaixo transcrita:

De: Maurício Cozer Dias

Para: spccda@minc.gov.br

Data: 22/03/2004-05-13

Assunto: CNDA

À Coordenação de Direito Autoral,

Sou autor e pesquisador de Direito Autoral, atualmente mestrando em propriedade intelectual na Universidade Metodista de Piracicaba (Unimep) e gostaria de saber para onde foi enviado o acervo referente ao extinto CNDA.

Gostaria de saber, também, se o extinto CNDA, que era o responsável pelo domínio público remunerado possuía cadastro de obras musicais caídas em domínio público. Houve, na época do CNDA, utilização remunerada de obras caídas em domínio público?

Atenciosamente

Maurício Cozer Dias

De: Gerência de Direito Autoral – gda@minc.gov.br

Para: Maurício Cozer Dias

Assunto: Re: CNDA

Data: 31/03/2004-05-13

“Prezado Maurício,

Infelizmente não temos o espólio do extinto CNDA.

O desmonte da Cultura na era Collor foi tamanho que os poucos livros que a Gerência de Direito Autoral possui hoje foram encontrados, literalmente na lata do lixo.

O que resta são memórias vivas daquele período.

Bem, não existia uma listagem com todas as obras caídas em domínio público, porque como bem você sabe, o registro de obras na área autoral é facultativo e não gerador de direitos. Ou seja, a principal fonte – que é o registro de obras – não era uma

fonte fidedigna para que se realizasse essa tarefa. Entretanto, me recorde que havia uma lista com algumas obras, as outras eram mediante pesquisa ponto a ponto, vale dizer, morte do autor, data da primeira publicação etc.

Até quando existiu o domínio público remunerado creio que sim, o CNDA deve ter captado alguma coisa em função do domínio público remunerado. A Lei 7.123 de 12.09.83, entretanto, acabou com o chamado domínio público remunerado.

As captações do Fundo de Direito Autoral a partir dessa data se circunscreveram às doações feitas por pessoas físicas e jurídicas, os produtos das multas impostas pelo CNDA e das quantias não reclamadas pelos associados de associações que compunham o ECAD, no período de alguns anos e oriundos de outras fontes.

Atenciosamente

Gerência de Direito Autoral”.

A resposta da gerência de direito autoral referente à consulta feita demonstra, de forma cabal, a inexistência de qualquer banco de dados que disponibilizem as obras caídas em domínio público, bem como a necessidade de um esforço conjunto de instituições públicas e não governamentais no sentido de construir esse banco de dados e tornar efetivamente públicas as obras integrantes do patrimônio artístico cultural pátrio.

2.2.4 A Lei nº 9.610/98

O atual diploma que rege os direitos autorais é relativamente novo, tendo sido publicado em data de 19 de fevereiro de 1998 e entrado em vigor em 19 de agosto do mesmo ano. Esse diploma alterou, atualizou e consolidou a legislação anterior que vigorou por vinte e cinco anos.

O contexto tecnológico atual é muito desafiador para os operadores do direito autoral, uma vez que as inovações tecnológicas têm ocorrido numa velocidade muito superior às soluções legais e jurídicas.

2.2.4.1 Sistemática de Domínio Público

A normatização do domínio público, seguida pelo atual diploma é diferente do diploma anterior, conforme se verá na transcrição do dispositivo abaixo:

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.

Ao analisar o dispositivo supra Plínio Cabral afirma:

Mas o domínio público não decorre apenas do prazo de proteção que a lei confere às obras de arte. Segundo o art. 45, 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.

Neste último item incluem-se as obras de folclore, ameaçadas de verdadeiro genocídio cultural pela penetração maciça dos meios de comunicação. Além disso, elas são recolhidas, arrançadas, adaptadas, sofrendo um processo que viola sua pureza original. Sendo obras de autores desconhecidos, é óbvio que sua utilização está fora de proteção, independente de qualquer preceito legal. Cabe ao Estado, entretanto, resguardar tais obras, que constituem patrimônio cultural da nação. É o que faculta, embora sem muita precisão técnica, o item II do artigo 45, já que se refere a conhecimentos étnicos e tradicionais, sem aludir à obra de arte folclórica.

O domínio público assegura a utilização da obra de arte sem limites, respeitada sua integridade.⁵⁶

Em outra obra de sua autoria⁵⁷, o mesmo autor analisa o artigo 24, § 2º da lei autoral que obriga o Estado à defesa das obras caídas em domínio público, conforme transcrito abaixo:

Com efeito, a obra em domínio público não é *res nullius*, coisa sem dono. É uma propriedade que deve ser encarada com a maior seriedade. Ela é *res omnium*, ou seja, pertence a todos. Beneficia o indivíduo. Mas está acima dele. Pertence à sociedade – e a sociedade humana é um ente sem forma cuja duração é limitada.

56 CABRAL, Plínio. *A nova lei dos direitos autorais* (comentários). Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998, p. 117-118.

57 CABRAL, Plínio. *Direito autoral: dúvidas & controvérsias*. São Paulo: Harbra, 2000. p. 87-90.

Entre os bens culturais da comunidade estão as obras em “domínio público”, cuja integridade, como parte dos direitos morais do autor, deve ser defendida para que o patrimônio cultural não sofra qualquer ação deletéria. É preciso valorizar essa obra, pois ela representa a memória cultural do país e, portanto, não pode ser adulterada.

A defesa desse patrimônio interessa a todos, pois é um bem coletivo, protegido, não apenas pela lei de direitos autorais, mas pela própria carta constitucional, que confere ao cidadão o direito de ação para defender os bens culturais pertencentes à coletividade. Com efeito, o item LXXIII, do artigo 5º edita:

[...] qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a 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 Estado não pode fugir, a não ser por incúria de quem o representante, às obrigações impostas pela lei, como é o caso do patrimônio cultural da nação. E, pela omissão, deve ser responsabilizado, cabendo, inclusive, o uso da ação popular.

É o caso das obras em domínio público, que até hoje não mereceram melhor atenção, seja da própria comunidade cultural, seja – principalmente – do governo. Elas integram o patrimônio cultural da nação, o que é definido em norma constitucional, conforme estabelece o artigo 216:

Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de reverência à identidade, à nação, 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.

Não há nem mesmo uma relação das obras em “domínio público”, as quais são utilizadas – ou, melhor dizendo: inutilizadas – ao bel-prazer de quem queira fazer com elas qualquer negócio de oportunidade.

Embora a doutrina reconheça a obrigação do Estado em defender as obras caídas em domínio público como integrantes do patrimônio artístico cultural do país, nada se avançou na efetiva proteção e disponibilização desse acervo cultural, podendo ser defendida ainda a inconstitucionalidade por omissão, com base na afirmação do autor supra mencionado.

2.2.5 O Domínio Público na Jurisprudência Brasileira

Além da doutrina esmiuçar muito pouco a temática, são raras as decisões relativas a domínio público no repertório jurisprudencial.

dencial pátrio. Embora as demandas sobre direitos autorais de música dominem o cenário jurisprudencial, em razão da cobrança de direitos autorais pelas execuções musicais em locais de freqüência coletiva, não são encontráveis demandas acerca dos prazos de proteção e da utilização livre de obras.

Consultando a obra específica de jurisprudência autoral de Carlos Alberto Bittar⁵⁸, não foi encontrada nenhuma decisão referente à temática aqui tratada. Em obra de nossa autoria⁵⁹ é citada uma decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em um Recurso Especial proveniente de uma ação de cobrança proposta pelo ECAD, no Estado do Rio de Janeiro, em face de um usuário de obras musicais que alegou a utilização de cáida em domínio público. Eis sua transcrição:

EMENTA

Direito Autoral. ECAD. Música de domínio público. Fundando-se o acórdão de improcedência da ação de cobrança na assertiva de que eram executadas músicas já do domínio público, não se conhece do recurso especial.

DECISÃO

Por unanimidade, não conhecer do recurso.

ACÓRDÃO RESP 74.376/RJ; RECURSO ESPECIAL (1995/0046406-3).

FONTE: DJ

58 BITTAR, Carlos Alberto. *A Lei de direitos autorais na jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

59 DIAS, Maurício Cozer. *Direito autoral: jurisprudência, prática forense, arbitragem, normas regulamentares do Escritório Central de Arrecadação Distribuição (ECAD)*. LZN: Campinas, 2002, p. 144.

DATA: 27/11/1995

PÁG.: 40.887

RELATOR: Min. EDUARDO RIBEIRO

DATA DA DECISÃO: 9/10/1995

ÓRGÃO JULGADOR: T3 – TERCEIRA TURMA.

Em pesquisa realizada junto aos Tribunais Estaduais de Justiça, quando da elaboração da obra supra referida de nossa autoria também não foram encontradas decisões relativas a domínio público.

Outra obra de cunho jurisprudencial⁶⁰, especialmente voltada para o direito autoral foi pesquisada sem lograr êxito também, o que denota a quase inexistência de preocupação com a temática no Brasil. Essa obra, em sua terceira edição, colacionou decisões anteriores à vigência do atual diploma autoral.

Nesse sentido, o autor Antonio Chaves, ao responder um inquérito enviado pela UNESCO em 1950 sobre o estado da jurisprudência autoral à época asseverou:

12. Estado atual da jurisprudência brasileira

O direito de autor não é uma especialidade que se possa dizer cultivada no Brasil. Com exceção de uma dezena de personalidades que se interessam pelos seus problemas, ela permanece quase que desconhecida [...]

Em tais condições, não há de causar surpresa o fato da jurisprudência ser ainda hesitante e encontrar-se em suas primeiras

⁶⁰ VEIGA, Rosanie Martins da (org.). *Direito autoral*. 3.ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 2000.

manifestações, não podendo pois ser qualificada como “corrente e constante.” Pensamos que, não obstante, possa ser útil mencionar as seguintes decisões, que são todas as que pudemos coleccionar.⁶¹

De 1950 para cá, o direito autoral brasileiro tomou corpo, seguindo a jurisprudência o mesmo caminho, porém, a temática do domínio público ainda não é analisada pelos tribunais em razão da inexistência de utilização e de demandas relativas ao assunto.

2.3 A Sistemática de Domínio Público na Legislação Portuguesa

Uma vez analisadas as disposições pátrias e transnacionais acerca dos prazos de proteção das obras literárias, artísticas e científicas, parece importante analisar as disposições da legislação autoral portuguesa, em razão de possuir similitude com a sistemática brasileira.

Para se alinhar às normas da comunidade europeia, Portugal editou o Decreto nº 334/97 que transpôs para a ordem jurídica portuguesa o disposto na Directiva 93/98/CEE, dispondo em seu artigo 2º sobre a alteração dos artigos 31º a 39º e 183º do Código de Direito de Autor Português, passando a ter a seguinte redação:

61 CHAVES, Antonio. *O direito de autor no Brasil* (resposta a um inquérito da Unesco); separata da Revista dos Tribunais Fascículo 597, v. 183, p. 20.

Art. 31º

Regra Geral

A direito de autor caduca, na falta de disposição especial, 70 anos após a morte do criador intelectual, mesmo que a obra só tenha sido publicada ou divulgada postumamente.

Art. 38º

Domínio público

1 – A obra cai no domínio público quando tiverem decorrido os prazos de proteção estabelecidos neste diploma.

2 – Cai igualmente no domínio público a obra que não for licitamente publicada ou divulgada no prazo de 70 anos a contar de sua criação, quando esse prazo não seja calculado a partir da morte do autor.

Comentando as normas portuguesas, afirma José de Oliveira Ascensão:

DOMÍNIO PÚBLICO

Obras no domínio público

1 – Ou em consequência do esgotamento do prazo de proteção, ou por efeitos de outras circunstâncias estabelecidas na lei, a obra cai no domínio público.

Esta é a expressão tradicionalmente usada, embora seja má, pois cria a confusão com o regime particular de coisas do interesse público, tradicionalmente qualificadas como do domínio público. Aliás, domínio público em relação à obra não representa nenhum domínio ou propriedade, mas simplesmente uma liberdade do público.

Compreende-se por isso que se aproximem na sua liberdade o mar territorial e a obra não protegida.

II – Efetivamente, a noção primitiva de domínio público era a situação das obras que se tornavam *res communes omnium*, de tal modo que poderiam ser utilizadas livremente por qualquer um, com finalidade de lucro, ou sem ela. Neste sentido, podiam-se inscrever no domínio público todas as obras não protegidas. Os atos públicos (art. 11) ou a obra ilícita (art. 22) poderiam considerar-se igualmente do domínio público.

Ao domínio público não correspondia um regime particular. Quando muito se dizia, em certas legislações, que a defesa da integridade e genuinidade da obra caída no domínio público pertence ao Estado, que a exercerá através das instituições culturais adequadas.

Mas esta liberdade vem de novo a ser restringida se se implantar o domínio público remunerado. A obra caída no domínio público deixaria de ser de utilização livre e gratuita. Por isso temos de distinguir hoje, da obra não protegida, a obra caída no domínio público.⁶²

Ao tratar dos direitos morais dos autores, a legislação autoral portuguesa em seu artigo 57º, atribui ao Estado, através do Ministério da Cultura a defesa da genuinidade e integridade das obras caídas em domínio público, como se vê no dispositivo abaixo transcrito:

Artigo 57º

Exercício

Por morte do autor, enquanto a obra não cair no domínio público, o exercício destes direitos compete aos seus sucessores.

62 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

A defesa da genuinidade e integridade das obras caídas no domínio público compete ao Estado e é exercida através do Ministério da Cultura.

Falecido o autor, pode o Ministério da Cultura avocar a si, e assegurá-la pelos meios adequados, a defesa das obras ainda não caídas no domínio público que se encontrem ameaçadas na sua autenticidade ou dignidade cultural, quando os titulares do direito de autor, notificados para o exercer, se tiverem absterido sem motivo atendível.

Assim como na sistemática portuguesa, no Brasil, a incumbência de proteção de obras caídas em domínio público pertence ao Estado, porém, em Portugal a legislação incumbiu especificamente o Ministério da Cultura dessa tarefa, enquanto no Brasil não há essa designação específica ao Ministério da Cultura ou a qualquer outro órgão governamental, dificultando ainda mais a efetiva proteção desse patrimônio musical.

Em consulta feita via Internet junto ao gabinete de direito de autor de Portugal⁶³, órgão ligado ao Ministério da Cultura português, sobre a existência de sistematização de obras caídas em domínio público, seu diretor Nuno Gonçalves respondeu:

O Estado não possui qualquer base de dados sobre as obras caídas no domínio público. Habitualmente, funciona a colaboração para este efeito entre o Estado e a SPA – Sociedade Portuguesa de Autores.

Nuno Gonçalves.

63 <<http://www.gda.pt>> – correio eletrônico gda@gda.pt (resposta enviada em 27/09/2004).

2.3.1 A Sistemática de Domínio Público na Bolívia

A lei de direito de autor da Bolívia, nº 1.322 de 13 de abril de 1992⁶⁴, possui sistemática que protege as obras pelo prazo de 50 (cinquenta) anos após o falecimento do autor, conforme os ditames da Convenção de Berna, nos termos dos dispositivos abaixo transcritos:

DURACION DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES

Artículo 18.- La duración de la protección concedida por la presente Ley será por toda la vida del autor y por 50 años después de su muerte, en favor de sus herederos, legatarios y cesionarios.

Los plazos establecidos en este capítulo se computarán desde el día primero de enero del año siguiente al de la muerte o al de la publicación, exhibición, fijación, transmisión, utilización o creación, según proceda.

No título XI do mesmo diploma, trata-se do regime fiscal das obras caídas em domínio público protegendo-as como patrimônio nacional, instituindo um sistema de domínio público remunerado, para as utilizações com caráter comercial, semelhante ao que vigorou no Brasil na vigência da lei nº 5.988/73.

Essa caracterização legal das obras caídas em domínio público como integrantes do patrimônio nacional vem ao encontro aos estudos aqui detalhados, sendo de suma importância a transcrição dos dispositivos legais bolivianos.

64 <<http://www.cerlalc.org/documentos/bolivia.htm>>. Acesso em 21 set. 2004.

TITULO XI

Del régimen fiscal.-

CAPITULO I

PATRIMONIO NACIONAL Y DOMINIO PÚBLICO

Artículo 58.- Patrimonio Nacional es el régimen al que pasan las obras de autor boliviano que salen de la protección del derecho patrimonial privado, por cualquier causa; pertenecen al Patrimonio Nacional:

- a) Las obras folclóricas y de cultura tradicional de autor no conocido.*
- b) Las obras cuyos autores hayan renunciado expresamente a sus derechos.*
- c) Las obras de autores fallecidos sin sucesores ni causahabientes.*
- d) Las obras cuyos plazos de protección fijados por los Arts. 18 y 19 se hayan agotado.*
- e) Los himnos patrios, cívicos y todos aquellos que sean adoptados por cualquier institución de carácter público o privado.*

Pertenecen al dominio público las obras extranjeras cuyo período de protección esté agotado.

Artículo 60.- La utilización bajo cualquier forma o procedimiento de obras del patrimonio nacional y del dominio público será libre, pero quien lo haga comercialmente, pagará al Estado, de acuerdo con lo establecido en los reglamentos, una participación cuyo monto no será menor del diez por ciento (10%) y no mayor del cincuenta por ciento (50%) que el que se pague a los autores o sus causahabientes por utilización de obras similares sujetas al régimen privado de protección.

Artículo 61.- Los montos recaudados por concepto de utilización

de obras del Patrimonio Nacional, se aplicarán únicamente al fomento y difusión de los valores culturales del país.

Artículo 62.- El Estado a través de la Dirección Nacional del Derechos de Autor reconocerá del porcentaje recaudado por obras de Patrimonio Nacional, un diez por ciento (10%) al recopilador y un diez por ciento (10%) a la comunidad de origen en caso de ser identificados.

Mais interessante notar que a legislação boliviana foi mais além ao determinar, em seu artigo 62, 10% (dez) por cento para a comunidade de origem, prestigiando as comunidades dos autores, as comunidades que invistam na cultura, na educação, na propriedade intelectual, verticalizando o retorno social da cultura.

2.3.2 O Domínio Público nos Estados Unidos da América

Nos Estados Unidos da América vigora a sistemática de *copyright*, que enfoca principalmente o produto final da criação, ou seja, os direitos patrimoniais de cópia, sem contemplar, contudo, os direitos morais, como faz a sistemática europeia ou francesa, que foi adotada pelo Brasil. Tanto o sistema de *copyright* vigente nos países de origem inglesa, quanto o sistema europeu convivem em certa harmonia nas convenções internacionais.

Cumprir notar que a discussão acerca de obras caídas em domínio público é mais ampla e avançada nos Estados Unidos, em face do interesse de editores especializados em publicações de obras sem o pagamento de direitos autorais, bem como, por entidades e usuários da Internet interessados na difusão e utilização de obras sem o pagamento de direitos autorais.

A temática é facilmente encontrada na rede mundial de computadores, existindo uma página especializada em informações acerca de domínio público no endereço <http://www.pd.info>. Na referida página, é disponibilizada uma lista de músicas caídas em domínio público naquele país e informações sobre como verificar se uma obra está efetivamente em domínio público.

Nessa mesma página é oferecida uma obra de autoria de um advogado americano Stephen Fishman, especializado nessa matéria sob o título *The Public Domain – How to Find & Use Copyright-Frees – Writings, Music, Art & More*.

Em outra página da rede mundial, outro americano, Erick Eldred, divulga⁶⁵ informações relativas a obras e autores que estão prestes a entrar em domínio público. Bem como, informações sobre demandas judiciais contrárias a extensão do prazo de proteção de 50 (cinquenta) para 70 (setenta) anos, do prazo de proteção em razão da adoção pelo governo norte-americano das normas internacionais.

Além das páginas de maior destaque, acima referidas, outras páginas são encontradas. Cerca de 50 (cinquenta) endereços levam a informações sobre domínio público. Na área médica, foi desenvolvido o projeto *Public Library on Science* (PLOS), que tem a missão de difundir o conhecimento já adquirido na área médica.

Nas pesquisas realizadas através da rede mundial de computadores, constata-se que os americanos estão mais avançados na luta

65 <<http://eldred.cc>>. Acesso em 24 ago. 2004

pela utilização das obras caídas em domínio público, percebendo inclusive sua importância na difusão da cultura e do conhecimento já acumulados pela humanidade e a necessidade da viabilização dessas obras face à sociedade de informação já instalada.

2.3.2.1 O Domínio Público na Jurisprudência Americana

As discussões jurídicas acerca do domínio público também se fazem presentes na justiça americana de forma mais ostensiva que nos demais países pesquisados adotantes do sistema europeu.

Três são as demandas mais divulgadas relativas à discussão da extensão do prazo de proteção das obras pela legislação americana. Todas as três ações são dirigidas contra o Advogado Geral da União. São elas *Golan x Ashcroft*⁶⁶ (representando a União), *Kahle x Ashcroft*⁶⁷, e, *Eldred*⁶⁸ x *Ashcroft*.

Comparando a jurisprudência norte-americana com a jurisprudência brasileira, constata-se o avanço da sociedade americana relativa à importância da utilização das obras caídas em domínio público, quer sob o prisma privado da reedição dessas obras sem o pagamento de direitos autorais, quer sob o prisma público de sua ampla divulgação e utilização pelo público em geral como forma de efetiva difusão cultural.

66 <<http://notabug.com/golan/>>. Acesso em 23 set. 2004.

67 <<http://eldred.cc>>. Acesso em 23 set. 2004.

68 <<http://eldred.cc>>. Acesso em 23 set. 2004.

2.4 Os Acordos Internacionais

Os pactos internacionais sempre foram um recurso para harmonizar as legislações de diversos países com relação a determinado assunto de interesse dos países envolvidos.

No atual estágio da humanidade, onde as nações possuem mecanismos de regulação mínima de questões de interesse internacional e os blocos econômicos se consolidam, derrubando barreiras antes intransponíveis de ordem burocrática, legislativa ou cultural, os acordos internacionais ganharam relevância na integração dos países nessa nova ordem transnacional. A comunidade europeia, através de diretivas harmoniza as legislações dos Estados-Membros, numa integração sem precedentes.

O direito intelectual já possui regramentos transnacionais há muito tempo, sendo verdadeiro predecessor dessa ordem hodierna de integração.

O Brasil possui uma tradição de país presente, atuante e aderente às contratações internacionais. Na área autoral, foi ratificada a Convenção de Berna, a Convenção Universal sobre Direitos do Autor, a Convenção de Roma sobre Direitos Conexos, o Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio e a Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Nacional.

2.4.1 A Convenção de Berna

A Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas de 1.886, foi revista e completada em várias ocasiões. A versão adotada pelo Brasil foi a de 1971, revisão de Paris, internada no ordenamento legal, por força do Decreto nº 75.699, de 6 de maio de 1975.

O artigo 18, 1, da Convenção estipula o prazo de proteção de 50 (cinqüenta) anos após a morte do autor, facultando o item 6 do mesmo artigo que os países aderentes podem conceder prazos maiores em suas legislações.

No caso brasileiro, a legislação atual de direito autoral adotou um prazo de proteção de 70 (setenta) anos, com supedâneo no permissivo convencional supra citado.

A Convenção de Berna, em seu artigo 18 abaixo transcrito, regulou o prazo mínimo de proteção a ser deferido pelos países contratantes nos seguintes termos:

- Art. 18 – 1) A presente Convenção aplica-se a todas as obras que na data da entrada em vigor deste instrumento, não caíram ainda no domínio público nos seus países de origem por ter expirado o prazo de proteção.
- 2) Todavia, se uma obra, por ter expirado o prazo de proteção que lhe era anteriormente reconhecido, caiu no domínio público no país onde a proteção é reclamada, não voltará a ser ali protegida.
- 3) A aplicação deste princípio efetuar-se-á de acordo com as estipulações contidas nas convenções especiais já celebradas ou a celebrar neste sentido entre países da União. Na falta de semelhantes

estipulações, os países respectivos regularão, cada qual no que lhe disser respeito, às modalidades relativas a tal aplicação.

- 4) As disposições precedentes aplicam-se igualmente no caso de novas adesões à União e quando a proteção for ampliada por aplicação do art. 7 ou por abandono de reservas.

2.4.2 A Convenção Universal sobre os Direitos de Autor

A Convenção Universal de 1952 foi introduzida em nosso ordenamento após a Convenção de Berna, através do Decreto nº 76.905 de 24 de Dezembro de 1975, sendo adotada a redação dada pela Revisão de Paris de 1971.

O artigo IV desse instrumento internacional tratou dos prazos de proteção dos autores, nos seguintes termos:

Art. IV – 1. A duração da proteção da obra é regulada pela Lei do estado contratante em que a proteção é reclamada, de acordo com as disposições do art. II e com as que seguem.

2. a) A duração da proteção, quanto às obras protegidas pela presente convenção, não será inferior a um período que compreenda a vida do autor e vinte e cinco anos depois de sua morte [...].

Cumprir notar que, nas duas convenções, não são tratadas as obras caídas em domínio público. Entende-se ser esta ausência de regulamentação, um deslize dos estados contratantes, uma vez que as obras do domínio público são tão importantes quanto as obras em exploração, uma vez que integram o acervo cultural dos países e da humanidade em face de seu valor internacional.

2.4.3 A Convenção Internacional para a Proteção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão.

O Brasil aderiu à mencionada convenção por intermédio do Decreto nº 57.125 de 19 de dezembro de 1965, regulando transnacionalmente os direitos conexos, antes mesmo de ratificar os instrumentos relativos aos direitos dos autores.

O artigo 14 desse instrumento regulou o prazo de proteção dos direitos conexos nos seguintes termos:

Art. 14. A duração da proteção a conceder pela presente Convenção não poderá ser inferior a um período de vinte anos:

para os fonogramas e para as execuções fixadas nestes fonogramas, a partir do fim do ano em que a fixação foi realizada;

para as execuções não fixadas em fonogramas, a partir do fim do ano que se realizou a execução;

para as emissões de radiodifusão, a partir do fim do ano em que se realizou a emissão.

2.4.4 Acordo sobre Aspectos dos Direitos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio.

Mais recentemente, nosso país aderiu, através do Decreto nº 1.355, de 30 de Dezembro de 1994, ao Acordo sobre Aspectos dos Direitos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, também chamado TRIP'S, abreviação do inglês para *Trade Related Intellectual Property Rights*.

Esse instrumento internacional também regula prazos de proteção em harmonia com a convenção de Berna, porém, igualmente aos demais tratados, não regula a questão de obras caídas em domínio público.

O prazo de proteção regulado por esse instrumento encontra-se em seu artigo 12, abaixo transcrito:

Art. 12. Quando a duração da proteção de uma obra, não fotográfica ou de arte aplicada, for calculada em base diferente à da vida de uma pessoa física, esta duração não será inferior a 50 anos, contados a partir do fim do ano civil da publicação autorizada da obra ou, na ausência dessa publicação autorizada nos 50 anos subseqüentes à realização da obra, a 50 anos, contados a partir do fim do ano civil de sua realização.

2.4.5 Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Nacional

Além dos instrumentos internacionais que têm por missão homogeneizar a legislação intelectual dos países, foram construídos instrumentos internacionais para proteger o patrimônio cultural dos respectivos países e da humanidade. A UNESCO, reunida em Paris em 1972, em sua décima sétima sessão adotou, no dia 16 de novembro, a Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural.

Em seus considerandos, afirma o texto da referida Convenção:

Constatando que o patrimônio cultural e o patrimônio natural estão cada vez mais ameaçados de destruição, não apenas pelas causas tradicionais de degradação, mas também pela evolução

da vida social e econômica que as agrava através de fenômenos de alteração ou de destruição ainda mais importantes;

Considerando que a degradação ou o desaparecimento de um bem do patrimônio cultural e natural constitui um empobrecimento efetivo do patrimônio de todos os povos do mundo (grifo nosso);

Considerando que a proteção de tal patrimônio à escala nacional é a maior parte das vezes insuficiente devido à vastidão dos meios que são necessários para o efeito e da insuficiência de recursos econômicos, científicos e técnicos do país no território do qual se encontra o bem a salvaguardar [...].

Considerando que se torna indispensável a adoção, para tal efeito, de novas disposições convencionais que estabeleçam um sistema eficaz de proteção coletiva do patrimônio cultural e natural de valor universal excepcional, organizado de modo permanente e segundo métodos científicos e modernos.

O artigo 4º da Convenção determina a obrigação dos países em assegurar a proteção e disponibilização aos cidadãos do patrimônio cultural situado em seus territórios, conforme abaixo transcrito.

No que diz respeito às obras caídas em domínio público, a proteção não vem se realizando, estando todo esse patrimônio esquecido, sem estudos mais específicos, sem disponibilização, podendo até mesmo ser perdido.

Artigo 4º

Cada um dos Estados parte na presente Convenção deverá reconhecer que a obrigação de assegurar a identificação, proteção, conservação, valorização e transmissão às gerações

futuras do patrimônio cultural e natural referido nos artigos 1º e 2º e situado no seu território constitui obrigação primordial. Para tal, deverá esforçar-se, quer por esforço próprio, utilizando no máximo os seus recursos disponíveis, quer, se necessário, mediante a assistência e a cooperação internacionais de que possa beneficiar, nomeadamente no plano financeiro, artístico, científico e técnico.

Detalhe a ser criticado na Convenção supra referida é a ausência de preocupação específica com as obras caídas em domínio público como integrantes dos patrimônios culturais dos países, que não são citadas pelo instrumento internacional. Com certeza é necessário um redirecionamento da preocupação das entidades internacionais e dos governos na proteção das obras caídas em domínio público.

2.4.6 Convenção para a Proteção do Patrimônio Imaterial

Desde a formalização da Convenção para a proteção do patrimônio cultural, alguns países trabalharam pela criação de um instrumento de tutela do patrimônio imaterial.

Em 1999 foi criada pela UNSECO a Proclamação das Obras Primas do Patrimônio Oral e Imaterial da Humanidade, cujo objetivo foi encorajar os países a identificar, preservar e divulgar seu patrimônio imaterial. A UNESCO também aprovou, pela Conferência Geral, em sua 32ª sessão em outubro de 2003, a Convenção Internacional para a Salvaguarda do Patrimônio Imaterial, que entrará em vigor com a ratificação dos países membros.

Cumprir notar que, mais uma vez, as obras caídas em domínio público, que deveriam ser objeto de uma regulamentação internacional não o foram. Esse fato denota a desatenção dos orga-

nismos internacionais com a proteção desse patrimônio que também pertence à humanidade.

2.5 As Entidades Internacionais

2.5.1 A OMPI

A Organização Mundial da Propriedade Intelectual, sediada em Genebra – Suíça, reúne 180 Estados membros e administra os 23 (vinte e três) principais instrumentos legais internacionais destinados à normatização da propriedade intelectual.

Sua origem remonta a 1883, com a Convenção de Paris, que fez surgir uma oficina internacional que possuía tarefas administrativas referentes aos Estados membros daquela União. Dez anos mais tarde, em 1893, foi formada uma organização que reunia as oficinas internacionais que ficou conhecida pela sigla ‘BIRPI’, precursora da atual OMPI.

Em 1960, as oficinas internacionais sediadas em Berna, mudaram-se para Genebra, onde estavam sediadas as organizações internacionais. Em 1970, foi criada formalmente a OMPI, já atuando internacionalmente na área de propriedade intelectual a trinta e quatro anos⁶⁹.

Em 1º de janeiro de 1996 entrou em vigor um acordo entre a

69 <<http://www.OMPI.int/about-wipo/es/gib.htm>>. Acesso em 24 ago. 2004.

Organização Mundial do Comércio, a OMC e a OMPI com o objetivo de harmonizar o cumprimento dos termos do Tratado sobre Aspectos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIP's).

Assim, o panorama internacional encontra-se estruturado para fomentar as questões relativas à propriedade intelectual, bem como, padronizar a proteção mundial, nos países membros.

2.5.2 A UNESCO

A Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura possui programas para a proteção do patrimônio mundial cultural. Tanto o patrimônio material quanto o patrimônio imaterial da humanidade são objeto de proteção dos programas da UNESCO.

As Convenções para a proteção do patrimônio cultural da humanidade⁷⁰ foram ratificadas pelo Brasil, sendo que as obras de Aleijadinho já foram declaradas patrimônio da humanidade, assim, como o casario de São Luiz do Maranhão e o Pelourinho da cidade de Salvador na Bahia.

Em 1998 a UNESCO⁷¹ criou um programa internacional chamado Proclamação das Obras Primas do Patrimônio Oral e Imaterial da Humanidade, para consagrar os exemplos mais insígnies do patrimônio oral e imaterial da humanidade.

70 Ver tópico 2.9.5 supra.

71 <http://portal.unesco.org/culture/es/ev.php-URL_ID=2227&URL_DO=DO_TO>. Acesso 24 ago. 2004.

Da análise dos programas das duas entidades internacionais supra referidas, constata-se a inexistência de programas ou projetos relacionados às obras caídas em domínio público, traduzindo-se na despreocupação com tema tão importante do direito intelectual, intimamente ligado aos objetivos de ambas as entidades internacionais, que é a padronização da proteção intelectual no mundo e a proteção do patrimônio cultural mundial, tornando-o acessível a todos os cidadãos do mundo.

Essa lacuna nos rumos da proteção internacional das obras caídas em domínio público denota a predominância do cunho patrimonial da proteção intelectual que vem sendo dada, tanto nas políticas nacionais e internacionais, quanto nos instrumentos internacionais que não regulam a proteção das obras caídas em domínio público.

É urgente que essa lacuna seja suprida pelos países e pelas instituições internacionais, no sentido de buscar a sistematização das legislações autorais e a construção de bancos de obras caídas em domínio público, cumprindo às instituições internacionais a criação de um banco internacional que reúna as obras de domínio público no mundo, tornando tanto as legislações nacionais quanto as obras acessíveis aos cidadãos do mundo.

2.6 A Importância dos Arquivos para a Conservação do Patrimônio Artístico

A cultura de um povo, de uma nação, traduz os seus valores, os seus costumes. Não proteger a cultura é o equivalente a enfra-

quecer o elo entre os indivíduos dessas comunidades, permitindo seu domínio por povos de economias e culturas mais fortalecidas.

No estágio atual de desenvolvimento da humanidade, não se domina mais apenas através da força física, através da guerra, da conquista territorial. Os agentes de dominação são outros, bem conhecidos em nosso país, tais como: a língua, a indústria cultural (televisão, cinema, dança, música, moda), a moeda, a economia, entre outros mecanismos de dominação como os próprios tratados internacionais vistos no item anterior, que subjagam e amarram os países em desenvolvimento sob vários aspectos.

Talvez a facilidade em aceitar valores culturais estrangeiros esteja enraizada em nossa história pela força da colonização de exploração aqui introduzida. Talvez essa facilidade em aceitar valores culturais estrangeiros também esteja enraizada na formação étnica do povo brasileiro, constituído de imigrantes de todas as etnias e regiões do globo. Porém, se o caráter inter-racial fosse determinante dessa facilidade, como explicar o comportamento dos norte-americanos e canadenses em resistir a valores culturais estrangeiros, exportando sua própria cultura?

Historicamente, é necessário fazer uma terapia psicológica em relação à colonização do país, semelhante à terapia feita com os indivíduos para tratar de traumas da fase oral. Nesta 'fase oral' da sociedade brasileira, com certeza, será encontrada uma série de traumas políticos, culturais, sociológicos, que se mostram presentes até hoje, na inépcia do Estado em realizar suas missões precípuas.

Fator que também deve ser considerado na busca da preservação cultural é o novo comportamento consumista estimulado vinte e quatro horas por dia em todos os veículos de comunicação, em quase todos os espaços urbanos, que impõem uma rápida e constante troca de tendências e modismos que movimentam a indústria. Nesse sentido, cabe a reflexão de Ulpiano⁷², citando Marx e Terdiman:

Por outro lado, o processo de transformação de qualquer bem em mercadoria, a que o capitalismo induziu e a sociedade de consumo sedimentou, traz consigo a necessidade de esquecimento, que impede reconhecer o processo de produção e suas implicações. É o que já postulava a visão de Marx sobre os mecanismos da fetichização. Mais que isso, voltando a Terdiman, tal processo é uma das formas mais insidiosas de perturbação mnemônica:

*To understand what we have made, we have to be able to remember it. Because commodities suppress the memory of their own process, they subvert or violate this fundamental tenet of the mnemonic economy (1993, p. 12).*⁷³

No mesmo sentido de proteção da identidade e da memória nacional, porém, dentro de uma abordagem técnico-jurídica a autora Lúcia Reizenwitz pondera:

A norma constitucional afirma integrarem o patrimônio cultural nacional os bens portadores de referência à identidade, à ação

72 MENESES, Ulpiano T. Bezerra de. *A crise da memória, história e documento: reflexões para um tempo de transformações*, In: SILVA, Zélia Lopes da (org.) *Arquivos, patrimônio e memória: trajetórias e perspectivas*. São Paulo: Unesp/Fapesp, 1999.

73 "Para entender o que fizemos, temos que ser capazes de lembrá-lo. Visto como as mercadorias suprimem a memória de seu próprio processo, elas subvertem ou violam este preceito fundamental da economia mnemônica".

e à memória do povo brasileiro. Eis os elementos que merecem observação: preservando-se bens culturais, constrói-se a identidade, valoriza-se a ação e assegura-se a memória da vida humana que existe em determinado território.⁷⁴

Um pouco mais adiante, na mesma obra, ao tratar do direito constitucionalizado à memória nacional prossegue:

Igualmente importante para a preservação do patrimônio cultural é o reconhecimento do direito à memória, porque ela é responsável por nossa sobrevivência. A memória reflete o vivido. Só existiu aquilo que foi por ela guardado. Preservar o patrimônio cultural é, portanto, uma forma de deixar nosso registro, garantir que existimos e proporcionar às futuras gerações um encontro com sua própria história.⁷⁵

Temos, no país, importantíssimos e respeitados arquivos culturais, como a Biblioteca Nacional e a Escola de Música, relativos ao tema desse trabalho. Porém, esses arquivos não possuem referências sobre as obras de domínio público, sendo que desempenhariam melhor papel na preservação do patrimônio artístico cultural pátrio se também tornassem acessíveis as obras dessa natureza, o que ocorre atualmente, prejudicando a difusão dessas obras e inviabilizando um direito dos cidadãos que é o seu acesso.

74 REISENWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural*, p. 101.

75 *Op.cit.* p. 102.

2.7 O Registro de Obras

A sistemática de registro de obras atualmente é facultativa, sendo a proteção legal e judicial conferida independentemente de registro da obra em um órgão público ou entidade de defesa de titulares. O registro ou não, da obra fica a critério do autor. Porém, a sistemática já foi diametralmente oposta na vigência da primeira lei de direito de autor de 1898.

2.7.1 A Sistemática de Registro da Lei nº 496/98

A Lei nº 496 de 1 de Agosto de 1898 em seu artigo 13⁷⁶ dispunha como formalidade essencial para a obtenção dos direitos de autor o registro da obra na Biblioteca Nacional.

Atualmente, a sistemática é muito diferente, constituindo um sistema de proteção independente do registro da obra. É interessante observar também a conjuntura política de cada época, uma vez que a liberdade de expressão essencial à atividade artística nem sempre foi garantida no Brasil, constituindo o registro uma forma de controle sobre a atividade intelectual e sobre os artistas.

76 Art. 13. É formalidade indispensável para entrar no gozo dos direitos de autor o registro na Biblioteca Nacional, dentro do prazo máximo de dois annos, a terminar no dia 31 de dezembro do seguinte áquelle em que deve começar a contagem do prazo de que trata o art.3º.

2.7.2 A Lei do Depósito Legal

Posteriormente ao primeiro diploma de direito de autor supra mencionado, foi editado o Decreto nº 1825, de 20 de dezembro de 1907, que tratou da remessa de obras impressas à Biblioteca Nacional, conhecido como Lei do Depósito Legal.

O artigo 1º do referido decreto incluiu dentre as obras que deveriam ser remetidas obrigatoriamente à biblioteca nacional, as obras musicais, conforme abaixo transcrito.

Os administradores de oficinas de tipografia ou gravura situadas no Distrito Federal e nos Estados são obrigados a remeter à Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro um exemplar de cada obra que executarem.

§ 1. Estão compreendidos na disposição legal não só livros, folhetos, revistas e jornais, mas também obras musicais, mapas plantas, planos estampas.⁷⁷

Interessante notar, na redação do dispositivo acima, que a legislação não obrigou os autores, e sim administradores de oficinas tipográficas, ou seja, os responsáveis pelas impressões das obras ao envio para registro. Poder-se-ia afirmar que a relação entre a produção cultural e a atividade política e repressiva é muito próxima. A cultura democrática no Brasil ainda é incipiente e preservar uma produção intelectual independente e destemida é obrigação de todos.

77

<<http://www.bn.br/script/fbndepositolegal1lei>>.

2.7.3 A Sistemática de Registro de Obras no Código Civil de 1916

O diploma civil de 1916 em seu artigo 673 tratou do registro de obras, dentro do capítulo da propriedade literária, artística e científica.

Para segurança de seu direito, o proprietário da obra divulgada por tipografia, litografia, gravura, moldagem ou qualquer outro sistema de reprodução, depositará, com destino ao registro, dois exemplares na Biblioteca Nacional, no Instituto Nacional de Música ou na Escola Nacional de Belas Artes do Distrito Federal, conforme a natureza da produção.

Parágrafo único. As certidões do registro induzem a propriedade da obra, salvo prova em contrário.

O autor Orlando Gomes, ao tratar da tutela dos direitos autorais sob o manto do Código Civil de 1916, abordou a questão do registro entendendo da seguinte forma:

Para gozar das garantias oferecidas, deve o autor proceder ao registro da obra. Entre nós se exige, para segurança do direito autoral, que o dono da obra faça o depósito de dois exemplares, com destino ao registro, que se faz na Biblioteca Nacional, no Instituto Nacional de Música ou na Escola Nacional de Belas Artes, conforme a natureza da produção, a requerimento do interessado.⁷⁸

O entendimento do autor supra mencionado, não é referendado por outros civilistas que também trataram da temática. Silvío Rodrigues, amparado por jurisprudência da época, defendeu a dispensabilidade do registro para a defesa dos direitos de autor, nos seguintes termos:

78 GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. I, p. 300.

Para a segurança do direito do autor permite o art. 673 do Código Civil o depósito da obra, divulgada por tipografia ou meios semelhantes, na Biblioteca Nacional, no Instituto Nacional de Música ou na Escola Nacional de Belas Artes. As certidões dêsse depósito firmam presunção *juris tantum* de propriedade da obra.

A jurisprudência, entretanto, tem reiteradamente entendido, e com muita razão, que o registro é apenas um elemento instituído em segurança do direito, não sendo elemento essencial para a constituição deste.⁷⁹

Na mesma linha de Silvio Rodrigues, Clóvis Bevilacqua, comentando especificamente o artigo 673 do Código Civil, defendeu a dispensabilidade do registro para a constituição e proteção dos direitos de autor.

Êste artigo alterou o direito anterior em dois pontos. Em primeiro lugar, estabeleceu três registros, conforme a natureza da obra: para as obras científicas e literárias continua o registro Biblioteca Nacional; para as de música criou o registro do Instituto Nacional de Música; e o da Escola Nacional de Belas Artes, para as outras.

Em segundo lugar, o registro é instituído para segurança do direito: para uma maior facilidade da sua conservação e defesa. Não é formalidade indispensável, para que o autor entre no gôzo do seu direito, como estatuiu a lei de 1 de Agosto de 1898. Aliás esse preceito pecava, diretamente, contra a Constituição, art. 72§ 26⁸⁰, que assegurava aos autores, o direito exclusivo de reproduzir as suas obras literárias e artísticas, independentemente de qualquer formalidade. O Código Civil harmonizou as suas

79 RODRIGUES Silvio. *Curso de direito civil: direito das coisas*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1972. v. 5, p. 235.

80 Constituição de 18 de setembro de 1946, art. 141,§ 19.

disposições com o preceito liberal da Constituição. Criou o registro porque é útil para a segurança das relações jurídicas, como meio de prova e verificação de propriedade. Mas não fêz dêle depender o exercício de um direito que, na obra, tem uma objetivação certa.⁸¹

Com a vigência do Código Civil instalou-se a discussão da obrigatoriedade ou não do registro, uma vez que a lei anterior impunha o registro como formalidade essencial para a obtenção dos direitos de autor. Posteriormente a lei nº 496 de 1898, conforme acima visto, a lei do depósito legal, obrigou os administradores de tipografias ao envio de exemplares à Biblioteca Nacional.

Embora a redação do artigo 673 do Código Civil seja no sentido da necessidade do registro das obras, uma vez que a palavra utilizada foi 'depositará', em sentido imperativo, a doutrina acima colacionada se posicionou no sentido da dispensabilidade do registro, tendo surgido a discussão sobre o registro e seus efeitos.

Na época, o Consultor Geral da República manifestou-se sobre a temática junto ao Ministério da Justiça, que tinha sido provocado pelo Diretor da Biblioteca Nacional, opinando pela indispensabilidade do registro para o exercício dos direitos de autor.

Clóvis Bevilacqua posicionou-se contrariamente ao parecer do Consultor Geral da República à época, cujos argumentos devem ser transcritos abaixo:

81 BEVILAQUA, Clóvis; BEVILAQUA, Isaías. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 10.ed. São Paulo: Paulo de Azevedo Ltda, 1955. v. III, p. 177.

“As razões dêsse Parecer são de todo improcedentes.

Invoca, em primeiro lugar, o histórico do Código Civil, quanto a êste artigo, pretendendo que o mesmo pensamento se manteve, através das várias fases da discussão, desde que, contra o sistema do Projeto primitivo, se admitiu a necessidade de registro.”

Mas a comissão revisora, acompanhando o Código Civil português, dissera: – Para gozar do benefício concedido neste capítulo, o autor ou proprietário de qualquer obra [...] deve depositar dois exemplares, etc.(art.769). Esta fórmula, evidentemente alheia à Constituição, que expressamente reconhecera o direito dos autores, direito que descera à categoria de mero benefício baseada pelo Código em formação, foi aos poucos, modificando-se, até que, no Senado, foi substituída pela qual afinal se lê no Código: – Para segurança de seu direito, o proprietário da obra..... depositará com destino ao registro, dois exemplares, etc.

Para finalizar sua argumentação contrária ao Parecer do Consultor da República, Clóvis também se estribou na Convenção de Berlim, conforme abaixo transcrito:

Além disso, não para corroborar o argumento de ordem constitucional, que dispensa qualquer auxílio, mas para mostrar outra face da incongruência da opinião de que o registro é indispensável para o gozo dos direitos autorais, cabe lembrar que o Brasil aderiu à Convenção Internacional de Berlim, para a proteção das obras literárias e artísticas, em cujo artigo 1º, 2ª alínea, se declara que o gozo e o exercício desses direitos não estão subordinados a formalidade alguma.

Essa convenção, aprovada pelo Congresso, é lei do país, e não é possível admitir que no Brasil coexistam os dois princípios, o que

torna o registro atributivo do direito autoral e o que o declara independente de registro.⁸²

A discussão sobre a obrigatoriedade ou não do registro para a aquisição dos direitos autorais somente cessou com diploma posterior conforme se verá.

2.7.4 A Sistemática do Registro na Lei nº 5.988/73

A lei nº 5.988/73, em seu artigo 17, dispensou o autor do registro de suas obras, instituindo o registro facultativo, nos seguintes termos:

Art. 17. Para segurança de seus direitos autorais, o autor de obra intelectual poderá registrá-la, conforme sua natureza, na Biblioteca Nacional, na Escola de Música, na Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro, no Instituto Nacional do Cinema, ou no Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia.

Esse artigo fulminou as discussões ocorridas na vigência do Código Civil de 1916, entre os que entendiam ser o registro uma formalidade indispensável para a atribuição de direitos de autor e os que entendiam ser o registro dispensável.

82 *Op. Cit.* p. 177-178.

2.7.5 A Sistemática de Registro na Lei nº 9.610/98

A lei atual reafirmou a sistemática da dispensa de registro, adotando a sistemática do diploma anterior, nos seguintes termos:

“Art. 18. A proteção aos direitos de que trata esta lei independe de registro.

Art. 19. É facultado ao autor registrar a sua obra no órgão público definido no caput e no § 1º do art. 17 da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973.”

Assim, desde a edição da lei de 1973, a dispensabilidade do registro para a atribuição de direitos autorais foi resolvida, tendo vencido o entendimento defendido por Clóvis Bevilacqua, Silvio Rodrigues entre outros estudiosos do assunto.

2.7.6 Dificuldades Impostas pela Dispensa de Registro

Conforme variou a legislação autoral no tempo, variou a sistemática de registro de obras. Na vigência da lei nº 496 de 1898, por força de seu artigo 13, era obrigatório o registro para efeito de aquisição da titularidade. A partir de 1907, tivemos a lei do depósito legal que é respeitada até hoje. Porém, com o advento do Código Civil de 1916, enquanto a doutrina discutia os termos legais, a sistemática de registro tornou-se, na prática, facultativa para a aquisição e defesa dos direitos autorais, sendo seguida pela lei nº 5.988/73 e pela lei atual nº 9.610/98.

O autor Nehemias Gueiros Júnior, menciona duas conseqüências do ato registral para o titular. A primeira refere-se a segurança conferida ao autor pelo registro formal gerando uma presunção *juris tantum*. A segunda, de especial interesse para essa obra é mencionada pelo autor para a preservação da memória nacional, literária, artística ou científica⁸³.

Na área musical, a temática deve ser analisada frente ao registro das obras fonográficas pelas gravadoras, o que certamente pode facilitar muito a investigação de obras caídas em domínio público. No início do século XX, no Brasil, a Casa Edison do Rio de Janeiro⁸⁴, gravou muitas obras que hoje pertencem ao domínio público, sendo necessário um levantamento sobre o paradeiro desses registros fonográficos.

Recentemente, foi instalado pela Federação Internacional da Indústria Fonográfica (IFPI), o código internacional de padronização de gravações, o ISRC, que administra internacionalmente o registro de cada faixa musical inserida nas gravações digitais. No Brasil, o Decreto nº 4533, foi editado em 19 de dezembro de 2002, para regulamentar o processo de codificação dos fonogramas para identificação dos autores, intérpretes, músicos acompanhantes, editores e produtores fonográficos.

Uma investigação junto às gravadoras que possuem os registros dos fonogramas, aliada a uma investigação junto às associações de titulares que possuem os registros dos titulares e de seus

83 Gueiros Junior, Nehemias. *O direito autoral no show business: tudo o que você precisa saber, volume I/ a música*. Rio de Janeiro: Gryphus, 1999.

84 In *Música Popular Brasileira*, pg. 18.

herdeiros poderá certamente levar a construção de um banco de dados confiável de obras musicais caídas em domínio público.

3. IMPLEMENTAÇÃO DO DOMÍNIO PÚBLICO

3.1 A Biblioteca Nacional

A Fundação Biblioteca Nacional possui atualmente o maior acervo de obras da América Latina. Sua história confunde-se com a própria história brasileira, tendo sido trazida para cá a partir de 1810, com a transferência da Corte Real de Portugal que fugia de Napoleão.

Com a Proclamação da República, a Biblioteca Real foi transformada em Biblioteca Imperial e Pública da Corte, sendo constantemente ampliada, mediante aquisições, doações e depósitos legais, instituídos através da chamada Lei do Depósito Legal, Decreto nº 1.825 de 20 de Dezembro de 1907.

Em razão do crescimento permanente de seu acervo, foi construído um prédio próprio que ficou pronto em 1910, abrigando até hoje todas as obras da biblioteca. Em 1990 a Biblioteca foi transformada em fundação de direito público vinculada ao Ministério da Cultura e passou a desempenhar também as funções do Escritório de Direito Autoral (EDA) que responde pelo registro de obras intelectuais, de acordo com a Lei nº 9.610/98, a Agência Brasileira do *International*

Standard Book Number- ISBN e a do International Standard Music Number- ISMN.

Diante de suas atribuições e de sua importância na preservação do patrimônio artístico-cultural brasileiro, a Biblioteca Nacional é uma peça-chave na construção e disponibilização de um banco de dados de obras caídas em domínio público.

A conjugação do extenso acervo e dos depósitos legais a partir de 1907 certamente auxiliará a tarefa de elaboração desse banco de dados. Somente o período compreendido entre 1916 e 1944 fica dependente da investigação dos herdeiros deixados pelos autores desse período.

Infelizmente a Biblioteca Nacional não conta atualmente com um critério de busca de obras caídas em domínio público, que tem de ser feita através do título ou do autor. Essa busca através de título ou do autor acaba por não mostrar o acervo caído em domínio público, possibilitando apenas pesquisas pontuais⁸⁵.

3.2 A Escola de Música

A origem da Escola de Música remonta à criação da Sociedade de Música pelo padre José Maurício, que possuía um curso de formação de músicos. Com o apoio do governo imperial, a Sociedade se transformou no Conservatório de Música, por força do Decreto Imperial nº 238 de 27 de novembro de 1841. Em

85 <<http://www.bn.br/histor.html>>. Acesso em 23/09/2004

1855, o conservatório foi anexado à Academia de Belas Artes. Com a Proclamação da República, o conservatório foi transformado no Instituto Nacional de Música através do Decreto ° 143 de janeiro de 1890. Em 1937 o Instituto Nacional de Música foi anexado à Universidade do Brasil, antiga Universidade do Rio de Janeiro. O atual nome da Escola Nacional foi estabelecido em 1965, por força do Decreto ° 4.759, que transformou a Universidade do Brasil em Universidade Federal do Rio de Janeiro⁸⁶.

A Escola de Música é responsável, no Brasil, pelo registro de obras musicais, conforme artigo 17 da Lei nº 5.988/73, mantido na íntegra pelo artigo 19 da Lei nº 9.610/98.

Mesmo sendo a entidade nacional responsável pelos registros de obras musicais, sendo uma entidade secular dedicada ao estudo da música, possuidora inclusive de uma Revista sobre a Música brasileira, a Escola Nacional não possui um acervo de obras musicais caídas em domínio público, conforme constatado mediante contato com a referida entidade e acesso à sua página na Internet.

3.3 As Obras Musicais Caídas em Domínio Público como Integrantes do Patrimônio Artístico Cultural Brasileiro

As obras do espírito criativo do brasileiro formam nosso patrimônio artístico cultural, nossa ligação com a terra, com nossos antepassados. Não apenas as edificações antigas tais como

86 <<http://www.musica.ufrj.br/histor.html>>. Acesso em 24/08/2004.

o casario de Ouro Preto-MG, as obras de Aleijadinho em Congonhas-MG, a fábrica de armas do morro de Ipanema-SP, a casa de Santos Dumont no Rio de Janeiro, entre tantos outros monumentos históricos brasileiros, necessitam de proteção.

As obras musicais concebidas por compositores já falecidos também compõem a memória e a identidade nacional e regional, relatando a evolução musical aqui ocorrida. O surgimento dos gêneros tipicamente nacionais como o samba, o baião, o frevo, o forró, o maracatu, a música gaúcha, testemunham a formação de costumes, festejos e ligações sócio-culturais próprias do povo brasileiro.

Em todos o mundo, essa identidade cultural e musical também é essencial na formação sócio-cultural das nações. São as canções que integram a memória nacional que identificam os povos, devendo ser sistematizadas, disponibilizadas para todos os cidadãos daquelas nações e do mundo.

No Brasil, sistematizar e disponibilizar essas obras é dever do Estado prescrito constitucionalmente, nos termos dos artigos 215 e 216 da Carta Magna. Nesse sentido, o autor Paulo Affonso Leme Machado⁸⁷, ao tratar dos princípios gerais do direito ambiental, afirma a função gestora do Estado, impondo-se ao Poder Público a figura de gestor ou gerente de bens que não são dele, são de uso comum do povo.

Felizmente, a obrigação legal está prevista tanto em nível constitucional, infra-constitucional, quanto em nível processual. A

87 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 89.

doutrina já transcrita também reconhece, sem qualquer tipo de oposição estatal, a necessidade e a possibilidade de defesa desse patrimônio musical, nesse sentido afirma Carlos Alberto Bittar nos seguintes termos:

“Observa-se, pois, ante a posição do Estado, de um lado, verdadeiro direito-dever, na defesa da obra, exatamente para proteção de valores da cultura do País e, de outro, caso particular de exercício de direitos morais, por quem não detém a titularidade sobre a criação”⁸⁸.

Assim, as normas constitucionais dos artigos 215 e 216, devem ser aplicadas em conjunto com o artigo 24, § 2º, da lei autoral. Esse elo entre a defesa das obras caídas em domínio público e a integração dessas obras no patrimônio artístico-cultural é que vem sendo desprezado tanto pelas entidades coletivas, quanto pelas autoridades administrativas. Entidades de proteção dos titulares no Brasil abundam, existindo atualmente 12 (doze) porém, na prática a completa falta de proteção ou disponibilização das obras caídas em domínio público impera tanto por parte do Estado quanto pelos entes coletivos.

Seria esse fato uma consequência de um fator cultural? Seria esse fato consequência do desinteresse da indústria cultural e dos países que a impõem? Seria esse fato devido à falta de informações adequadas para a formação de um banco de obras musicais caídas em domínio público? Seria esse fato decorrente da eterna falta de verba enfrentada pelos governos pátrios?

88

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 3.ed.

A falta de sistematização e disponibilização das obras caídas em domínio público uma vez constatada, deve ser combatida para a preservação do patrimônio artístico cultural brasileiro, bem como para fazer jus à sociedade do direito de usufruir dessas obras, depois de expiradas as hipóteses legais de proteção concedidas aos titulares e sucessores.

3.4 A Proteção ao Patrimônio Artístico Cultural na Legislação Pátria

Em nosso país, o legislador constitucional foi muito feliz ao tratar da proteção do patrimônio ambiental natural e artificial, incluindo-se, neste último, o patrimônio artístico cultural e histórico.

O autor José Afonso da Silva⁸⁹, ao tratar da temática ambiental constitucional dentro de seus aspectos conceituais define meio ambiente como:

“[...] a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”.

Os artigos 215 e 216 da Constituição Federal abaixo transcritos delimitam muito bem a obrigação do Estado e o âmbito de proteção desse patrimônio.

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e **acesso às fontes da cultura nacional**, e

89 SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 20.

apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.(grifo nosso)

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

§2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

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.

§1º. O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

§2º. Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

§3º. A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

§4º. Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

§5º. Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

Analisando o artigo supra Ivete Senise Ferreira⁹⁰ afirma que o legislador se valeu da expressão patrimônio histórico e cultural, porém no entendimento da autora, patrimônio cultural é gênero do qual são espécies os patrimônios artísticos e históricos.

Ao tratar da mesma norma constitucional protetora do meio ambiente artificial, integrado pela cultura, Lúcia Reisenwitz, afirma:

O patrimônio cultural brasileiro vai além daquilo que é materialmente apreciável, como as fachadas de casas de um centro histórico, de um calçamento de rua ou do acervo de quadros de um museu, pois a cultura, a identidade, a memória e a história são coisas imateriais, são conhecimento, idéia, criatividade e genialidade que podem ser preservados quando da preservação dos bens materiais.⁹¹

Ao tratar do alcance da norma constitucional em relação à Constituição anterior e aos instrumentos transnacionais anteriores à Constituição de 1988, a mesma autora assevera:

Com a Constituição Federal de 1988, o conceito de patrimônio cultural sofreu sua **mais significativa ampliação no que diz respeito à materialidade ou imaterialidade dos bens culturais tutelados**, indo de encontro à própria concepção atual que se tem de cultura e ao contrário do Decreto- lei n.

90 FERREIRA, Ivete Senise. *Tutela penal do patrimônio cultural*, p. 24.

91 REISENWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural*, p. 64.

25/1937 e da Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Cultural e Natural Mundial, que prestigiaram apenas os bens materiais. (grifo nosso).⁹²

3.4.1 A Cidadania e o Direito de Acesso às Obras Caídas em Domínio Público

Uma vez analisadas a legislação e a doutrina e constatada a lacuna entre o previsto e o realizado, é preciso investigar o destinatário final do ordenamento nacional e transnacional: o cidadão.

A preservação do meio ambiente natural e artificial, integrado este último pelo patrimônio artístico cultural, é um direito fundamental do homem, pois consiste no elo entre os povos, das culturas, da integração do presente com o passado. A ligação sociológica de um povo a seus valores formadores mais íntimos.

É um direito do cidadão a preservação de seu passado histórico, artístico e cultural, isso é irrefutável. Mas será que o cidadão tem exigido a preservação desse patrimônio de forma convincente ou apropriada? Será que a falta de proteção operacional não está ligada a essa deficiência no exercício dos direitos?

A cidadania é definida como o direito do indivíduo de participar ativamente na vida do Estado. A moderna doutrina⁹³ atribui ao

92 *Op.cit.*, p. 98.

93 “Em se tratando do patrimônio cultural não é diferente, pois o §1º do art. 216 da Constituição determina que a promoção e proteção do patrimônio cultural brasileiro serão feitas pelo Poder Público, com a colaboração da comunidade. [...] É importante lembrar, finalmente, que o exercício da cidadania não é apenas um direito individual, mas também um dever de participação no processo de construção de uma

cidadão não apenas o direito, mas também o dever de participar ativamente na vida do Estado e auxiliar na construção de uma sociedade mais justa, livre e igualitária. Com tanta legislação e doutrina relativas ao assunto, diante da constatação da lacuna entre o previsto e o realizado, já não deveriam ter sido tomadas as providências cabíveis pelos cidadãos ou por entidades afins? Estariam os cidadãos brasileiros alienados dessa ilegalidade? Ou não teriam interesse em mover a máquina estatal para o cumprimento da Constituição? Como justificar, então, a omissão de órgãos governamentais incumbidos da defesa de direitos difusos como o patrimônio musical brasileiro caído em domínio público?

Acredito que a resposta está ligada ao pouco conhecimento público do tema e da possibilidade de utilização dessas obras, aliada ao desinteresse da indústria fonográfica, levando tais posturas também à omissão governamental e das entidades de titulares.

3.4.2 Identidade Musical

A riqueza e a singularidade do patrimônio musical brasileiro é testemunhado por Roberto S. C. Moreira⁹⁴ no prefácio à obra de Rita Morelli, afirmando:

Em um texto chamado “Malandragem e identidade” eu observava que no Brasil a música parece desempenhar um papel

sociedade livre, justa e solidária”. (p. 103-104).

94 MOREIRA, Roberto S. C.. In: MORELLI, Rita de Cássia Lahoz. *Arrogantes, anônimos, subversivos: interpretando o acordo e a discórdia na tradição autoral brasileira*. Campinas: Mercado das Letras, 2000, p. 19.

semelhante ou tão importante quanto a literatura em outros países, no que diz respeito à formação da consciência nacional. A razão desse fato, mas isso é apenas uma hipótese, pode estar nas elevadas taxas de analfabetismo que sempre tivemos no país. A música popular brasileira, então, parece ser particularmente interessante como de expressão de grupos sociais, como instrumento de integração social e como mecanismo de formação de uma memória coletiva.

A história da música brasileira se confunde com a história dos índios, dos portugueses, dos negros e dos imigrantes que aqui aportaram, fundindo a sociedade e os costumes brasileiros. Além de todas essas influências raciais, culturais e sociais, os estudiosos da música brasileira apontam também a influência da indústria fonográfica que massificou as obras musicais e criou o gênero música popular brasileira a MPB.

Em uma trajetória musical Valter Krausche relata a história da evolução musical brasileira⁹⁵, passando pelo lundu, de origem negra, pela modinha, pelo chorinho, pelo samba que surge no Rio de Janeiro e ganha o país sendo alçado a gênero nacional juntamente com o carnaval. Também é relatada a história do baião, da bossa nova entre outros estilos tipicamente nacionais.

Toda a história da música nacional pode ser muito mais preservada, explorada e conhecida com a disponibilização das obras musicais caídas em domínio público. Nesse sentido, um trabalho conjunto do Ministério da Cultura, da Escola de Música, da

95 KRAUSCHE, Valter. *Música popular brasileira: da cultura de roda à música de massa*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

Biblioteca Nacional e das associações de titulares certamente proporcionará aos cidadãos nacionais e estrangeiros a difusão da riqueza musical nacional.

3.5 Os Mecanismos Processuais Destinados à Proteção do Patrimônio Cultural

Em face da abordagem da legislação material protetora dos direitos dos titulares e do patrimônio artístico cultural, necessária se faz a abordagem da legislação processual relativa à temática para completar o estudo da proteção das obras musicais caídas em domínio público.

Três vias procedimentais são possíveis para tutelar o patrimônio público musical brasileiro: a ação popular colocada à disposição do cidadão para a proteção do patrimônio público, a ação civil pública, que possui um espectro de atuação maior, porém está restrita a determinadas entidades legitimadas e o mandado de injunção para obrigar o Poder Público a regular a defesa das obras caídas em domínio público, indicando o órgão responsável, entre outros detalhamentos administrativos.

3.5.1 A Ação Popular

A ação popular regulada pela lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 é o instrumento processual colocado à disposição do cidadão para anular atos lesivos ao patrimônio público.

Segundo Hely Lopes Meirelles, “é o meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos – ou a estes equiparados – ilegais e lesivos do patrimônio federal, estadual e municipal [...].”⁹⁶

O parágrafo 1º do artigo 1º do diploma em comento, considera como patrimônio público os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico. Quanto à efetividade da lesão acrescenta o autor:

“E essa lesão tanto pode ser efetiva quanto legalmente presumida, visto que a Lei regulamentar estabelece casos de presunção de lesividade (art.4º), para os quais basta a prova da prática do ato naquelas circunstâncias, para considerar-se lesivo e nulo de pleno direito.”⁹⁷

Com relação ao tema deste trabalho é de se destacar a assertiva de Edmir Neto de Araújo, abaixo transcrita que deixa incontestada a procedência da ação popular para a proteção das obras musicais caídas em domínio público.

AÇÃO POPULAR – OBRAS PERTENCENTES AO DOMÍNIO PÚBLICO

As obras intelectuais, em relação às quais tenha decorrido o prazo de proteção, ou sejam, de autores falecidos sem sucessores, de autor desconhecido e transmitidas pela tradição oral, ou ainda publicada em países que não mantenham tratado de reciprocidade com o Brasil para tratamento dos direitos

96 MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 13.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 87.

97 *Op.cit.*, p. 91.

autorais, pertencem ao domínio público, ou sejam, integram o patrimônio público.

Em face desta circunstância, qualquer ato lesivo a esse patrimônio poderá, presentes certos requisitos, ser objeto de anulação através de ação popular, proposta por qualquer cidadão.

Aliás, a própria Lei n. 4717, de 29.6.65, que regula a Ação Popular, considera como patrimônio público, além de bens e direitos de valor econômico, aqueles de valor artístico, histórico ou estético (art. 1º, §1º).⁹⁸

Uma vez que temos autores em todos os estados da federação, cada um com seus gêneros musicais regionais, a ação popular será cabível em cada estado da federação para que sejam sistematizadas e disponibilizadas as obras caídas em domínio público de autores daquele estado, formando bancos de dados estaduais da criação musical já realizada no Brasil, com suas características locais.

Além da propositura nos estados, que será da competência da justiça estadual, a ação popular também pode ser intentada em nível federal, para uma sistematização e disponibilização dos autores nacionais ou dos mais importantes na formação da identidade musical nacional.

Cumprir verificar que a finalidade da via processual é impor à administração o cumprimento das normas constitucionais, infraconstitucionais e transnacionais, preservando o patrimônio e a identidade musical de nosso povo, disponibilizando-os efetivamente aos cidadãos.

98 *Proteção judicial do direito de autor*. São Paulo: LTr, 1999, p. 88.

Hely Lopes Meirelles ao tratar dos fins da ação popular afirma:

“Os direitos pleiteáveis na ação popular são de caráter cívico-administrativo, tendentes a repor a Administração nos limites da legalidade e a restaurar o patrimônio público do desfalque sofrido [...]”⁹⁹

Uma vez que a legislação autoral impõe ao Estado a obrigação de proteger as obras caídas em domínio público, uma vez que o domínio público pressupõe disponibilização e acesso às obras, cumpre ao Estado via extra judicial, ou judicial, através dessa via processual se necessário, observar os ditames legais.

3.5.2 A Ação Civil Pública

Outro instrumento processual destinado à proteção de bens e direitos de valor artístico é regulado pela lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985, a ação civil pública.

Conceito bastante aceito é dado por Hely Lopes Meirelles que assim a define:

A Ação civil pública, disciplinada pela Lei 7.347, de 24.7.1985, é o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art.1º), protegendo assim, os interesses difusos da sociedade.

⁹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data*, p. 95.

Ao referir o citado autor a direitos difusos, a temática do domínio público que é típica do direito autoral, um direito eminentemente privado, dirigido aos criadores, titulares determinados, desborda para a seara dos direitos transindividuais, de titulares indeterminados, nos termos da definição do art. 81, I do Código de Defesa do Consumidor que define direito difuso da seguinte forma:

“[...] interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeito deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;”.

Na temática em apreço, os direitos são transindividuais, uma vez que todos os cidadãos têm direito ao acesso e utilização das obras caídas em domínio público. A natureza é indivisível em razão da necessidade da proteção de todo o acervo caído em domínio público pertencer à coletividade, inexistindo possibilidade de divisão do direito ou da lesão ocorrente. Nesse aspecto, vale transcrever a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁰⁰ ao tratar da indivisibilidade do objeto:

“Sob a ótica objetiva, verifica-se que os interesses difusos são indivisíveis, no sentido de serem insuscetíveis de partição em quotas atribuíveis a pessoas ou grupos preestabelecidos”.

Os titulares ao direito de utilização e acesso são todos os brasileiros e estrangeiros, indiscriminadamente de forma indetermi-

100 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 89.

uma circunstância fática que é a inexistência de sistematização, de disponibilização dessas obras.

Interessante notar que o artigo 3º desse diploma possibilita o ajuizamento de ação civil pública com o objeto de obrigar o Poder Público a cumprir sua obrigação de disponibilizar as obras caídas em domínio público.¹⁰¹

Fator diferencial entre esse remédio processual e a ação popular são os entes legitimados à propositura da ação civil pública estritamente elencados no artigo 5º do referido diploma, que não contemplam o cidadão.

Essa via processual será adequada a todos os entes legitimados, inclusive às associações de defesa dos titulares que em nosso país, somente na área musical são 12 (doze).

3.5.3 O Mandado de Injunção

É um remédio constitucional, previsto na C.F., em seu artigo 5º, LXXI, colocado à disposição em casos de inexistência de normas regulamentadoras que prejudiquem o exercício de direitos dos cidadãos ou, ainda, de pessoas jurídicas.

No estudo em tela, uma vez que a lei autoral em seu artigo 24, § 2º, determina ser obrigação do Estado a defesa da integridade das obras caídas em domínio público, não havendo qual-

101 Art. 3º "A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer".

quer regulamentação a respeito seria em tese cabível a via do mandado de injunção para obrigar o Estado a regular a defesa dessas obras.

Se o legislador incumbiu ao Estado a missão da defesa da integridade das obras caídas em domínio público e essa defesa não vem ocorrendo por falta de norma regulamentadora, estamos diante da incidência do mandado de injunção. Nesse sentido, o autor Anderson Cavalcante Lobato, ao tratar dos desafios da proteção jurisdicional dos direitos sociais, econômicos e culturais afirma:

Nesse caso, a sanção possível seria a da caracterização de uma omissão constitucional, passível de correção pela via do controle abstrato das normas: ação de inconstitucionalidade por omissão, ou ainda, pela via do mandado de injunção, aberto a todos que – individual ou coletivamente – estiverem impedidos de exercer o seu direito fundamental por falta de norma regulamentadora.¹⁰²

Aspecto muito importante que não tem sido visualizado pelos estudiosos do direito autoral e pelas autoridades competentes é a integração do patrimônio cultural constitucionalmente protegido das obras caídas em domínio público. Nesse sentido, de valor integrante do patrimônio artístico-cultural é que as obras caídas em domínio público devem ser vistas e protegidas.

102 LOBATO, Anderson Cavalcante. *Os desafios da proteção jurisdicional dos direitos sociais, econômicos e culturais*. *Estudos Jurídicos*, Rio Grande do Sul, v. 32, n. 86, 1999.

3.6 As Associações de Titulares de Direitos Autorais de Música

Conforme já mencionado no item 3.4, o Brasil possui atualmente 12 (doze) associações¹⁰³ de defesa de titulares de direitos autorais de música que congregam os profissionais envolvidos na produção musical brasileira, bem como, a representação de entidades de titulares estrangeiros no país.

Para que se tenha uma dimensão da importância da música na vida do ser humano, é imperioso transcrever as palavras do professor do departamento de sociologia da Universidade de Brasília Roberto S.C. Moreira que assevera:

Possivelmente, depois da literatura, a música tem sido a expressão artística que mais chama a atenção dos cientistas sociais. Basta lembrar nomes como os de Weber, Elias ou Adorno, que escreveram páginas fundamentais a respeito. No Brasil, sociólogos e antropólogos, de ontem e de hoje, têm não só analisado diversos aspectos da produção musical, como também têm-se servido da música como material privilegiado para ensaiar uma compreensão da própria sociedade brasileira.¹⁰⁴

A história dessas entidades é bastante tumultuada, permeada pelas dissensões entre os titulares, a interferência e a influência

103 Conforme informação do portal do Escritório Central de Arrecadação, ECAD, as associações são: ABRAMUS; AMAR; SBACEM; SICAM; SOCINPRO; UBC; ABRAC; ACIMBRA; ANACIM; ASSIM; ATIDA e SADEMBRA. In: http://www.ecad.org.br/main.php?Content_IDPK=44.

104 MOREIRA, Roberto S. C.. In: MORELLI, Rita de Cássia Lahoz. *Arrogantes, anônimos, subversivos: interpretando o acordo e a discórdia na tradição autoral brasileira*. Campinas: Mercado das Letras, 2000, p. 19.

da indústria fonográfica multinacional, bem como, a interferência estatal que, em vários momentos históricos, reprimiu as entidades de titulares em razão da restrição da liberdade de expressão e de suas influências na formação da opinião pública.

Em 1950, o Brasil possuía 4 (quatro) sociedades defensoras de direitos de autor, todas elas instituições privadas e com suas sedes na cidade do Rio de Janeiro que era o centro artístico-cultural do país. Segundo Antonio Chaves, as entidades eram a Sociedade Brasileira de Autores Teatrais (SBAT); União Brasileiras de Compositores (UBC); Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Editores de Música (SBACEM) e a Associação Brasileira de Escritores (ABDE). Das quatro entidades supra mencionadas duas eram ligadas e são ainda à área musical, o que demonstra a força do associativismo e de liderança dos músicos, certamente estimulados pela indústria fonográfica¹⁰⁵.

Cumprir notar que nem mesmo as entidades de titulares se preocuparam em sistematizar as obras musicais caídas em domínio público no Brasil. Certamente, essa lacuna poderá ser suprida uma vez que a Constituição Federal obriga não só o Estado brasileiro na preservação do patrimônio histórico, mas toda a sociedade, conforme tratado no item 16.

Para o objetivo específico deste trabalho, é interessante transcrever a autora Rita de Cássia Lahoz Morelli que pesquisou o histórico

105 CHAVES, Antonio. *O direito de autor no Brasil* (resposta a um inquérito da Unesco). Separata da Revista dos Tribunais fascículo 597, v. 183. p. 44.

das entidades autorais brasileiras, referindo-se especificamente ao motivo inicial que moveu as entidades autorais brasileiras.

Quando vamos atrás de descobrir, nos textos deixados pela geração pioneira da organização autoral musical no Brasil, quais eram as representações vigentes em sua época acerca da natureza de uma entidade autoral, vemos que esta se definia sobretudo como uma organização econômica.

A função econômica das entidades autorais era mesmo muito importante nos tempos pioneiros: tratava-se de concretizar, mediante um trabalho específico de cobrança aos usuários e de pagamento aos autores associados à participação legal destes últimos nos proventos financeiros gerados pela utilização de suas obras.¹⁰⁶

Analisando a afirmação da autora, acerca do objetivo das entidades de defesa de titulares em seus primórdios que era a arrecadação e distribuição dos direitos autorais, em conjunto com os interesses da indústria fonográfica, que é a exploração econômica de seus produtos, compreende-se o esquecimento desse inestimável patrimônio musical caído em domínio público. Tanto as entidades autorais quanto as empresas, que, de certa forma, capitaneiam os rumos da produção musical nunca se preocuparam com as obras musicais caídas em domínio público porque não rendem mais exploração.

É necessário lembrar também, que as obras musicais começaram a cair legalmente em domínio público no Brasil a partir de 1948, ou seja, 50 (cinquenta) anos após a Lei nº 496 de 1898

106 MORELLI, Rita de Cássia Lahoz, *Op. cit.*, p. 35.

que previu esse lapso temporal a partir da publicação das obras, sendo essa temática ainda inexplorada na seara autoral.

Pode-se afirmar a obrigação dessas associações na defesa das obras musicais de domínio público em função da natureza patrimonial histórica do país. As entidades autorais gozam também de legitimidade ativa para a propositura de ação civil pública para compelir o Estado a sistematizar as obras musicais caídas em domínio público no Brasil. Na esfera extra-judicial, as entidades possuem boas condições de contribuir para a formação dessa sistematização uma vez que possuem os registros dos autores e seus herdeiros, informações de grande valia na determinação do domínio público das obras.

3.7 O Ministério da Cultura

O Ministério da Cultura é o responsável pela elaboração e execução da política cultural brasileira. No sentido técnico¹⁰⁷, Ministério significa o conjunto de atribuições político-administrativas de uma pasta.

Atualmente, a pasta da Cultura possui uma coordenação de direito autoral que atua no sentido de ampliar o debate sobre a temática e participa das questões técnico-legais suscitadas.

Com o advento da Lei nº 5.988/73, foi criado o Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA), que estava ligado ao Ministério da

107 Nesse sentido, CRETELLA JUNIOR, José. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 100.

Cultura e teve por atribuições fiscalizar, dar consultoria e assistência na área de direitos de autor e conexos, nos termos dos artigos 116 a 120 do referido diploma.

Na sistemática do diploma revogado, cabia também ao extinto CNDA gerir o Fundo de Direito Autoral, que era alimentado por recursos vindos do domínio público remunerado, doações de pessoas físicas ou jurídicas, multas impostas pelo próprio CNDA e quantias distribuídas pelo Escritório Central de Arrecadação, o ECAD, que não eram reclamadas pelos titulares, num prazo de 5 (cinco) anos.

O Conselho Nacional criado por força da Lei nº 5.988/73, funcionou até 1990, quando a reforma administrativa empreendida pelo governo Collor extinguiu esse órgão, que atuou durante 17 (dezessete) anos aproximadamente.

Nesse sentido, uma vez que o referido Conselho foi o responsável pela cobrança de valores das utilizações de obras caídas em domínio público, que eram destinados ao Fundo Nacional de Direito Autoral. Este pesquisador entrou em contato com a gerência de direito autoral da coordenação de direito autoral do Ministério da Cultura para localizar eventuais sistematizações de obras caídas em domínio público durante a gestão do CNDA.

A consulta e resposta já transcritas em item anterior comprovam de forma cabal o tratamento dado ao tema no Brasil.

Constatou-se, com a resposta da gerência de direito autoral, a inexistência de sistematização das obras caídas em domínio público, não existindo sequer informações sobre a época do

domínio público remunerado que poderia contribuir com informações valiosas para a construção de um banco de dados dessas preciosidades artístico-culturais.

É urgente que a temática seja discutida e pesquisada a fundo para que as memórias dessas obras e desses autores sejam preservadas, disponibilizando ao público esse patrimônio.

Na sistemática da legislação autoral portuguesa a defesa da genuidade e integridade das obras caídas em domínio público é de incumbência do Ministério da Cultura português, por força do artigo 57º.

Porém, em pesquisa feita através da rede mundial de computadores, constatou-se a inexistência de dados os de referências sobre obras caídas em domínio público, tanto na página do Ministério da Cultura português, quanto na página do Gabinete de Direito de Autor, órgão ligado ao Ministério, bem como, nos órgãos de registro de obras portuguesas.¹⁰⁸

3.8 Propostas para a Criação de um Banco de Obras Musicais Caídas em Domínio Público

Conforme já analisado no tópico referente às dificuldades impostas pela dispensa do registro, a pesquisa das obras musicais caídas em domínio público possui uma vantagem em relação aos demais tipos de obras artísticas em razão das gravações feitas pelas empresas de produção fonográfica, bem como pela existência

108 <<http://www.min-cultura.pt>>; <<http://www.ipcr.pt>>; <<http://www.igac.pt>>; <<http://www.bn.pt>>; <<http://gda.pt>>. Acesso em 16/09/2004.

das associações de titulares e do Escritório Central de Arrecadação que possuem registros das obras, autores e herdeiros.

A pesquisa das obras deve seguir o vetor legislativo em razão dos prazos legais deferidos pelos diversos diplomas autorais que vigoraram no país. Diante da pesquisa preliminar realizada com base na Enciclopédia da Música Brasileira, as obras foram separadas por períodos legais para sistematizar o processo de pesquisa.

Durante a vigência da Lei nº 496/1898, o prazo de proteção era de 50 (cinquenta) anos e o prazo começava a vigorar após a publicação das obras. Assim, as obras musicais publicadas no período compreendido entre 1898 e 1916, certamente estão no domínio público, independentemente da existência ou não de herdeiros.

Nesse primeiro período, em razão do prazo de proteção iniciar-se da publicação é necessário um levantamento junto a Escola de Música, Escritório Central e associações de titulares para reunir essas obras.

A tarefa mais árdua se inicia com a entrada em vigor do Código Civil de 1916 que alterou a contagem do prazo de proteção, passando a vigorar a partir do falecimento do autor ou co-autor, bem como, da existência de herdeiros. Esse período está atualmente regendo a entrada de novas obras musicais no domínio público, uma vez que esse diploma atribuiu os direitos patrimoniais a determinados herdeiros (filhos, pais ou cônjuge) até a morte desses. Autores que falecidos após 1916 e antes de 1973, tendo deixado como herdeiros parentes até o segundo grau, excluídos pais, filhos ou cônjuges, o prazo de proteção deferido foi de 60 (sessenta) anos.

Assim, a primeira parte do levantamento das obras musicais caídas em domínio público pode ser realizada junto à Escola Nacional, por envolver apenas o critério publicação de obras. Porém, o segundo período deverá ser pesquisado em parceria com as entidades de titulares que possuem os registros dos herdeiros, uma vez que esses dados são imprescindíveis para a distribuição dos direitos autorais.

A pesquisa deverá orientar-se num primeiro momento nas obras publicadas até 1916 como visto acima. A partir de 1916 até 1944, uma vez que com o Código Civil o prazo de proteção foi de 60 (sessenta) anos, os autores precisam ser pesquisados em conjunto com a classe dos herdeiros que tenham deixado ou não. O acervo musical brasileiro caído em domínio público é revelador da gênese da identidade musical brasileira, dos costumes de cada época. A linguagem e as influências de cada época também surgem vislumbrando todo um patrimônio musical que formou a nação brasileira.

A disponibilização dessas obras, do histórico de seus autores, das letras, das partituras, certamente resgatará toda a identidade musical brasileira, suas raízes, resgatando e disponibilizando toda a história musical brasileira.

Essa é a maior contribuição da arte, da cultura, da música, integrar a formação de um povo. São as raízes da música brasileira que estão enterradas e distantes da população que tem o direito de ter acesso a toda essa gama de história, de patrimônio nacional.

Tanto governo quanto entidades não governamentais têm o dever moral e legal de disponibilizar esse patrimônio que poderá

ser descortinado não só pelos cidadãos brasileiros mas também por cidadãos do mundo.

O efetivo acesso de obras caídas em domínio público em cada país ao redor do mundo cumprirá a função social do patrimônio intelectual protegido ao longo dos tempos através de esforços nacionais e internacionais. Assim, esta não é uma obrigação apenas das entidades governamentais e não governamentais brasileiras, mas também, e principalmente, das entidades internacionais, notadamente a OMPI e a UNESCO, organizações internacionais de defesa dos titulares e governos dos países integrantes da OMPI.

A proteção dessas obras vai muito além das obras musicais brasileiras, vai muito além das obras musicais internacionais. Tanto o cidadão brasileiro quanto os cidadãos de todo o mundo, têm o direito a ter acesso a bancos de obras caídas em domínio público, sejam obras literárias, musicais, teatrais, fotográficas, arquitetônicas, incluindo também bancos de dados das patentes caídas em domínio público no mundo.

Tornar efetivamente público o conhecimento humano, o resultado da atividade intelectual humana é um dever dos governos e das instituições internacionais, pois a sociedade mundial, além de possuir esse direito, já respeitou os prazos de proteção concedidos aos titulares, devendo essa gama de conhecimento vir a público da forma mais ampla e acessível possível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente estudo o objetivo perseguido foi o de esmiuçar todos os aspectos do domínio público, sua importância na sistemática dos direitos intelectuais e, mais especificamente, dos direitos autorais.

Toda a evolução legislativa dos prazos de proteção das obras e dos registros foi estudada, desde o primeiro diploma de regência no Brasil, até a legislação atual, tanto na legislação pátria quanto na legislação supranacional e comparada.

Uma das questões centrais é a caracterização das obras caídas em domínio público como integrantes do patrimônio artístico cultural e, conseqüentemente, merecedoras de um tratamento mais sério por parte tanto do Estado, quanto das entidades internacionais e das entidades associativas nacionais.

Nesse sentido, a doutrina autoralista, colacionada ao longo do trabalho, não deixa dúvidas quanto à caracterização desse acervo e da importância de sua proteção, para a preservação desse patrimônio imaterial. Deixando conseqüentemente a temática do domínio público a seara do direito autoral e integrando também matéria constitucional e ambiental. Saindo da área individualista e exclusivista do direito autoral e passando para o direito transindividual.

Na prática, essas obras estão no esquecimento público e não no domínio público e esse panorama, essa perda inestimável de transmissão cultural para as gerações futuras, deve ser alterado com uma política cultural que sistematize esse patrimônio

musical e de outros tipos de obras também, tornando-as efetivamente acessíveis aos cidadãos como determina a Constituição Federal e exige a atual sociedade de informação.

A temática das obras em domínio público assume relevância de questão de cidadania, uma vez que esse acervo pertence à memória nacional, pertence à coletividade tanto nacional quanto internacional, dado o aspecto internacional da proteção autoral confirmado pelos mecanismos internacionais de proteção do patrimônio imaterial da humanidade administrados pela Unesco.

Ademais, além da cidadania, há que se falar na transmissão desse patrimônio e sua relação com a educação, pois, na sociedade hodierna, a educação é elementar, é de suma importância, é elemento diferenciador na qualidade de vida de uma sociedade, sendo a cultura parte integrante desse contexto.

Com o advento de novas tecnologias e da larga utilização de obras através da rede mundial de computadores, cresceram a discussão e a importância estratégica do direito autoral. Porém, todas as preocupações dos estudiosos, das corporações privadas, dos governos, focaram-se no combate à pirataria ou no enquadramento das novas modalidades de utilização. Entretanto, caminhou esse trabalho no sentido contrário de salientar que as estruturas legislativas, internacionais e nacionais existentes, aliadas às estruturas associativas de defesa desses titulares tanto internacionais quanto nacionais, também, são suficientes para o combate à pirataria e aos novos desafios impostos ao direito autoral.

Conforme visto ao longo dessa monografia, objetivou-se enfatizar a relação de desequilíbrio entre a proteção patrimonial das

obras musicais, de interesse dos titulares, seus cessionários e seus herdeiros, bem como da indústria fonográfica. E a proteção da sociedade que é a principal beneficiária das obras em domínio público, constituindo inclusive um patrimônio artístico cultural, está completamente defasada, injusta, pois, o domínio público só existe na lei e não na prática.

Necessário é reequilibrar essa relação, dar maior atenção ao domínio público, criando políticas culturais concretas, arquivos que preservem e disponibilizem efetivamente essas obras, como se tenta fazer, ainda que através de tímida iniciativa privada, nos Estados Unidos da América do Norte, por intermédio da rede mundial de computadores.

Uma vez que a relação de proteção entre os titulares e a sociedade está desequilibrada, é possível afirmar que o domínio público autoral não está cumprindo sua função social, pois a sociedade não está recebendo efetivamente a parte que lhe cabe, após a entrada das obras na esfera pública que demora tantos anos, muitas vezes gerações.

Poderia ser afirmado que são invencíveis as dificuldades de sistematização das obras caídas em domínio público em razão da facultatividade dos registros para a proteção dos titulares, bem como da necessidade de investigação da existência e qualidade dos herdeiros.

Mas na área musical, foco deste trabalho, a tarefa não é tão difícil, muito menos invencível ou impossível, muito pelo contrário. Um trabalho em conjunto da Biblioteca Nacional, com a Escola de Música e as associações de titulares certamente reuniria um grande

e confiável acervo musical em domínio público. Tanto a Biblioteca quanto a Escola de Música possuem registros, partituras, a história dos autores. Já as associações de titulares possuem os registros da existência de herdeiros e da qualidade dos mesmos.

A própria Constituição Federal, ao tratar da temática ambiental, afirma ser dever do Estado e responsabilidade de todos a preservação do meio ambiente, *in casu* o meio ambiente artificial. Assim, sistematizar, preservar e disponibilizar essas obras é um dever estatal e responsabilidade das entidades associativas que possuem os registros relativos aos herdeiros. A própria indústria fonográfica pode contribuir nessa investigação, uma vez que os fonogramas gravados possuem registros fidedignos.

A legislação autoral incumbe o Estado de proteger a integridade, genuidade e os direitos morais das obras em domínio público, no entanto, não há outras regulamentações para a temática que se encontra num verdadeiro limbo.

O panorama do domínio público em Portugal também é semelhante ao do Brasil, com a diferença de que lá a legislação autoral incumbiu especificamente o ministério da cultura da defesa da integridade e genuidade das obras em domínio público. Porém, em uma consulta, via Internet, junto à Biblioteca Nacional portuguesa, junto ao gabinete de direito de autor português e junto a outras instituições conexas, constatou-se, inclusive com pronunciamento oficial da autoridade representante do gabinete de direito de autor, que naquele país também não há uma sistematização e disponibilização efetiva das obras em domínio público.

Junto à Organização Mundial da Propriedade Intelectual a situação não é diferente. Não há maiores informações sobre o assunto ou, ainda, programas ou projetos que poderiam ser coordenados pela OMPI, no sentido de homogeneizar, em todos os países aderentes da Convenção de Berna, a sistematização de acervos de obras em domínio público.

A UNESCO também não possui nenhuma informação, projeto ou programa específico sobre domínio público que é certamente uma ferramenta importante na preservação e divulgação da cultura dos povos que não vem sendo utilizada como deveria.

Na área associativa internacional também não foram encontradas menções a respeito dessas obras, todas se preocupando com a proteção das obras que estão patrimonialmente protegidas, que estão gerando o pagamento de direitos autorais.

Acredita-se que esse desequilíbrio entre obras protegidas patrimonialmente e obras em domínio público se deve ao modo como a legislação evoluiu, por influxos constantes da crescente e poderosa indústria cultural do cinema, da televisão, da música, dando uma ênfase muito grande ao conteúdo econômico e esquecendo da função maior das obras que é o enriquecimento cultural. O descaso com o domínio público não ocorre apenas no Brasil, nas entidades associativas nacionais. É um desequilíbrio que atinge também entidades internacionais e deve ser estudado, tratado e resolvido na esfera internacional e nas esferas nacionais.

A conscientização, a sensibilização dos operadores do direito é o primeiro passo, aliado, se necessário, à tomada de medidas judi-

ciais para a preservação desse patrimônio artístico cultural. Porém, a questão não é apenas de direito autoral. Envolve direito constitucional, ambiental, cidadania, educação e cultura. O interesse não é apenas nacional, mas, principalmente, internacional.

Nos Estados Unidos da América, existem batalhas judiciais para impedir o aumento do prazo de proteção das obras que podem ser vistas como iniciativas concretas que demonstram uma maior conscientização com a defesa do domínio público, sem entrar no mérito da procedência ou não dessas ações. Outras iniciativas concretas norte americanas se encontram nos *sites* que disponibilizam obras e informações sobre domínio público, acreditando na importância da difusão cultural dessas obras, ou seja, na sua função social.

No Brasil, a gama de soluções é tão grande quanto a relevância da efetiva difusão artístico-cultural e preservação desse acervo. Revisitar a temática com vistas ao exercício da cidadania e a difusão da memória e da cultura é imperioso. A discussão do tema de forma interdisciplinar, envolvendo os vários ramos do direito, os titulares e as respectivas entidades associativas é um outro passo importante. A conscientização do governo e de seus representantes sobre a importância do tema, também é vital para a tomada de medidas concretas no sentido de tornar efetivamente público esse acervo. O respaldo legal para medidas judiciais é completo. As ferramentas processuais aliadas aos direitos materiais possibilitam o ajuizamento de medidas judiciais tanto por cidadãos, quanto por entidades e demais legitimados pela lei de ação civil pública.

A via judicial, porém, deve ser a solução a ser tomada em caso de se negar o Poder Público a sistematizar e disponibilizar largamente as obras em domínio público. Como visto no decorrer deste trabalho, o desequilíbrio na proteção do acervo dessas obras não é exclusividade brasileira, é decorrente de todo um contexto que se formou ao longo dos anos, das legislações, da indústria do entretenimento, das posturas de titulares e de suas entidades representativas.

Reverter esse quadro, esse desequilíbrio na função social da propriedade intelectual, é um desafio que conectará todos os segmentos envolvidos: sociedade, governo, titulares, entidades nacionais e internacionais. Com certeza, a tarefa de sistematizar e proteger efetivamente as obras em domínio público é possível e só depende da vontade de todos.

Referências

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Proteção judicial do direito de autor*. São Paulo: LTr, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ASSAFIM, João Marcelo de Lima. La propiedad intelectual en el mercado común del sur. *Revista Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, v. 186, n. 48, p.139-175, jul./dez. 1995.

BALEOTI, Francisco E. Titularidade dos direitos autorais. *RNDJ*, v. 25, p. 32-54, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BEVILACQUA, Clóvis; BEVILACQUA, Achilles; BEVILACQUA, Isaias. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. 10.ed. São Paulo: Paulo de Azevedo Ltda, 1955.

BITTAR, Carlos Alberto. *A Lei de direitos autorais na jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. *Contornos atuais do direito de autor*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Direito de autor na obra publicitária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. *Direito de autor*. 3.ed.m Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

_____. *O Direito de autor nos modernos meios de comunicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. *Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CABRAL, Plínio. *Direito autoral: dúvidas & controvérsias*. São Paulo: Harbra, 2000.

_____. *A Nova lei dos direitos autorais (comentários)*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.

CESNIK, Fábio de Sá. *Guia do incentivo à cultura*. Barueri: Manole, 2002.

CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro, Revista Forense, 1999.

CHAVES, Antônio. *A Nova lei brasileira de direito de autor: estudo comparativo com o projeto que lhe deu origem*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975.

_____. *Criador da obra intelectual*. São Paulo: LTr, 1995.

_____. *O Direito de autor no Brasil (Resposta a um inquérito da UNESCO)*. v.183, fascículo 597, p. 525-579. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1950.

DEL NERO, Patrícia Aurélio. *Propriedade intelectual: a tutela jurídica da biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DIAS, Maurício Cozer. *Direito autoral: jurisprudência, prática forense, arbitragem, normas regulamentares do escritório central de arrecadação e distribuição (ecad)*. Campinas: LZN, 2002.

_____. *Utilização musical e direito autoral*. Campinas: Bookseller, 2000.

ENCICLOPÉDIA da música brasileira: popular, erudita e folclórica. 3.ed. São Paulo: Art; Publifolha, 2000.

FERREIRA, Ivete Senise. *Tutela penal do patrimônio cultural*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 1

GUEIROS JUNIOR, Nehemias. *O Direito autoral no show business: tudo o que você precisa saber*. Rio de Janeiro: Gryphus, 1999. v. 1

KRAUSCHE, Valter. *Música popular brasileira da cultura de roda à música de massa*. São Paulo: Brasiliense, 1983. Coleção tudo é história nº 79.

LOBATO, Anderson Cavalcante. Os Desafios da proteção jurisdicional dos direitos sociais, econômicos e culturais. *Revista Estudos Jurídicos*, Porto Alegre, v. 32, n. 86, 1999.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. *Proteção jurídica do software: eficácia e adequação*. Porto Alegre: Síntese, 1998.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARCONDES, Paulo (ed.). *Enciclopédia da música popular brasileira: popular*. São Paulo: Art; Publifolha, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 13.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1961.

MORELLI, Rita de Cássia Lahoz. *Arrogantes, anônimos, subversivos: interpretando o acordo e a discórdia na tradição autoral brasileira*. Campinas, SP: Mercado de Letras, 2000.

NAZO, Georgette N. (coord.). *Tutela jurídica do direito de autor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

PAES, P. R. Tavares. *Nova lei da propriedade industrial: lei nº 9279 de 14.05.96: anotações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

PIMENTA, Eduardo Salles. *Código de direitos autorais e acordos internacionais*. São Paulo: Lejus, 1998.

REISEWITZ, Lucia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1972. v. 5

SANTIAGO, Oswaldo. *Aquarela do direito autoral*. Rio de Janeiro: s.c.p., 1946.

SANTIAGO, Vaniza. A Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998: aspectos contraditórios. *Revista CEJ – Direito Autoral*, n. 21, abr./jun.2003.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. 10.ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1963. v. 8

SHERWOOD, Robert M. *Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico*. Heloísa de Arruda Vilela (trad.). São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1992.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Zélia Lopes da (org.) *Arquivos, patrimônio e memórias: trajetórias e perspectivas*. São Paulo: UNESP; FAPESP, 1999.

SILVEIRA, Newton. *A Propriedade intelectual e as novas leis autorais*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *A Propriedade intelectual e a nova lei de propriedade industrial: lei n. 9.279, de 14-5-1996*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SOARES, José Carlos Tinoco. *Lei de patentes, marcas e direitos conexos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. *Direito autoral: legislação básica*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1998.

TEIXEIRA JUNIOR, Sergio. Qual é a música. *Revista Exame*, 29 jan. 2004.

UBERTAZZI, Luigi Carlo. *I Diritti d'autore e connessi*. 2.ed. Milão: Giuffré Editore, 2003.

UMA VIDA dedicada ao direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, o editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro*. 2.ed. São Paulo: RT, 1970.

Sites Pesquisados:

<<http://www.ascap.com>.>

<<http://www.cisac.com>>

<<http://www.ecad.org.br>>

<<http://www.cromb.hpg.com.br>>

<<http://www.ompi.int>>

<<http://www.portal.unesco.org>>

<<http://www.musica.ufrj.br>>

<<http://www.sicam.com.br>>

<<http://www.ubc.org.br>>

<<http://www.abes.com.br>>

<<http://www.bn.br>>

<<http://www.itaucultural.com.br>>

<<http://www.art.net>>

<<http://www.amar.art.br>>

<<http://www.eldred.cc>>

<<http://www.pdinfo.com>>

<<http://www.cnc.pt>>

<<http://www.min-cultura.pt>>

<<http://www.ipcr.pt>>

<<http://www.igac.pt>>

<<http://www.bn.pt>>

<<http://gda.pt>>

<<http://stj.pt>>

<<http://www.aart.com.br>>

<<http://www.sbat.com.br>>

<<http://www.itaucultural.org.br>>

<<http://www.cultura.gov.br>>

<<http://www.cerlalc.org/documentos/bolivia.htm>>

<<http://www.siae.it>>

A função social
dos direitos autorais:
uma perspectiva
constitucional e os novos
desafios da sociedade
de informação

Aline Vitalis

INTRODUÇÃO

As inúmeras transformações econômicas, sociais e políticas percebidas na órbita mundial e acentuadas nos últimos anos vêm ensejando o aparecimento de uma nova sociedade – a sociedade da informação.

O presente estudo apresenta as principais interferências da aplicação tecnológica, informática e do processo de globalização na existência das pessoas, relacionando-as com os novos desafios emergentes à estrutura do direito vigente, especialmente adstritos à criatividade humana, ou seja, ao âmbito do direito autoral. Será abordado, também, o processo de constitucionalização de direitos como imprescindível para a definição de políticas públicas e estabelecimento de um modelo de Estado.

A internacionalização não só econômica, mas cultural, está sendo cada vez mais favorecida pelas inovações tecnológicas, tais como a rede mundial de computadores, que transcendem as limitações de tempo e espaço. A virtualidade passa a ser uma palavra-chave na caracterização dessa nova sociedade que surge e que aos poucos se solidifica como sociedade da informação.

A problemática dos direitos autorais na sociedade hodierna, caracterizada não só pelo multiculturalismo mas também pela facilidade de divulgação de informações e pela relevância que tais informações adquirem como bens de índole econômica, integrará o objeto de estudo da presente monografia. Também não olvidarão os novos desafios do direito autoral, que rompem paradigmas até então estabelecidos, a partir do reconhecimento

do seu anacronismo para a tutela da criação cujo autor não é identificável.

Analisar-se-á, ainda, o direito de propriedade, concebido como um dos institutos mais tradicionais do Direito Civil, nas suas diversas caracterizações. As modificações na estrutura do conceito serão observadas quando da explanação do modelo atual de propriedade, emanado do texto constitucional, objetivando-se a demonstração da historicidade de seu conteúdo.

É justamente essa historicidade que será referendada com o advento da temática dos direitos autorais, inicialmente concebidos como espécie de direitos reais, mais detidamente, de propriedade. O conceito e os aspectos principais dos aludidos direitos intelectuais conformam a matéria-prima para a comparação entre a tutela jurídica outorgada ao direito de propriedade e aos direitos autorais. Tema recorrente da presente monografia e objeto central de análise é a função social dos direitos autorais, daí a comparação perpetrada com o direito de propriedade, que já nasce com uma nova conformação a partir do necessário atendimento à função social.

Mostrar-se-ão a insuficiência e os desafios à estrutura atual de tais direitos para a efetiva tutela de bens jurídicos de natureza não econômica, culminando na relativização da proteção do interesse meramente individual dos autores perante as suas obras em face de interesses de cunho social ou mesmo coletivo, a partir de restrições já existentes e situações ainda não objeto de uma tutela jurídica adequada. A ascensão da sociedade de informação e os novos desafios à tutela jurídica dos direitos autorais também integrarão o estudo.

A ordem seqüencial da monografia não se revela estanque, de forma a permitir uma unidade de conteúdo. Os três capítulos em que está dividido o estudo apenas mostram-se indicativos da relevância de cada tópico na análise do todo. Assim, principia-se a monografia com a temática referente à constitucionalização da propriedade intelectual, em seguida, passa-se à abordagem da historicidade dos direitos autorais em comparação ao clássico instituto da propriedade. Por fim, analisam-se a ascensão da sociedade de informação e os novos desafios dela emergentes, não se olvidando a função social da propriedade como elemento primordial.

1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

1. 1. O modelo de Estado Brasileiro conformado pela Constituição Federal

Em qualquer ordenamento jurídico, a Constituição configura a Lei Maior, o referencial ético e valorativo reconhecido por toda nação. Os demais instrumentos normativos devem estar de acordo com o texto constitucional, visando à preservação do sistema regulatório e do modelo de Estado, definidos a partir do poder constituinte em dado momento histórico.

Ao se admitir nos sistemas constitucionais hodiernos a supremacia do texto constitucional, é preciso ressaltar, de início, a origem histórica do constitucionalismo a partir das denominadas revoluções burguesas do século XVIII. O fenômeno da existência de uma Constituição, tal qual hoje a concebemos, surgiu recentemente na história mundial, possuindo como marco específico as revoluções burguesas – Revolução Francesa e Independência Americana.

Admitindo-se a modificação das Constituições em decorrência das transformações dos valores e do conteúdo que as consagram, é reconhecida a historicidade intrínseca ao Estatuto Maior, conformando os interesses maiores dos cidadãos em um local e tempo determinados.

Hoje, pode-se definir a Constituição como um complexo normativo ao qual deve ser assinalada a função da verdadeira lei superior

do Estado, que todos os seus órgãos vincula.¹⁰⁹ A Constituição é dotada de características particulares de cunho ético-jurídico, que expressam a vontade soberana de uma Nação.¹¹⁰

Sabidamente, a Constituição é também responsável pela definição do modelo de Estado adotado em determinado momento histórico. Como bem destaca Maristela Basso¹¹¹:

Aquela antiga condição de que gozavam os Estados, no modelo tradicional ou histórico, anterior à Segunda Guerra, de optar por implementar ou não, políticas de proteção à propriedade intelectual, torna-se inviável no modelo atual, perante os compromissos internacionais, cada vez mais numerosos, assumidos pelos Estados, e às pressões dos setores privados nacionais e transnacionais.

Conforme preceitua a Constituição Federal, o Brasil adotou como modelo o Estado Democrático de Direito, associado à limitação da ingerência e atuação estatal ao disposto no estatuto normativo. O Estado, portanto, também se sujeita às limitações impostas pelo ordenamento jurídico, assegurando as liberdades individuais dos membros sociais. Conclui-se, destarte, a existência de estreita vinculação entre os direitos e garantias fundamentais expressamente previstos na Constituição e a compreensão das delimitações do Estado.

109 CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. p.43.

110 THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro. *A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para seu Controle*. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (coord.) *Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 130.

111 BASSO, Maristela. *A proteção da propriedade intelectual e o direito internacional atual*. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 41, n° 162, p. 287-309, 2004. p. 290.

A partir de tal pressuposto, não se revela como mera obra do acaso a inclusão da proteção do direito autoral no rol dos direitos e deveres individuais e coletivos expressamente previstos no artigo 5º da Constituição.¹¹² É preciso considerar, inclusive, no que tange à proteção da propriedade industrial, abrangida pela propriedade intelectual, bem como à tutela dos aspectos inerentes à atividade industrial, o condicionamento ao interesse social e ao desenvolvimento tecnológico e econômico do País. Trata-se, evidentemente, da conformação da função social de tais direitos, idéia que também será defendida no presente trabalho para os direitos autorais.

Ressalta-se, ainda, a previsão constitucional do necessário atendimento à função social da propriedade, possibilitando, assim, a visualização de um novo modelo de fruição de direitos, que já nasce condicionado aos interesses máximos do Estado-Nação.

No próximo capítulo, proceder-se-á à análise histórico-comparativa entre os institutos da propriedade e do direito autoral, para

112 Constituição Federal - Artigo 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.*

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.*

vislumbrar suas similitudes e dessemelhanças, e também para permitir uma abordagem mais precisa sobre a função social dos direitos autorais.

1.2. A tutela jurídica da propriedade intelectual como política pública: inter-relação entre a Constituição Cultural e a Constituição Econômica

A inserção no texto constitucional da proteção aos bens de natureza imaterial, incluindo os direitos atinentes à propriedade intelectual, revela a importância que detêm na elaboração de uma política pública do Estado voltada ao desenvolvimento.

Efetivamente, na atualidade, os direitos da propriedade intelectual são imprescindíveis para o desenvolvimento econômico e industrial do país, vinculando-se diretamente ao recrudescimento do comércio mundial. Nesse contexto global, caracterizado pela massificação de informação e pela reprodutibilidade técnica de obras de arte, a tutela jurídica dos direitos autorais mostra-se ascendente. Não se pode olvidar, ainda, a imensa indústria relacionada à produção cultural, como a fonografia, a produção de vídeos cinematográficos, a apresentação de peças de teatro. Ora, além da riqueza econômica diretamente vinculada ao faturamento dessa indústria, é relevante reconhecer a função primordial da cultura para a formação de uma identidade nacional, ainda que se mostre paradoxal ante a massificação acima relatada e a globalização de modos de vida.

Reconhecendo tais aspectos, a Constituição Federal de 1988,

em seu artigo 215 estabeleceu expressamente, no capítulo referente à “Educação, Cultura e Desporto”, que: “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”.

O fundamento da função social inerente à proteção dos direitos autorais pode ser retirado desse dispositivo constitucional. Ao garantir o pleno acesso aos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, vê-se que o desenvolvimento cultural do país, mediante o reconhecimento de suas próprias manifestações culturais, sobrepõe-se a outros interesses. Justifica-se tal entendimento a partir da constatação de que o próprio Estado, enquanto ente dotado de personalidade jurídica, existe para prover a estruturação da sociedade e o bem comum dos sujeitos nela inseridos, advindo daí a função social a ele inerente.

O multiculturalismo do Brasil é mundialmente reconhecido, dada a miscigenação étnica, e conseqüentemente cultural, característica da formação da sociedade brasileira. O constituinte, atento a tal realidade nacional, dispôs sobre a necessidade de proteção das manifestações de culturas populares, indígenas, afro-brasileiras e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional, nos termos do § 1º do artigo 215.

Não há, pois, como não ser reconhecida a função social inerente aos direitos autorais, uma vez que, intrinsecamente relacionados à difusão cultural, tornam o país mundialmente conhecido e único, sob o aspecto externo, além de prover a formação de uma identidade própria nacional, sob o aspecto interno.

Logicamente, considerando a necessária unidade na interpretação dos desígnios constitucionais, sob pena de rompimento do sistema normativo estatal, surge a relação entre a Constituição, dita Cultural, e o modelo econômico vigente. Há, pois, necessidade de imbricação e harmonização entre os interesses econômicos e culturais, o que será na seqüência melhor esclarecido.

1.3. O multiculturalismo como uma experiência tipicamente brasileira e a relevância do aspecto cultural na formação do Estado

Qualquer grupo social humano elabora e constitui um universo completo de conhecimentos integrados, com fortes ligações com o meio em que vive e se desenvolve. Entendendo cultura como o conjunto de respostas que uma determinada sociedade dá às experiências por ela vividas e aos desafios que encontra ao longo do tempo, percebe-se o quanto as diferentes culturas são dinâmicas e estão em contínuo processo de transformação. O Brasil possui uma imensa diversidade étnica e lingüística. Compõem o país sociedades indígenas, quilombolas, descendentes dos mais diversos grupos étnicos mundiais com os costumes e hábitos já transformados e recriados no âmbito nacional. É importante frisar que o multiculturalismo se acentua, em razão da constante modificação e reelaboração, inerente a qualquer sociedade humana. Todavia, o caso brasileiro é típico em razão da diversidade na própria formação cultural do povo, o que é evidenciado se analisadas as inúmeras divergências regionais no seu imenso território. A diversidade cultural está sempre relacionada ao contato entre

realidades socioculturais diferentes e à necessidade de convívio entre elas, especialmente num país pluriétnico, como o Brasil.

Na contemporaneidade, caracterizada pela informatização e desenvolvimento tecnológico sem precedentes, a formação de uma consciência e cultura nacionais é imprescindível à manutenção da integridade do povo e do sentimento de nação. Essa necessidade é patente em termos de compreensão da riqueza que representa a própria formação cultural brasileira, associada à potencialidade de formação de uma identidade nacional e de um engajamento social com as questões prementes do país.

Como já mencionado, a Constituição Federal de 1988 reconheceu as diferenças culturais de diversos povos, com destaque para os indígenas, e determinou o respeito às organizações sociais, usos e costumes. O capítulo referente à Educação, à Cultura e ao Desporto faz alusão, em diversos dispositivos, à necessidade de preservação de manifestações culturais, que propiciem o reconhecimento de uma identidade nacional, historicamente configurada a partir da participação de diversos grupos no processo civilizatório brasileiro. No art. 215, o texto constitucional apregoa o dever de promoção e preservação cultural por parte do Estado e da sociedade. Na seqüência, assevera expressamente que o Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Indubitavelmente, a Constituição, enquanto estatuto jurídico refletor dos valores essenciais mais caros de uma determinada sociedade, consagra a relevância da preservação histórico-cultural, fazendo-o expressamente no que tange a alguns

grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Faz-se necessária a efetivação de políticas públicas voltadas ao desenvolvimento econômico, à saúde e à educação de tais comunidades, para que lhes sejam assegurados os direitos territoriais, proteção ao meio ambiente e os bens culturais.

1.4. A importância dos direitos autorais para o progresso do país

Podem ser visualizados dois aspectos principais no tocante à relevância do direito autoral, que também podem ser identificados com a dupla proteção por ele concedida: a importância cultural e a importância econômica.

No que se refere ao aspecto cultural, a proteção ofertada pelo direito autoral aos autores implica a promoção e o aumento do desenvolvimento cultural do país, fatores de suma importância para os países em desenvolvimento. Como bem destaca M.N'Diane, citado por Bruno Jorge Hammes.¹¹³

O homem sente um maior impulso da cultura porque em nossos dias se mostrou que a instrução do espírito, longe de ser um luxo sem sentido, torna possível ao homem desenvolver suas capacidades, de realizar sua personalidade, de promover a sua inteligência. Cada país está decidido a cumprir este desafio. Mas cultura – é dela que aqui se trata – não é simplesmente um aglomerado de conhecimento de espírito, mas um acesso ao mundo: a salvação

113 HAMMES, Bruno Jorge. *O direito da propriedade intelectual: subsídios para o ensino*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1998. p. 30.

do mundo, diz-se, está no diálogo das culturas. Hoje ninguém mais pode contestar que o progresso cultural representa um meio eficaz neste caminho ao objetivo fundamental dos direitos humanos, ou seja, a manutenção da paz e da segurança internacional.

Tal pensamento é passível de ser acrescido dos comentários de Arpad Bogsh, também citado por Bruno Jorge Hammes:

A experiência prova que o enriquecimento do patrimônio cultural nacional depende diretamente do nível de proteção assegurada às obras literárias e artísticas; quanto mais elevado este nível, mais encorajados de criar serão os autores; quanto mais criações intelectuais houver no domínio literário e artístico, mais crescerá a importância dos auxiliares destas produções que são as indústrias do espetáculo, do disco e do livro e, finalmente, o encorajamento da criação intelectual constitui uma das condições primordiais de toda a promoção social, econômica e cultural.

A importância econômica da proteção dos direitos autorais é inegável, precipuamente ao se considerar o poderio das indústrias diretamente ligadas ao direito de autor. Logicamente, não é possível desconsiderar a proteção aos direitos personalíssimos do autor, sob pena de descaracterizar a própria essência da proteção intelectual em comento.

É interessante ressaltar, ainda, o recente lançamento do Programa Nacional do Patrimônio Imaterial Brasileiro, demonstrando a institucionalização de políticas públicas para a identificação, reconhecimento, promoção e criação de salvaguardas para a dimensão imaterial do patrimônio cultural.

1.5. Breves apontamentos sobre a função social e a limitação de direitos

A função social é comumente objeto de estudo quando da análise da configuração constitucional do direito de propriedade. Evidenciando tal constatação, cita-se Hely Lopes Meirelles,¹¹⁴ que assim se pronunciou, citando Georges Ripert:

A nossa Constituição assegura o direito de propriedade, mesmo porque é um direito individual por excelência, do qual resulta a prosperidade dos povos livres. Mas a propriedade há muito deixou de ser exclusivamente o *direito subjetivo do proprietário* para se transformar na *função social do detentor da riqueza*, na expressão feliz de Duguit. É um direito individual, mas um direito individual condicionado ao bem-estar da comunidade. É uma projeção da personalidade humana e seu complemento necessário, mas nem por isso a propriedade privada é intocável. Admite limitações ao seu uso e restrições ao seu conteúdo em benefício da comunidade.

Conforme bem destaca Hammes:¹¹⁵ “juntamente com a aceitação do Direito de Autor, desenvolveu-se o reconhecimento de que o mesmo está sujeito igualmente a uma vinculação social. Em nome do interesse comum, o autor deve tolerar certas restrições aos seus direitos”. Dentre tais restrições, é possível citar: (a) o interesse da assistência judiciária e da segurança pública; (b) o interesse da facilitação do ensino escolar; (c) a proteção da liberdade de informação; (d) a proteção da liberdade do criar; (e) o interesse da comunidade de ter acesso a certas reproduções privi-

114 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29a ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 133.

115 HAMMES, Bruno Jorge. *Idem.* p. 76/77.

legiadas públicas; (f) fins exclusivamente técnicos; (g) o interesse no uso privado e outro uso próprio; (h) o interesse da liberdade de reprodução; (i) a licença compulsória em favor dos fabricantes de fonogramas. A partir da legislação pátria, depreendem-se alguns comportamentos que não podem ser reprimidos por não constituírem ofensa ao direito do autor: certas reproduções (citações, informações, ilustrações, obras em logradouros públicos, retratos por quem os encomendou); reprodução em um só exemplar, liberdade de crítica e estudo; apontamentos pelos escolares, execuções no âmbito familiar ou nas escolas; reproduções para fins de prova judiciária ou administrativa.

Interessante ressaltar a previsão na Convenção de Berna e na Convenção Universal sobre o Direito do Autor de licenças obrigatórias passíveis de serem solicitadas pelos países em desenvolvimento, se constatadas dificuldades de atendimento às necessidades de ensino em seus países.

Vê-se como regra geral, na atualidade, o nascimento de direitos já limitados pela supremacia dos interesses sociais. Os direitos autorais também atendem a essa configuração, já nascendo relativizados.

Efetivamente, novamente citando Hely Lopes Meirelles:¹¹⁶

Os Estados Democráticos, como o nosso, inspiram-se nos princípios da liberdade e nos ideais de solidariedade humana. Daí o equilíbrio a ser procurado entre a fruição dos direitos de cada um e os interesses da coletividade, em favor do bem comum. Em nossos dias predomina a idéia de relatividade dos direitos, porque, como bem adverte Ripert, “o direito do indivíduo não

116 MEIRELLES, Hely Lopes. *Idem.* p. 572/573.

pode ser absoluto, visto que o absolutismo é sinônimo de soberania. Não sendo o homem soberano na sociedade, o seu direito é, por consequência, simplesmente relativo.

Passar-se-á, no capítulo seguinte, à análise da historicidade dos institutos da propriedade e dos direitos autorais, para melhor compreensão da realidade e dos desafios emergentes na sociedade hodierna.

2. RETROSPECTIVA HISTÓRICA DO DIREITO DE PROPRIEDADE E A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO AUTORAL

3.1. A Historicidade do Instituto da Propriedade

Inúmeros pensadores dedicaram-se a tentar decifrar e justificar a existência do Instituto de Propriedade, alguns a defenderam como direito natural, oriunda de um pacto racional celebrado universalmente entre a totalidade dos integrantes da sociedade, outros a combateram com afinco, apregoando a sua criação como responsável pela escravidão e exploração do homem pelo homem.

Objeto de estudo dos mais diversos ramos do saber humano, a propriedade há muito permanece como um dos institutos mais controvertidos da história universal, ora objeto de disputas bélicas, ora alvo de embates político-ideológicos, motivando

revoluções. O fato é que, apesar de já se ter propugnado a sua extinção, a noção de propriedade está cada vez mais presente na organização da sociedade hodierna.

Certamente, essa permanência histórica não significa estagnação ou mesmo imutabilidade em seu conteúdo. Ao contrário, modificações são imprescindíveis como instrumento de adequação à realidade presente. E foram justamente as diversas concepções de propriedade e o uso variado que delas se fez no decorrer dos tempos que permitiram a sua manutenção em sociedade até a atualidade, sem qualquer indício de desaparecimento em tempo presente.¹¹⁷

A assertiva do Professor Caio Mário, a seguir transcrita, apesar de não admitir a existência de um novo paradigma proprietário emanado da Constituição de 1988, conforme será demonstrado na seqüência, é extremamente útil por evidenciar a dinamicidade do conteúdo da propriedade:

A verdade é que a propriedade individual vigente em nossos dias, exprimindo-se embora em termos clássicos e usando a mesma terminologia, não conserva todavia conteúdo idêntico ao de

117 O professor Caio Mário da Silva Pereira, em seu livro *Instituições de Direito Civil*, vol. IV (vide Bibliografia), p. 61-62, faz um retrospecto histórico resumido do instituto propriedade, das origens até a atualidade, principiando com o caráter místico e político que detinha na Antigüidade, especialmente em Roma. No medievo, alude à invasão dos bárbaros como fonte geradora de instabilidade e insegurança, que serviram de motivo para a transferência da terra aos poderosos, em troca de proteção. Com isso, cresce o conceito de poder político ligado à propriedade imobiliária. Posteriormente, com a Revolução Francesa, ao afrontar a centralização da monarquia absoluta, tem-se uma pretensa democratização (em benefício da burguesia) da propriedade, mediante a abolição de privilégios e de direitos perpétuos. A propriedade imobiliária torna-se, então, o centro de interesses, prestigiada pelo chamado "Código da Propriedade" – o Código de Napoleão.

suas origens históricas. É certo que se reconhece ao *dominus* o poder sobre a coisa; é exato que o domínio enfeixa os mesmos atributos originários – *ius utendi, ius fruendi et abutendi*. Mas é inegável também que essas faculdades suportam evidentes restrições legais, tão freqüentes e severas, que se vislumbra a criação de novas noções.¹¹⁸

Entretanto, deve ser ressaltada a nova propriedade surgida com o advento da Constituição Federal de 1988, enaltecedora da dignidade humana como valor essencial ao Estado Democrático de Direito. O conceito de propriedade, tal qual diverso outro instituto clássico do direito civil, alterou-se substancialmente, tendo em vista o modelo de Estado Social retratado no texto constitucional, fato facilmente observado com a inclusão do direito de propriedade no rol dos direitos e garantias fundamentais, tendo como requisito de existência o atendimento à respectiva função social.

Sabe-se que a Constituição é o pacto político fundamental, e que vigora em seu texto a diretriz política e ideológica, assim como o modelo de Estado propugnado em tempo e espaço determinados. Logicamente, a inclusão da matéria de propriedade e de sua vinculação com a função social no texto constitucional, e, mais ainda, no rol de direitos e garantias fundamentais¹¹⁹, demonstra a importância que tem esse instituto na

118 SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil*. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

119 A Constituição Federal em seu artigo 5º, caput, dispõe sob o Capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, que: *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: XXII – é garantido o direito de propriedade; XXIII – a propriedade*

configuração de um modelo de Estado, consistindo ainda um dos valores principiológicos fundadores da ordem social, económica e normativa.

Constata-se daí que a configuração do instituto denominado propriedade varia conforme a opção político-ideológica da sociedade, observada num contexto histórico específico.

2.2. Do Modelo Clássico Contido no Código Civil à Constitucionalização da Propriedade

No âmbito do Direito, enquanto ramo do conhecimento humano, a propriedade é classicamente regulada pelo direito das coisas ou direito real, cuja função precípua consiste em garantir aos titulares desse direito a exploração económica dos bens e de suas utilidades, sem a interferência de terceiros. Assevera-se, comumente, nos manuais de direito civil, ser o direito real de propriedade o mais amplo e absoluto dos direitos reais, em razão do conjunto de faculdades que abarca em benefício do sujeito titular do direito.

Antes de adentrar nas características apresentadas pelos direitos reais na atualidade, abordando a configuração constitucional do direito de propriedade, faz-se mister a explanação da concepção clássica e absoluta desse direito. A partir das características essenciais detectadas, far-se-á uma comparação com o novo paradigma proprietário, oriundo do texto constitucional de 1988, responsável pela inclusão da função social da propriedade no rol de direitos e

atenderá a sua função social.

garantias fundamentais, concomitantemente a sua regulação no título referente à ordem econômica e financeira.

Inicialmente, a propriedade, no seu sentido clássico, correspondia, por excelência, à terra, elemento inafastável para a produção econômica. Ao sujeito de direito, atribuíam-se poderes quase absolutos passíveis de serem exercidos sobre a coisa. A qualificação absoluta, aqui expressa, implica a inexistência de limites ou mesmo sujeição a qualquer restrição emanada do Estado e dos demais integrantes da sociedade.

Esse direito de propriedade, em sua estrutura clássica, era referido de forma indireta pelo Código Civil Brasileiro de 1916, que dispunha, no artigo 524, nos termos seguintes: “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.” Vê-se que não há uma definição propriamente dita, apenas uma alusão aos poderes e faculdades¹²⁰ atribuídos ao titular do direito – o proprietário, daí o caráter indireto da definição.

Deve-se destacar que a concepção estatuída no Código Civil de 1916 mostrava-se comprometida com os ideais propugnados nas Revoluções Burguesas – Industrial e Francesa – e com o modelo econômico eminentemente agrário, embasado na propriedade

120 Dentre as tradicionais faculdades atribuídas ao proprietário, estão as de usar, gozar e dispor da coisa, além de reivindicá-la, mediante o exercício efetivo do direito de seqüela. Usar consiste na faculdade de colocar a coisa a serviço do titular, sem modificação na sua substância. A faculdade de gozar realiza-se com a percepção dos frutos advindos da coisa, sejam naturais ou civis. A possibilidade de dispor da coisa corresponde ao poder de alienar a qualquer título, ou mesmo consumir a coisa, alterá-la, e até destruí-la, quando não implicar em procedimento anti-social.

imobiliária, vigente no país nas primeiras décadas do século passado. Portanto, era extemporânea do modelo intervencionista de Estado, do solidarismo, da prevalência do interesse social em relação ao individual, bem como da volátil economia financeira, que estatuiu como bens de maior valor não mais a propriedade imobiliária, mas a “propriedade” intelectual em setores emergentes¹²¹, a comunicação, as inovações tecnológicas, destacando-se o fenômeno da despatrimonialização de riquezas.

Nesse sentido, o direito de propriedade então tutelado pelo Código Civil de 1916 apresentava características quase absolutas, submetendo-se o proprietário ao menor número de restrições e limitações, devidamente previstas, de modo taxativo, em lei. Priorizava, indubitavelmente, o atendimento ao interesse individual do homem-proprietário burguês, conclamando-se, ainda, a plena autonomia da vontade (voluntarismo) na realização dos negócios jurídicos passíveis de ensejarem a ulterior transferência do domínio.

121 Os setores emergentes na economia e ciência correspondem aos avanços do conhecimento e da técnica no âmbito da Biotecnologia, Fármacos e Informática. Quanto à biotecnologia, o debate acerca dos produtos transgênicos na agricultura, bem como o patenteamento de seres vivos (microorganismos), geneticamente alterados, admitido em diversos países, inclusive o Brasil, além da ameaça de clonagem humana e das descobertas relativas ao seqüenciamento genético contido no DNA, tornam o tema uma presença constante em noticiários e fóruns de discussões. A proteção da propriedade intelectual dos fármacos constitui interesse de grandes laboratórios, tendo em vista a possibilidade de patenteamento se presentes os requisitos da novidade e aplicabilidade industrial, e conseqüentemente o pagamento de royalties, acrescidos do fato de o consumo desse tipo de bens ser inelástico, ou seja, praticamente não oscila, mesmo diante da elevação de preços, pois são indispensáveis à manutenção da vida, à própria existência humana. No tocante à informática, observa-se a sua incorporação aos meios econômicos e relacionamentos interpessoais, tendo na rede mundial de computadores (Internet) e na infinita possibilidade de atuações as mais recentes novidades. Sobre essa matéria, deve-se destacar a obra de Marcelo Dias Varella. (VARELLA, Marcelo Dias. Propriedade Intelectual de Setores Emergentes: biotecnologia, fármacos e informática. São Paulo: Atlas, 1996).

Com o advento da Constituição Federal de 1988 passou a vigorar um novo modelo de propriedade. Os valores sociais e existenciais da pessoa humana tornam-se um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, materializados na dignidade da pessoa humana. Os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza consagram os valores da Constituição, e conseqüentemente, de todo o ordenamento jurídico. Assim, já não mais prevalece única e exclusivamente o interesse individual do proprietário.¹²² A propriedade, agora, tem como elemento integrativo de seu conteúdo a função social, sem a qual o direito de propriedade não merecerá sequer tutela jurídica, transfigurando-se o instituto em um instrumento para a realização do projeto constitucional. A determinação do conteúdo da propriedade, como bem destaca Gustavo Tepedino¹²³, dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade.

Desse modo, evidencia-se que a funcionalização da propriedade em conformidade com os valores existenciais e sociais, mediante uma postura interventiva do Estado e solidarista da sociedade, rompe com a tutela do aspecto meramente econômico veri-

122 Maria Celina B. M. Tepedino (TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional . In: Revista de Direito Civil, nº 65, p. 28) bem resume esse fenômeno: “*Configura-se inevitável a inflexão da disciplina civilista (voltada anteriormente para a tutela dos valores patrimoniais) em obediência aos enunciados constitucionais, os quais não mais admitem a proteção da propriedade e da empresa como bens em si, mas somente enquanto destinados a efetivar valores existenciais, realizadores da justiça social*”.

123 TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 280.

ficada na teoria clássica. Tal fato é facilmente identificado no condicionamento da fruição individual do proprietário ao atendimento dos múltiplos interesses não proprietários.¹²⁴

O novo Código Civil, seguindo a orientação constitucional de uma propriedade socialmente funcionalizada, estabelece, no seu artigo 1228, § único, aquilo que se convencionou denominar de função social da propriedade:

o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Há quem defenda a própria inconstitucionalidade dessa definição, uma vez que estaria restringindo a amplitude da função social da propriedade da forma como prevista no texto constitucional.

A variação histórica do conteúdo e natureza do direito de propriedade e o necessário atendimento à função social são também perceptíveis na ascensão do reconhecimento jurídico dos direitos autorais, abarcados pela proteção à propriedade intelectual, genericamente considerada.

124 TEPEDINO. Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 272. Assevera o autor que a proteção ambiental, a utilização racional de reservas naturais, as relações de trabalho derivadas da situação proprietária, o bem-estar desses mesmos trabalhadores, são interesses tutelados constitucionalmente e que passaram a integrar o conteúdo funcional da situação proprietária.

2.3. Direitos Autorais – Generalidades Históricas

Por direito autoral¹²⁵ entende-se o conjunto de prerrogativas de ordem patrimonial e de ordem não patrimonial atribuídas ao autor de obra intelectual que, de alguma maneira, satisfaça algum interesse cultural de natureza artística, científica, didática, religiosa, ou de mero entretenimento. A configuração atual do direito autoral surge após o movimento revolucionário francês, como um instrumento de proteção da comunicação social, em defesa do desenvolvimento cultural e tecnológico.

Os direitos autorais, regulados em normas jurídicas tal qual hoje se conhece, advieram de forma similar à regulamentação clássica do direito de propriedade, ou seja, de uma Revolução Burguesa – a Revolução Industrial – e da fortificação do modo de produção capitalista. A era da reproduzibilidade das obras de arte surge com a consolidação capitalista e com a necessidade da intensificação da comercialidade dos bens, no qual se incluíram as obras artísticas, científicas e literárias. Assim, a noção de direitos intelectuais, expressa na Codificação Civil Brasileira de 1916 como direitos de propriedade, representa os mesmos ideais burgueses, do voluntarismo, contratualismo, individualismo, também existentes na noção de propriedade imobiliária, reestruturada pela Constituição Federal de 1988.

Deve-se ressaltar a proteção à obra intelectual como um mecanismo de atribuição da titularidade de direitos ao agente criador

125 MANSO, Eduardo J. Vieira. O que é Direito Autoral. São Paulo: Brasiliense, 1992p. 7.

sobre o produto de sua inteligência e atividade inventiva, viabilizando a circulação de obras intelectuais por todos os recantos do mundo, na concretização de sua vocação natural de comunicação e entrelaçamento cultural dos povos. O Direito Autoral¹²⁶ objetiva, na sua essência, regulamentar as relações jurídicas passíveis de serem verificadas entre o autor de uma obra intelectual e outros eventualmente interessados em aproveitá-la cultural e economicamente.

A obra intelectual, destarte, possui, por finalidade primordial, o interesse cultural, de ordem estética, técnica, didática, científica, religiosa e pedagógica, mediante a exploração comercial da obra e publicação (divulgação). Advêm daí os requisitos essenciais para o enquadramento como objeto passível de tutela pelos Direitos Autorais: a criatividade e a originalidade. A criatividade reside na nova contextura que se dá a um tema, por mais antigo que ele seja. A originalidade coincide, praticamente, com o estilo do autor, mediante o qual ele lhe empresta uma particular maneira de existir no mundo exterior.¹²⁷

A Legislação Brasileira sobre a matéria – Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 – define, no *caput* do artigo 7º, as obras intelectuais protegidas como sendo as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, enumerando, no inciso I, os textos de obras literárias, artísticas ou científicas. Essa definição demonstra a adoção, no Brasil,

126 MANSO, Eduardo J. Vieira. Idem. p. 20.

127 MANSO, Eduardo J. Vieira. Idem. p. 31.

da orientação universalmente consagrada de arrolar apenas de maneira exemplificativa as obras protegidas, propiciando a inclusão de outras não expressas diretamente na legislação. Distinto aspecto relevante, ressaltado por Carlos Alberto Bittar Filho¹²⁸, está na incidência da proteção autoral sobre a criação do espírito desde o momento em que ela é plasmada em suporte (*corpus mechanicum*), que pode ser tangível (como no caso de livros, esculturas, pinturas, gravuras, etc.) ou intangível (como, exemplificativamente, no caso da obra coreográfica trazida a lume mediante a apresentação de uma sambista em desfile de escola de samba).

Ressalta-se, ainda, o reconhecimento legal¹²⁹ da existência de direitos morais e patrimoniais sobre a criação, pertencentes ao autor. O direito patrimonial é considerado o conjunto de prerrogativas que permitem ao seu titular a utilização econômica da obra intelectual, isto é, ao autor cabe o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica. Os direitos morais são de pertinência estritamente pessoal e visam a dar ao autor, ou a seus herdeiros que neles sejam investidos, poderes para zelar por sua qualidade de criador da obra, para promover-lhe o respeito à forma que lhe foi dada pelo autor.¹³⁰ Dentre os direitos morais descritos no art. 24 da Lei

128 BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Apontamentos Sobre a Nova Lei Brasileira de Direitos Autorais. In: *Legislação Sobre Direitos Autorais*. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicação do Senado Federal, 1999, p.51.

129 O artigo 22 da Lei 9610/98 estatui que *pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou*.

130 MANSO, Eduardo J. Vieira. O que é direito autoral? p. 52.

9610/98, destacam-se: I - o direito de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; II – o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra; III – o de conservar a obra inédita; IV – o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra; V – o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada; VI – o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem; VII – o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

Faz-se imprescindível mencionar a irrenunciabilidade e inalienabilidade dos direitos morais do autor, o que implica a caracterização dos mesmos como direitos de personalidade, por serem inerentes ao sujeito de direito e impassíveis de qualquer transação ou alienação. Os direitos patrimoniais têm, na negociabilidade, o condão de possibilitar o ingresso da obra em circulação, por vontade do autor, a fim de que possa receber os proventos correspondentes pelos usos. Portanto, são passíveis de transmissão mediante estipulação contratual, cessão de direitos, licenciamento, concessão e outros meios admitidos em Direito,

obedecidas às limitações estatuídas no art. 49 da Lei de Direitos Autorais em vigor.¹³¹

2.4. Direitos Autorais versus Propriedade artística, literária, científica?

Os direitos do criador da obra intelectual foram, de início, considerados de natureza real, denotando-se daí o realce dado ao aspecto patrimonial. Em decorrência do fato de a exploração econômica da obra intelectual ter sido a questão preponderante abordada pelos legisladores no tocante ao Direito Autoral, bem como do seu caráter de produto intelectual do autor, ingresando em seu patrimônio, efetuou-se a classificação de respectiva tutela jurídica como sendo de índole de *propriedade*, direito real por excelência, nas primeiras legislações acerca da matéria, incluindo-se, aqui, o Código Civil Brasileiro de 1917.¹³²

131 Lei 9.610/98, Art. 49. *Os direitos do autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações: I – a transmissão total compreende todos os direitos do autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos por lei; II – somente se admitirá transmissão total e definitiva dos direitos mediante estipulação contratual escrita; III – na hipótese de não haver estipulação contratual escrita, o prazo máximo será de cinco anos; IV – a cessão será válida unicamente para o país em que se firmou o contrato, salvo estipulação em contrário; V – a cessão só se operará para modalidades de utilização já existentes à data do contrato; VI – não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato.*

132 Transcrição do Código Civil: Art. 524. *A lei assegura ao proprietário o direito de usar gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua. Parágrafo único. A propriedade literária, científica e artística será regulada conforme as disposições do Capítulo VI deste Título.*

Uma segunda concepção destacava o Direito do Autor como direito vinculado à personalidade do homem, tendo prosperado a partir da sedimentação, na doutrina e jurisprudência, dos direitos morais do autor.

Por fim, tem-se a teoria prevalecente na atualidade, que conjuga os aspectos primordiais das teorias anteriores, revelando ser o Direito do Autor composto de prerrogativas morais e patrimoniais, imprimindo-lhe a singularidade no âmbito do Direito Privado. Essa posição é a adotada em nosso país, tendo em vista a edição de lei própria para a regência da matéria (Lei 9610/98) e o posicionamento doutrinário e jurisprudencial majoritário.

Hoje, admite-se a denominação de propriedade em relação aos direitos autorais tão somente em decorrência da origem histórica e da amplitude do vocábulo “propriedade”, pois predomina¹³³, na atualidade, a orientação de que há manifestação do direito de propriedade tão somente sobre bens materiais. É exatamente esse um dos argumentos para o afastamento da noção de direito autoral como propriedade, vez que o direito autoral, ao contrário da propriedade, recai também sobre a obra intelectual que tenha por suporte um meio intangível, e o bem objeto do domínio proprietário deve necessariamente ser determinado e de natureza material.

133 Esse aspecto não é absolutamente pacífico. Há ainda controvérsias, principalmente na atualidade, em que os meios de comunicação permitem um acesso fácil, barato e a publicação em massa do conteúdo de diversas obras. Varela, por exemplo (VARELA, Marcelo Dias. Propriedade intelectual dos setores emergentes, p. 139), assevera que *na concepção moderna de propriedade, o cumprimento da função social se faz imprescindível. Deve-se entender que a obrigatoriedade deste requisito essencial se aplica não somente aos bens corpóreos, mas também aos incorpóreos que, muitas vezes, são os de maior repercussão sobre a coletividade.*

Na realidade, a confusão sobre a natureza dos direitos autorais existe ainda nos dias de hoje e é justificada pelas similitudes fáticas entre essa espécie de tutela jurídica e o direito de propriedade. Talvez a principal semelhança seja o aspecto patrimonial, apesar de não exclusivo, da propriedade e do direito autoral. É assegurado ao autor da obra intelectual o direito de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica, dependendo a utilização da obra por terceiros de prévia e expressa autorização do autor. Tais faculdades são comumente atribuídas ao titular do direito de propriedade. Entretanto, deve ser destacado o fato de o direito autoral não se restringir ao aspecto patrimonial, que é apenas uma de suas faces. Por outro lado, a conotação de direito moral, que complementa a estrutura do direito autoral, não está presente no âmbito do direito de propriedade.

O próprio modo de aquisição da propriedade difere do da tutela jurídica da criação intelectual e dos interesses do autor. O direito de propriedade, no sistema adotado no Brasil, só é adquirido mediante a averbação na matrícula do imóvel junto ao Cartório de Registro de Imóveis, visando atender ao princípio da publicidade (no caso de bem imóvel), ou mediante simples tradição da coisa (em se tratando de bens móveis). Os direitos autorais, diferentemente, são adquiridos através do simples ato de criação, não dependendo de qualquer espécie de registro, que se vier a ocorrer, deterá caráter meramente facultativo e assecuratório.

Acrescentando o rol de distinções entre o direito autoral e o direito real de propriedade, faz-se alusão à limitação temporal dos direitos patrimoniais do autor, que perduram, em regra, por 70 anos, consoante a legislação nacional. Após esse período,

ou tendo o autor falecido sem deixar sucessores, pertencerão as respectivas obras ao domínio público.

Conclui-se, portanto, que o Direito Autoral não é mais uma espécie de propriedade, como nas origens do instituto, mas sim uma titularidade de direito. Há países, entretanto, tais como os Estados Unidos, que permanecem considerando o caráter de propriedade, mediante o instituto do *copyright*, voltado à circulação econômica. A principal diferença entre este sistema e o adotado no Brasil está no fato de o *copyright* fixar apenas o período de proteção, desconhecendo a vinculação da obra à personalidade do autor, o mesmo se dando em relação aos direitos morais.

2.5 Das restrições aos direitos autorais advindas do interesse público e coletivo

O embate filosófico acerca da vinculação do indivíduo e de sua criação intelectual ao interesse coletivo tem sido há muito suscitado. Há posições que apregoam ser a obra intelectual fruto tão somente do trabalho individual, devendo ao autor ou criador ser atribuída a plenitude da titularidade do direito, sem qualquer espécie de interferência externa. Outros, por sua vez, defendem o caráter único da obra de arte, destacando a efetiva valorização do artista criador, porém ressaltando que o trabalho nada seria se inexistisse a humanidade, o engajamento social e coletivo mediante o qual se torna possível a apreciação da criação intelectual. Aqui se tem por desnecessário e até prejudicial o reconhecimento da propriedade ou do direito intelectual, pois todo e

qualquer conhecimento pertenceria à humanidade por inteiro.¹³⁴

Na atualidade, a publicização do direito privado, mediante a intervenção do Estado em áreas antes adstritas à autonomia da vontade e ao interesse particular, já é admitida e até enaltecida por grande parte dos civilistas. A importância do intervencionismo revela-se premente em países em vias de desenvolvimento, como o Brasil, sendo verificado na temática aqui abordada.

No tocante aos direitos autorais¹³⁵, verificou-se um conflito entre a necessidade do progresso da educação e da cultura como fatores fundamentais para o desenvolvimento da nação e a imperatividade da concessão da proteção legal às criações intelectuais surgidas em seu contexto, exatamente como estímulo para a produção de obras de engenho pelos respectivos nacionais. O choque de interesses é evidente: o interesse do autor (individual) volta-se para a proteção e retribuição econômica de sua obra, ao passo que o da coletividade corresponde à fruição dessa mesma obra.

134 Hegel, por exemplo, apregoava que o homem não existe sozinho. Em sua teoria, cada ser humano individualmente é síntese histórica de toda a humanidade, não existindo, destarte, conhecimento de um único indivíduo, mas esse indivíduo é livre e sua criatividade deve ser valorizada. Marx também defende a pertença do conhecimento à humanidade, destacando o caráter coletivo dos meios de produção e a abolição da propriedade individual. Locke, ao contrário, considera ser o homem senhor de si e das ações e trabalho que executa, sendo de sua natureza o caráter de proprietário, advindo daí o fato de as invenções e artes desenvolvidas para o aperfeiçoamento das conveniências da vida serem de sua propriedade, não pertencendo em comum a outros.

135 Tal entendimento é o admitido pelo Professor Carlos Alberto BITTAR, na sua obra *Contornos Atuais do Direito do Autor*.

Surgiu então, na estruturação do Direito Autoral, a necessidade de conciliação de duas premissas básicas e antagônicas:¹³⁶ a) a primeira: o autor retira do acervo cultural da humanidade os elementos com que produz a sua obra, surgindo daí o direito à coletividade em dela desfrutar; b) a segunda: a concepção e a criação da obra, como produtos do intelecto humano, devem propiciar ao autor, em sua exploração, os proventos correspondentes, reconhecendo-se também os direitos personalíssimos ínsitos nessa mesma criação e que à lei cabe preservar.

Essa característica especial (hibridismo) do direito do autor denota a identificação de traços privatísticos e publicísticos, tal qual vem se asseverando em relação ao direito de propriedade, em decorrência da exigência de atendimento à função social. A conciliação entre os interesses individuais e coletivos decorre da concessão de exclusividade ao autor para a exploração econômica de sua obra por um certo lapso temporal, após o qual ingressará em domínio público. Assim, o monopólio de exploração econômica concedido ao criador corresponde à tutela do aspecto patrimonial dos direitos autorais, reconhecendo a importância do trabalho realizado, ao mesmo tempo em que estimula a constante criação de novas obras. O interesse da sociedade no progresso e difusão da cultura, por sua vez, é reconhecido e tutelado na medida em que é estabelecido um prazo para o monopólio do autor que, uma vez exaurido, enseja a possibilidade de plena divulgação e publicação da obra, respeitando-se, obviamente, os direitos morais nela inculcados.

136 As premissas aqui mencionadas são extraídas da obra de Carlos Alberto BITTAR: *Contornos Atuais do Direito do Autor*, p. 115.

Entretanto, a constatação de que o interesse social sobrepõe-se ao individual traz novos questionamentos acerca das limitações e restrições aplicáveis aos direitos autorais. O direito à informação, constitucionalmente garantido,¹³⁷ parece se confrontar com a tutela jurídica dos direitos autorais, principalmente na sociedade hodierna, em que o conhecimento e a própria informação constituem-se bens de grande valor. A Constituição, sob outra ótica, no art. 5º, XXVII, também garante aos autores o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar. Aparentemente, portanto, há uma colisão entre direitos e garantias, vez que no caso concreto, será realizada a aplicação do direito em conformidade com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Exigências da coletividade impõem, ainda, outras limitações aos direitos autorais, dentre as quais se destacam: limitações concernentes ao controle dos meios de comunicação e de sua programação; interesse cultural e educacional na divulgação e acesso de universidades, estudantes e professores à obra. A integralidade dessas limitações funda-se na difusão de conhecimentos e disseminação da cultura, de importância patente para o futuro dos países, primordialmente para os em desenvolvimento, dado o interesse na preservação de suas raízes e de sua cultura. Essa concepção é expressamente trazida no texto constitucional, no artigo 215, *caput*: “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apontará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”.

137 Constituição Federal, art. 5º, XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo de fonte, quando necessário ao exercício profissional.

É importante ressaltar a natureza não-econômica das mencionadas restrições, que se voltam, diversamente, à tutela dos interesses sociais e coletivos de acesso ao conhecimento depreendido da obra intelectual. Assim, o direito autoral, tal qual os demais direitos, outrora de cunho eminentemente patrimonial, configuram-se hoje, após a evolução histórica do instituto, sob outra face: instrumento para a promoção do bem-estar coletivo.

2.6. Os novos desafios aos direitos autorais – Situações Concretas

Deve-se notar que a tutela jurídica dos direitos autorais foi desenvolvida, a partir da ascensão capitalista e do surgimento de condições de reprodutibilidade de obras artísticas, intelectuais e científicas com maior profusão, ensejando a comercialidade e a sua valoração econômica.

Posteriormente, os meios tecnológicos de comunicação e transferência de informações à distância tornaram imprescindível a expansão internacional da proteção a tais direitos, culminando na celebração de diversas Convenções e Tratados sobre o tema.¹³⁸ A internacionalização dos direitos autorais daí decorrente foi decisiva

138 A pioneira foi a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1896, com atos aditivos posteriores. Nessa Convenção, consoante assevera BITTAR (BITTAR, Carlos Alberto. Princípios aplicáveis, em nível internacional, à tutela dos direitos autorais. In: *A Tutela Jurídica do Direito do Autor*) formou-se a “União” para a proteção dos direitos dos autores sobre suas obras literárias e artísticas, estabelecendo-se várias disposições normativas de definição e de amparo a direitos autorais, que depois contribuíram para a formação da canônica desses direitos, recebidas e internadas pelos países como princípios básicos, que ora informam a matéria.

para a uniformização das legislações e expansão da tutela jurídica por meio do reconhecimento de tais direitos por diversos países.

Na atualidade já se vem apregoando, no âmbito internacional, a existência de bens públicos mundiais, categoria de enquadramento de certos conhecimentos e técnicas aptos a ensejarem a melhoria das condições de vida do homem. Em artigo¹³⁹ publicado na Internet, afirma-se que *“Garantir la protection d’un « domaine public » mondial de l’information et de la connaissance est un aspect important de la défense de l’intérêt general”*. Essa postura vem se espalhando e acarreta duas posições antagônicas: os países desenvolvidos, em geral, rejeitam essa possibilidade por serem os detentores de grande parcela das informações e conhecimentos técnicos existentes no mundo, defendendo, por este motivo, a manutenção do sistema de proteção da propriedade intelectual tal qual hoje existe ou até a ampliação dos direitos do autor; os países subdesenvolvidos, por sua vez, tendem a admitir essa nova categoria de bens no que lhes é favorável – a possibilidade de utilização dos conhecimentos, em benefício de seus cidadãos, sem o pagamento de *royalties* a grandes empresas titulares dos referidos direitos intelectuais.

Outro aspecto interessante consiste no fato de que, apesar de os direitos autorais abarcarem um aspecto moral, ainda se faz

139 La nécessaire definition d’un bien public mondial: A qui appartiennent les connaissances? In: *Le Monde Diplomatique*, P. 6 et 7. Extraído do site www.monde-diplomatique.fr Os conhecimentos no artigo referido remontam principalmente à fabricação de medicamentos contra moléstias como a AIDS nos países em desenvolvimento, sem a exigência de pagamentos dos *royalties* aos grandes laboratórios, tendo em vista a sobreposição do direito à vida aos interesses meramente econômicos.

predominante o cunho patrimonial do instituto. Advém, então, a problemática de se tutelar os direitos autorais e os conhecimentos intelectuais de nações indígenas,¹⁴⁰ por exemplo, que não se coadunam com a mera retribuição pecuniária, e onde nem mesmo há um autor individual passível de ser identificado como o responsável por determinada obra.

Remonta-se, aqui, ao desafio do direito de respeitar as diferenças e distintos modos de agrupamento social, conformados com valores e crenças diversas das verificadas na sociedade ocidental, num confronto entre sociedades industriais e sociedades comunais tradicionais. É novamente a problemática da tentativa de universalização e internacionalização de padrões ocidentalizados, acarretando inúmeras violações a direitos e à própria democracia.

Também se faz necessária a referência ao folclore, definido pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI, como as *obras pertencentes a um patrimônio cultural de uma nação, criadas, conservadas e desenvolvidas em comunidades autóctones, de geração em geração, por pessoas não identificadas*. Exemplificativamente, mencionam-se os contos populares, canções folclóricas, música ou bailados e danças instrumentais..

140 Como bem assevera FIGUEIRA BARBOSA, na sua obra *Sobre a propriedade do trabalho intelectual – uma perspectiva crítica*, p. 92: *Nos dois mundos há formas diferentes de propriedade, antagônicas, que quando convivem integradas são desfuncionais em seus processos de desenvolvimento. Assim, quando as formas de propriedade e apropriação moderna chegam a uma comunidade tradicional, elas são desintegradoras, disruptivas, e quando essas formas comunais persistem no mundo industrial, são forças arcaicas, retardatárias tendendo a desaparecer. Esses sistemas de propriedade são, portanto, por suas diferenças, funcionalmente contraditórios.*

Há quem defenda a impossibilidade de proteção do folclore pelo instituto do direito autoral, em decorrência da inviabilidade de identificação dos autores. Porém, a importância cultural das manifestações folclóricas é indiscutível.

No próximo capítulo, também serão abordados os novos desafios do direito autoral, sob o enfoque da ascensão da sociedade de informação, sem precedentes na história da humanidade.

3. OS DIREITOS AUTORAIS NA ATUALIDADE

3.1. Globalização, Sociedade da Informação, Inovações Tecnológicas e o Advento da Internet

A realidade do mundo de hoje em muito difere da de poucas décadas passadas. Os avanços na área de tecnologia, os novos conhecimentos, em especial no âmbito genético, informático e biotecnológico, vêm provocando verdadeira revolução, ensejando inclusive a conformação de uma nova sociedade, por alguns já denominada de sociedade da informação, dada a importância exercida por esse componente no desenvolvimento econômico dos Estados.¹⁴¹

Indubitavelmente, a informação e os novos conhecimentos detêm uma importância fundamental para o desenvolvimento do país. Não mais se mensura a riqueza de um país, de seu povo e de sua indústria apenas a partir de bens tangíveis e corpóreos. Ao contrário, nunca, o conhecimento, a informação e a criatividade humanas foram tão valorizados como elementos diretamente vinculados à geração de riquezas e ao desenvolvimento do Estado-Nação. Advém daí a ascensão da temática da propriedade intelectual como objeto central de discussão no âmbito do direito internacional, ora discutindo-se a necessidade

141 Deve-se destacar, na sociedade da informação, a constatação de que o valor de uma empresa é representado não pelos seus bens tangíveis, mas pelos intangíveis: pessoas, idéias, conhecimento, tecnologia, marcas, patentes, segredos de indústria e de negócios, software, dentre outros.

de proteção, ora questionando-se a efetividade dos institutos existentes como mecanismos estimuladores de desenvolvimento. Também no Brasil a matéria encontra-se em evidência, busca-se a indução e ulterior instigação de uma cultura social, ainda inexistente, de proteção dos bens mais preciosos na atualidade – os conhecimentos sensíveis, ou seja, aqueles que, por seu potencial econômico, possam gerar benefícios para a sociedade e o Estado.

Nesse contexto, como bem destaca Renato de Castro Moreira,¹⁴² o comércio de mídia e informação configura-se um dos mais importantes segmentos da atividade econômica, havendo até mesmo quem o considere, assim como o professor italiano Vittorio Frosini, um setor próprio, ao lado da tradicional classificação, agronomia, indústria e serviços: o setor quaternário da economia.¹⁴³

Talvez o marco dessa nova sociedade de informação seja a criação da rede mundial de computadores. A Internet é um produto da Guerra Fria. Como muitos dos mais significativos avanços tecnológicos deste período, teve por origem uma iniciativa militar,

142 MOREIRA, Renato de Castro. O direito à liberdade informática. In: RT 778, p. 20.

143 “La informática, en cuanto información artificial o técnica de la información por medio de calculadores electrónicos ha asumido el significado de una nueva forma de bien económico. Junto a los tres sectores tradicionales de la agricultura, de la industria y de los servicios, es reconocida hoy la existencia de un cuarto sector, o sector cuaternario, que es el de información. A él pertenecen las técnicas de producción de la información de masa, o *massmedia*, como los periódicos, el cine, la radio, la televisión y, finalmente, la informática: que es, además, una forma de producción de la información comercializada e destinada a un consumo de masa”. FROSINI, Vittorio. *Cibernética, derecho y sociedad*. Madrid: Tecnos 1982. p. 176.

mas só demonstrou suas reais potencialidades, quando passou a ser utilizada pelo setor civil da sociedade.¹⁴⁴

A Internet, inicialmente concebida para exclusiva utilização militar,¹⁴⁵ tem, na atualidade, uma intensa aplicação científica e comercial. No âmbito comercial, destaca-se a minimização de gastos despendidos para a visibilidade do produto, incluindo a publicidade e propaganda, associada à expansão do contingente de consumidores, agora espalhados pelo globo. Certamente, na atualidade, os bens materiais são de menor relevância se comparados à informação. O processamento da informação no mercado econômico supera em muito, em termos de importância e eficácia, a locomoção física de produtos, elemento que detinha maior relevância em época pretérita.

Não se pode olvidar a necessária implicação, na atualidade, dos avanços eletrônicos e telemáticos na tutela da propriedade intelectual. Ora, concomitantemente às questões adstritas à facilitação do acesso à informação e à busca da denominada inclusão digital nos

144 AHON, Erick Iriarte. *Sobre protección de los Derechos Intelectuales en Internet* [online]. Disponível na Internet via WWW. URL: <http://v2.vlex.com/vlex2/front/asp/seminariodominios.asp>

145 Internet é a rede global de computadores desenvolvida a partir dos anos 60, em torno da Agência de Projetos de Investigação Avançada de Defesa dos Estados Unidos (DARPA). O objetivo deste projeto, para Maria Luisa Fernandez Esteban (ESTEBAN, Maria Luisa Fernandez. *Limitaciones constitucionales e inconstitucionales a la libertad de expresión*. In: Revista Española de Derecho Constitucional. Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998. p. 288-289.) era “criar uma ampla rede de computadores na qual a informação pudesse ir de uns a outros através de vias distintas, de maneira que, se uma área era atacada numa ação bélica, a informação pudesse chegar por um caminho ou outro ao seu destinatário. A chave deste sistema era a inexistência de um centro nevrálgico que controlasse esta rede, pois este seria um ponto vulnerável do sistema. Com esta filosofia nasceu Arpanet, que constitui o antecessor imediato da Internet”.

países em vias de desenvolvimento,¹⁴⁶ tem-se a plena difusão de obras de conteúdo artístico e literário pela Internet, abrangendo, assim, novos desafios para o direito autoral.

É impossível proceder a qualquer referência à propriedade intelectual, mais especificamente, aos direitos autorais, sem realizar uma análise do aporte cultural e dos efeitos decorrentes do processo de globalização no que tange ao multiculturalismo.

A globalização, apesar de normalmente associada a processos econômicos, como a circulação de capitais, a ampliação dos mercados ou a integração produtiva em escala mundial, descreve também fenômenos na esfera social, como a criação e expansão de instituições supranacionais, a universalização de padrões culturais e o equacionamento de questões concernentes ao planeta como um todo (meio ambiente, desarmamento nuclear, crescimento populacional, direitos humanos). Assim, o termo tem designado a crescente transnacionalização das relações econômicas, sociais, políticas e culturais.

146 Tais questões mostram-se recorrentes e imprescindíveis para evitar-se um distanciamento ainda maior entre os países desenvolvidos e os em vias de desenvolvimento. Deve-se ressaltar que essa divisão histórica de países desenvolvidos e em vias de desenvolvimento adota como critério a industrialização. Hoje, já se discute o imenso fosso entre os países com acesso à informação, de um lado, e de outro, os países dela destituídos, bem como as conseqüências de tal contingência para efeitos de participação no mercado global.

3.2. As conseqüências e implicações da cultura na sociedade global

Destaca-se a importância do aspecto cultural da globalização, que será, juntamente com a questão econômica, muito útil para a posterior análise da configuração constitucional dos direitos autorais, abrangendo os novos desafios de tutela jurídica dos direitos coletivos e a própria consciência de nação e cidadania do povo brasileiro.

A cultura relaciona-se diretamente com o sistema de valores consagrado no contexto societário. Representa a personalidade coletiva que reúne os membros de um grupo em torno da estrutura nacional. Revela-se a cultura um elemento inafastável para a agregação da nação, enquanto um conjunto de pessoas vinculadas pela religião, costumes, línguas, tradições. Sua importância é tanta que a ausência de identidade cultural conduz à falta do sentimento de nação, pelo qual desejam os indivíduos permanecer reunidos em uma sociedade comum.

Agassiz Almeida Filho¹⁴⁷ defende que a assimilação cultural, quando benéfica, é uma forma de aproveitamento do progresso, do conjunto de experiências vivenciadas por outras nações. A assimilação cultural, nesse sentido, é concebida como um instrumento de aproximação internacional e de aprimoramento das instituições. Para tanto, evidentemente, faz-se necessária certa parcela de preservação dos valores basilares das múltiplas

147 ALMEIDA FILHO, Agassiz. *Globalização e Identidade Cultural*. São Paulo: Editorial Cone Sul, 1998. p.76

sociedades participantes do processo. Todavia, a interação social culminando no processo de assimilação de cultura comumente é desvirtuada pelo escopo de dominação, seja econômica, política ou social, e a assimilação cultural passa a ser objeto de imposição pelo dominante, visando à obtenção de maior abrangência junto aos mercados consumidores. Surge daí um grande problema contemporâneo das relações internacionais entre os povos: possibilitar a preservação de culturas ou mesmo o seu intercâmbio sem o objetivo de dominação ou predominância de uma sobre a outra.

Essa assimilação imposta gera a perda de identidade cultural dos países subdesenvolvidos, vez que os desenvolvidos, ao imporem a própria cultura, buscam e defendem a importância da preservação da identidade social e cultural, nos limites do seu próprio território. Por meio do processo de aculturação, expandem-se os domínios do imperialismo tecnológico e da dominação. Conclui-se, portanto, ser a dependência internacional favorecida e até resultante da perda da identidade nacional.

No tocante à ameaça da aculturação e perda da identidade nacional, precipuamente em relação aos países em desenvolvimento, que passam a adotar como sua uma cultura estrangeira, perdendo a consciência de nação, tem-se, no Brasil, o desafio de preservação do multiculturalismo que lhe é característico, bem como dos costumes e identidade locais, anteriormente já destacados.

Logicamente, as regras jurídicas atinentes ao direito autoral não se mostram suficientes para impedir a degradação da cultura dos povos, todavia, podem servir de estímulo para a criação

artística, se considerados os direitos de índole patrimonial, além de propiciarem a preservação dos direitos morais de seus criadores, ainda que coletivamente considerados.

Após uma rápida contextualização da situação hodierna, faz-se imprescindível a análise da conceituação dos direitos autorais no sistema jurídico brasileiro e de sua inserção na realidade vigente.

3.3. O direito da propriedade intelectual: a propriedade industrial e os direitos autorais

A criatividade e capacidade imaginativa do homem para o desenvolvimento de novas obras e aparatos se exerce em um duplo campo: o da técnica e o da estética. Em conseqüência, como bem observa Newton Silveira,¹⁴⁸ a proteção jurídica ao fruto dessa criatividade também se dividiu em duas áreas: a criação estética é objeto do direito de autor; a invenção¹⁴⁹ técnica, da propriedade industrial.

Deve-se ressaltar a proteção à obra intelectual como um mecanismo de atribuição da titularidade de direitos ao agente criador sobre o produto de sua inteligência e atividade inventiva, viabilizando a circulação de obras intelectuais por todos os recantos do mundo.

148 SILVEIRA, Newton. *A propriedade intelectual e a nova lei de propriedade industrial*. Saraiva, São Paulo, 1996.p.5.

149 Define-se invenção como uma concepção, uma idéia de solução original, útil para servir ao seu fim e que corresponde à exigência ou necessidade a cuja satisfação visa atender. A lei de propriedade industrial (Lei 9.279/1996) não protege todas as invenções técnicas, mas apenas as invenções industriais, ou seja, as que consistam em um novo produto ou processo industrial.

A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerando o seu interesse social e o desenvolvimento econômico do País, consoante o art. 2º da Lei nº 9.279/1996, efetua-se mediante: concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade; concessão de registro de desenho industrial; concessão de registro de marca; repressão às falsas indicações geográficas e repressão à concorrência desleal.

Por direito autoral, diferentemente, entende-se o conjunto de prerrogativas de ordem patrimonial e de ordem não patrimonial atribuídas ao autor de obra intelectual que, de alguma maneira, satisfaça algum interesse cultural de natureza artística, científica, didática, religiosa, ou de mero entretenimento.¹⁵⁰

Enquanto as obras protegidas pelo direito de autor têm, como único requisito, a originalidade, as criações no campo da propriedade industrial, tais como as invenções, modelos de utilidade e desenhos industriais, dependem do requisito de novidade, objetivamente considerado.¹⁵¹

Os direitos autorais são adquiridos no simples ato de criação, não dependendo de qualquer espécie de registro, que se vier a

150 MANSO, Eduardo J. Vieira. *O que é Direito Autoral*. São Paulo: Brasiliense, 1992. p. 7.

151 O professor Newton Silveira (SILVEIRA, Newton. *A propriedade intelectual e a nova lei de propriedade industrial*. Saraiva, São Paulo, 1996. p.9) esclarece que "a originalidade deve ser entendida em sentido subjetivo, em relação à esfera pessoal do autor. Já objetivamente nova é a criação ainda desconhecida como situação de fato. Assim, em sentido subjetivo, a novidade representa um novo conhecimento para o próprio sujeito, enquanto, em sentido objetivo, representa um novo conhecimento para toda a coletividade. Objetivamente novo é aquilo que era ignorado pelo autor no momento do ato criativo".

ocorrer, deterá caráter meramente facultativo e assecuratório, no que se distinguem da proteção à propriedade industrial, que exige a concessão de patentes ou registros junto ao INPI (Instituto Nacional da Propriedade Industrial).

Ressalta-se, ainda, no âmbito dos direitos autorais, o reconhecimento legal da existência de direitos morais e patrimoniais sobre a criação, pertencentes ao autor.¹⁵² O direito patrimonial é o conjunto de prerrogativas que permitem ao seu titular a utilização econômica da obra intelectual, isto é, ao autor cabe o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica. Os direitos morais,¹⁵³ conforme já ressaltado nos capítulos anteriores, são de pertinência estritamente pessoal e visam a dar ao autor, ou a seus herdeiros que neles sejam investidos, poderes para zelar por sua qualidade de criador da obra, para promover-lhe o respeito à forma que lhe foi dada pelo autor.¹⁵⁴

152 O artigo 22 da Lei 9610/98 estatui que pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou.

153 Dentre os direitos morais descritos no art. 24 da Lei 9610/98, destacam-se: I- o direito de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; II – o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra; III – o de conservar a obra inédita; IV – o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra; V – o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada; VI – o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem; VII – o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor; que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

154 MANSO, Eduardo J. Vieira. *O que é Direito Autoral*. São Paulo: Brasiliense, 1992. p. 52.

Faz-se imprescindível mencionar a irrenunciabilidade e inalienabilidade dos direitos morais do autor, o que implica na caracterização dos mesmos como direitos de personalidade, vez que inerentes ao sujeito de direito e impassíveis de qualquer transação ou alienação. Os direitos patrimoniais têm na negociabilidade o condão de possibilitar o ingresso da obra em circulação, por vontade do autor, a fim de que possa receber os proventos correspondentes pelos usos. Portanto, são passíveis de transmissão mediante estipulação contratual, cessão de direitos, licenciamento, concessão e outros meios admitidos em Direito, obedecidas às limitações estatuídas no art. 49 da Lei de Direitos Autorais.¹⁵⁵

3.4. Os direitos autorais e a Internet: implicações e tutela jurídica

A ascensão e utilização em massa da Internet, associada à facilidade de transmissão de informações proporcionada por este instrumento, acarretaram questionamentos e impasses acerca da efetivação da tutela jurídica dos direitos intelectuais (direitos autorais e da propriedade industrial).

155 Lei 9.610/98, Art. 49. Os direitos do autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações: I – a transmissão total compreende todos os direitos do autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos por lei; II – somente se admitirá transmissão total e definitiva dos direitos mediante estipulação contratual escrita; III – na hipótese de não haver estipulação contratual escrita, o prazo máximo será de cinco anos; IV – a cessão será válida unicamente para o país em que se firmou o contrato, salvo estipulação em contrário; V – a cessão só se operará para modalidades de utilização já existentes à data do contrato; VI – não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato.

De início, é preciso destacar o posicionamento adotado de que muitas das legislações existentes e vigentes em tempo anterior à revolução tecnológica podem ser plenamente aplicadas às novas situações, similares às expressamente tuteladas. Neste sentido, visando a evitar a profusão legislativa sabidamente ineficaz, pugna-se pela incidência, quando possível for¹⁵⁶, das disposições legais ao pressuposto fático, o que já vem sendo efetivado pelo Poder Judiciário em algumas decisões, dentre as quais se destacam sentenças condenatórias, que reconheceram o dever de indenizar pelos danos patrimoniais advindos da divulgação em *site* da Internet de artigo não autorizado pelo autor.

Diversas foram e ainda são as discussões empreendidas para a localização de mecanismos técnicos e jurídicos que possibilitem a efetivação de uma proteção prevista em lei e tratados internacionais, porém, ainda alvo de inúmeras violações na prática cotidiana.

Assim, serão, na seqüência, abordados alguns casos extraídos da realidade fática, outros advindos de questionamentos teóricos e suposições referentes à tutela jurídica dos direitos intelectuais face à Internet, bem como mecanismos de implementação da proteção aos referidos direitos.

As obras e criações objeto de tutela pelos direitos autorais encontraram na Internet um amplo meio de divulgação e facilitação do acesso à cultura. Todavia, como o anteriormente asseverado, o grande desafio está no estabelecimento de equilíbrio entre os

156 Essa possibilidade não é admitida nos casos de criminalização, no direito penal, pois vigora o princípio da legalidade estrita como instrumento de proteção das garantias individuais e da liberdade dos cidadãos.

interesses dos autores e da sociedade, primando-se pelo atendimento de sua função social.

Por este motivo, abordar-se-ão os aspectos mais controversos acerca do instituto dos direitos autorais, visando à tentativa de efetivação do tão aclamado equilíbrio entre a diversidade dos interesses envolvidos e a preservação do bem-comum social.

Um questionamento freqüente acerca da regulamentação do acesso da informação consiste na dificuldade em se estabelecer o limite aceitável entre os interesses dos detentores e titulares dos direitos e dos usuários.¹⁵⁷ Tal confronto é comumente verificado no âmbito da Internet, palco do surgimento e difusão do MP3, em relação às obras musicais, bem como da existência de livros escaneados para troca de arquivos.

3.4.1. Obras protegidas (artísticas, literárias, científicas);

Inicialmente, é importante frisar que o Direito do Autor é regulado, no Brasil, pela Lei Federal 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Esse diploma legal encontra seu fundamento de validade no artigo 5º, XXVII e XXVIII da Constituição Federal,¹⁵⁸ que

157 As restrições excessivas utilizadas, sob os auspícios de proteção aos direitos do autor, geraram nos EUA o conceito de acesso como um direito do cidadão, diante do progresso dos meios técnicos, visando a salvaguardar e proteger o interesse em ter acesso às criações de seus pares.

158 Constituição Federal. 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; XXVIII – são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações

estatuí o rol de direitos e deveres individuais.

Existe um vasto número de obras tuteláveis pelo instituto dos direitos autorais, passíveis de veiculação via Internet. São elas: obras musicais, textos, fotografias, obras literárias, sites, dentre outras. Na tentativa de regramento de sua divulgação na Internet, vêm sendo empreendidos pesquisas e encontros internacionais para a descoberta de mecanismos para a efetivação da tutela jurídica.

Como bem destaca Manoel J. Pereira dos Santos,¹⁵⁹ o meio digital acarretou o surgimento de quatro novos tipos de obras (obra multimídia, base de dados eletrônica, programa de computador e *web sites*), inflando a problemática referente à proteção através dos direitos autorais. A obra multimídia caracteriza-se por reunir em um só suporte várias formas de expressão criativa (texto, música, imagem, desenhos, sons, fotos e programas de computador). Os problemas emergentes referem-se à possível infração do direito moral, em decorrência da reelaboração das obras integrantes e da pluralidade de autorizações necessárias. A base de dados eletrônica, por sua vez, traz em seu bojo a problemática de nem sempre poder ser considerada obra intelectual protegida pelo Direito de Autor, por lhe faltar originali-

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 os criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.

159 SANTOS, Manoel J. Pereira. *O Direito Autoral na Internet*. In: *Direito e Internet – Relações Jurídicas na Sociedade Informatizada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 142/143.

dade. Em relação ao programa de computador, o Brasil segue o modelo francês, estendendo ao *software* a proteção autoral com algumas especificidades. No que tange aos *web sites*, definidos como espaços virtuais criados na Internet para a disponibilização de informações, oferta de bens e comunicação, há grande discussão em relação ao regime de proteção adotado, pois além de gerar criações intelectuais protegíveis pelo direito autoral, a utilização desse espaço acarreta o desenvolvimento e implantação de modelos comerciais, fortificando a tendência de propiciar uma tutela jurídica fundada no sistema patentário.

As obras intelectuais e demais objetos de proteção pelo direito autoral são geralmente disponibilizados na Internet em ambiente de acesso livre, permitindo-se ao usuário ter acesso à obra intelectual sem efetuar pagamentos, pois o provedor obtém a receita a partir da publicidade veiculada através do *site*, ou em ambiente de acesso controlado, exigindo-se do usuário o pagamento para visualizar e utilizar a obra intelectual ou fonograma.

3.2. Obras musicais: discussão sobre o MP3

A exemplo de países europeus, a maioria das nações vêm se reunindo na esfera da OMPI buscando a criação de códigos numéricos uniformes internacionalmente, o que permitiria a identificação das obras intelectuais usadas na rede e a sua correta remuneração pelos critérios estabelecidos pelas sociedades para as transmissões eletrônicas. As discussões prosseguem no tocante ao CD-ROM ou outras obras complexas da multimídia, em relação às quais os critérios para cobrança de um montante suficiente para cobrir os direitos autorais ainda não estão cristalizados.

É interessante mencionar, com o objetivo de confrontar os interesses setoriais e sociais na busca de um equilíbrio, em conformidade com o anteriormente asseverado, a posição defendida por Eduardo Riestra¹⁶⁰, para quem os possuidores dos meios de produção e distribuição de obras fonográficas são os indivíduos que mais temem a mudança social e o desenvolvimento da Internet. Apregoa que, com as novas formas de produção e comunicação, o autor passaria a ser seu próprio produtor. Em determinados campos de criação o acesso às ferramentas técnicas depende de uma forte inversão econômica, mas, paulatinamente, o autor vai tendo contato com as ferramentas digitais que lhe permitem realizar seus trabalhos, de forma independente e sem sujeição às diretrizes de terceiros. Nessa situação, o autor passaria a ser o distribuidor de sua própria criação, não

160 RIESTRA, Eduardo. *El autor en el ciberespacio*. [online]. Disponível na Internet via WWW. URL: www.derecho.org

mais dependendo de grandes indústrias, que recebem a maior parte do lucro resultante da distribuição e venda das obras, pois adquiriram os direitos patrimoniais originariamente de titularidade do autor.

Distinta providência já adotada em alguns *sites* consiste na cobrança de taxas ou exibição de anúncios publicitários durante a transmissão da obra musical, por tempo suficiente ao pagamento dos direitos patrimoniais dos autores e intérpretes.¹⁶¹

Vê-se, destarte, que diversos mecanismos vêm sendo adotados pelos organismos difusores e titulares dos direitos intelectuais, precipuamente de cunho patrimonial, para a segurança e garantia do recebimento das quantias condizentes com a publicação da obra, restringindo em muito a violação dos direitos autorais. Logicamente, dado o avanço tecnológico, nada impede a ascendência futura de procedimentos diversos aptos à violação dos direitos, ensejando, não a revisão da tutela jurídica em si, mas sim dos instrumentos técnicos existentes.

161 A notícia foi veiculada no dia 23/11/2000 pelo Jornal O Estado de São Paulo, nos seguintes termos: "A empresa de tecnologia EverAd, com sede em Nova York, firmou contrato com o portal O Site (www.osite.com.br) e disponibilizou o software *PlayJ*, que, assim como o MP3, permite o *download* de músicas, mas diferentemente deste, garante o pagamento de direitos autorais. 'Junto com o player de músicas, peças publicitárias aparecem no monitor do usuário quando ele baixa a canção. Ele pode arrastar o anúncio, mas não pode fechá-lo enquanto a música estiver tocando'".

3.3. O direito internacional no âmbito da proteção aos direitos autorais na era da Internet

Indubitavelmente, como bem ressalta Matistela Basso¹⁶², os direitos da propriedade intelectual estão historicamente vinculados ao direito internacional, pois a proteção de tais direitos sempre esteve umbilicalmente relacionada aos institutos do direito internacional. A esse respeito, é preciso destacar que a proteção, inicialmente concebida através das Convenções da União de Paris para a Propriedade Industrial (1883) e da União de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas (1886), complementou-se com a Convenção de Estocolmo, responsável pela criação da OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual), organismo especializado da ONU que unificou as duas clássicas categorias de direito do autor e de propriedade industrial como propriedade intelectual.

Hodiernamente, a sistemática de proteção da propriedade intelectual é reconhecida como imprescindível para o comércio mundial. Tal constatação acarretou a complementação do regime internacional da OMPI, mediante o surgimento do TRIPS¹⁶³ e de sua inserção no acordo GATT¹⁶⁴. Evidenciam-se, assim, a proprie-

162 BASSO, Maristela. A proteção da propriedade intelectual e o direito internacional atual. In: Revista de Informação Legislativa, ano 41, n° 162, p. 287-309, 2004.

163 O artigo 1.2 do TRIPS determina a abrangência da propriedade intelectual: direito do autor e direitos conexos, marcas, indicações geográficas, desenhos industriais, patentes, topografia de circuitos integrados e proteção de informação confidencial.

164 A historicidade das negociações TRIPS no GATT e a busca do consenso entre as partes podem ser assim descritas (BASSO, Maristela. A proteção da propriedade intelectual e o direito internacional atual. P. 290): *“Os países em desenvolvimento resistiram por mais de vinte anos, porém acabaram por aceitar o GATT como o foro mais adequado*

dade intelectual e sua proteção como fatores fundamentais ao desenvolvimento tecnológico e aumento dos investimentos no país. Daí a relevância da temática ora discutida.

No que tange especificamente aos direitos autorais, é interessante ressaltar que a par do poderio de que se reveste a *indústria cultural*, na atualidade, as criações artísticas e a disseminação de cultura possuem relevante função social na formação da perso-

para a elaboração de normas destinadas a estabelecer "níveis" ou "padrões" de proteção da propriedade intelectual, como também as medidas necessárias para a sua observância e sanções. As negociações tiveram início em 20 de setembro de 1986, quando do lançamento da Rodada Uruguai. As diferenças entre Norte e Sul ficaram, mais uma vez, evidentes e se refletiram na capacidade negociadora das delegações. Não apenas as diferenças econômicas dos países como também a falta de especialistas nas delegações dos países em desenvolvimento influenciaram no curso dos trabalhos. Durante os debates, emergiram três concepções sobre propriedade intelectual; (a) a primeira, defendida pelos Estados Unidos, entendia a proteção da propriedade intelectual como instrumento para favorecer a inovação, as invenções e a transferência de tecnologia, independentemente dos níveis de desenvolvimento econômico dos países. Os países desenvolvidos enfatizaram a vinculação entre propriedade intelectual e comércio internacional. Durante as discussões, os países comunicaram ao GATT que a operação de suas companhias era ameaçada pela contrafação e inadequada proteção da propriedade intelectual; (b) a segunda posição, defendida pelos países em desenvolvimento, destacava as profundas assimetrias Norte-Sul, no que diz respeito à capacidade de geração de tecnologia. Sem desconhecer a importância da proteção da propriedade intelectual, esses países defendiam que o objetivo primordial das negociações deveria ser assegurar a difusão de tecnologia mediante mecanismos formais e informais de transferência. Os países em desenvolvimento tinham a preocupação de se garantir do acesso seguro à moderna tecnologia mediante mecanismos formais e informais de transferência. Os países em desenvolvimento tinham a preocupação de se garantir do acesso seguro à moderna tecnologia mediante maior proteção a esses direitos e garantir o acesso à moderna tecnologia. Para eles, suas necessidades de desenvolvimento econômico e social eram tão importantes (ou mais) que os direitos dos detentores de propriedade intelectual; (c) por fim, tínhamos uma posição intermediária de alguns países desenvolvidos, entre os quais o Japão e os membros das Comunidades Europeias, que destacaram a necessidade de assegurar a proteção dos direitos de propriedade intelectual, evitando abusos no seu exercício ou outras práticas que constituíssem impedimento ao comércio legítimo. Isso porque os direitos exclusivos outorgados pelos títulos de propriedade intelectual poderiam tornar-se, muitas vezes, barreiras ao comércio, especialmente por seu uso abusivo. Para esses países, as distorções no comércio podem surgir não apenas da "inadequada" proteção como também de uma "excessiva" proteção."

nalidade de um Estado-nação, ainda que consideradas as suas limitações advindas da nova ordem mundial.

Seguindo essa tendência, a Internet apenas ratifica o caráter internacional da proteção da propriedade intelectual, especialmente se considerada a transcendência de fronteiras e a reformulação do clássico modelo de Estado, já não mais soberano como outrora, pois dependente da inserção na economia global.

Uma das principais conseqüências da utilização da Internet, advinda da sua mundialização e rompimento de fronteiras dos Estados-nação, está na impossibilidade de efetivação da proteção a diversos direitos passíveis de violação sem a celebração de acordos e tratados internacionais¹⁶⁵, reconhecidos como normas jurídicas e ratificados pela maioria dos países¹⁶⁶, dada a transcendência territorial da Internet.

A OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual) vem reconhecendo as diversas implicações das inovações tecnológicas

165 A Convenção de Berna, concluída em 9 de setembro de 1886, e posteriormente aditada periodicamente, em decorrência do aperfeiçoamento técnico dos meios de reprodução e utilização das obras, obriga os Estados que a ratificaram a assegurar aos autores um mínimo de proteção, universalizado. No tocante aos direitos vizinhos, ou seja, referente à proteção dos direitos dos artistas, intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão, a Convenção de maior repercussão e importância é a de Roma, assinada em 1961.

166 Essa necessidade é facilmente compreendida a partir da verificação de que na Internet, qualquer usuário, em qualquer parte do mundo, tem acesso à informação em questão de segundos a um preço irrisório, e com a possibilidade de poder manipular a informação que obteve, pode imprimi-la, guardá-la, reenviá-la a outros usuários e até fazê-lo utilizando seu próprio nome. Faz-se imprescindível a existência de tratados internacionais administrados pela OMPI, assim como os acordos da ADPIC, para evitar que os delitos cometidos contra a propriedade intelectual em países que não sejam o de residência do usuário quedem impunes.

na tutela jurídica dos direitos intelectuais, tendo elaborado, inclusive, uma agenda digital. Como medida prevista nos artigos 11 e 12 do Tratado da OMPI (Adendo à Convenção de Berna), de competência dos respectivos titulares do direito, estabelecem-se o controle e supervisão do uso da Internet, mediante meios tecnológicos de proteção e informação sobre a gestão dos direitos necessários para regular essa utilização por meio de licenças.

Uma observação pertinente está na assertiva de que não se revela suficiente, ante o advento da Internet, a regulamentação de seus aspectos apenas em um dado país e território. Contrariamente, faz-se imprescindível a universalização de regras referentes à rede, tendo em vista o seu alcance mundial.

As discussões empreendidas no âmbito internacional acerca da Internet e de sua regulamentação não se limitam ao aspecto comercial ou econômico. A preocupação com o processo de formação e educação do usuário da rede mundial também vem sendo abordada a partir de iniciativas da UNESCO. O debate realizado em novembro de 2000 em Paris, denominado de *Unesco's Infoethics 2000 Congress* apresentou, como temática principal, o direito ao acesso universal à informação no século 21, abordando, ainda, a melhor maneira de se implementar a regulamentação da Internet. Dentre os objetos de discussão, destacou-se a suficiência da pressão governamental e da indústria de computadores para a auto-regulamentação da Internet, bem como a necessidade de novas formas de regulação.¹⁶⁷

167 Muitas são as entidades que abordam o tema da regulamentação jurídica da Internet, e as instituições internacionais, reconhecidas, tradicionais, mais representativas

Os desafios, portanto, no âmbito da tutela jurídica propiciada pelos direitos autorais, sob um aspecto, bem como a necessidade de surgimento de novos meios não necessariamente regulatórios para a concretização da função social dos direitos autorais, sob outra ótica, mostram-se inúmeros, acarretando igualmente inúmeros questionamentos e a constante transformação do direito para sua adequação à realidade presente.

são as seguintes: ONU (Organização Mundial das Nações Unidas) representada pela OMPI/WIPO (Organização Mundial da Propriedade Intelectual), UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*), ICC (*International Chamber of Commerce*), OCDE (Organização para o Desenvolvimento e Cooperação Econômica), ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*), uma instituição sem fins lucrativos, formada para assumir responsabilidades e estabelecer normas acerca de aspectos técnicos da Internet, tais como endereço de *Internet Protocol* (IP), administração de DNS – *Domain Name System* e outros; ICANN WATCH, formado por acadêmicos de vários países, para policiar as atividades do ICANN.

CONCLUSÃO

Logicamente, o instituto do Direito Autoral, como a própria propriedade, é de inegável importância para o desenvolvimento econômico dos Estados. Mas, o que aqui se tentou demonstrar foi a alteração de conteúdo sofrida por tais institutos no curso da história, destacando-se, na atualidade, a postura de prevalência do interesse social diante do individual e meramente patrimonial. Daí a constatação de que, tal qual o direito de propriedade, também o direito autoral nasce delimitado pelo atendimento à função social, não se mostrando absoluto o direito atribuído ao seu titular. Tem-se também como incontestável, a existência de situações ainda não tuteladas de modo satisfatório pelos institutos jurídicos existentes, especialmente em sendo consideradas as inovações trazidas pela sociedade da informação e pela alteração de paradigmas, destacando-se a relativização da individualidade dos direitos. Conclui-se, portanto, pela necessidade de constante mutação e adequação do direito à realidade concreta.

REFERÊNCIAS

[Anais dos] *Seminários OMPI de Propriedade Intelectual e Mecanismos de Transferência de Tecnologia*. Editora da UFRGS, Porto Alegre, 1999.

BARBOSA, Antônio Luiz Figueira. *Sobre a Propriedade do Trabalho Intelectual*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1999.

BASSO, Maristela. *O direito internacional da propriedade intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BASSO, Maristela. A proteção da propriedade intelectual e o direito internacional atual. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 41, n° 162, p. 287/309.

BITTAR, Carlos Alberto. Contornos atuais do direito do autor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1992.

BITTAR, Carlos Alberto. O direito do autor e o impacto de novas técnicas. In: *RT 701/13*.

CABRAL, Plínio. *Revolução Tecnológica e Direito Autoral*. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 1998.

CASTRO, Lincoln Antônio de Castro. Noções sobre o direito autoral. [online]. Disponível na Internet via WWW. URL: www.jus.com.br

COLOMBET, Claude. *Grands Principes du Droit d'auteur et des droits voisins dans le monde*. 10^{ème} édition. Paris: Lite, 1992.

DESBOIS, Henri. *Le droit d'auteur*. Paris: Librairie Dalloz, 1950.

Legislação sobre direitos autorais. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1999.

HAMMES, Bruno Jorge. *O Direito da Propriedade Intelectual: subsídios para o ensino*. São Leopoldo: Unisinos, 1998.

LIMA NETO, José Henrique Barbosa Moreira. Violação de Direitos Autorais na Internet. Revista Travelnet Jurídica, 7 de julho de 1996.

MANSO, Eduardo J. Vieira. *O que é direito autoral*. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1992.

MANSO, Eduardo Vieira. Os fundamentos da exclusão de ilicitude em atos que contrariam direitos autorais. In: RT-557/255, março de 1982.

MOREIRA, Renato de Castro. *O direito à liberdade informática*. In: RT-778/17, agosto de 2000.

NAZO, Georgette (coord.). *A tutela jurídica do direito de autor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e Internet – liberdade de informação, privacidade e Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2000.

Reflexões sobre direito autoral. Fundação Biblioteca Nacional, Rio de Janeiro, Dep. Nacional do Livro, 1997.

ROVER, Aires José (org.). *Direito, Sociedade e Informática – limites e perspectivas da vida digital*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

SANTOS, Manoel J. Pereira. O Direito Autoral na Internet. *In: Direito e Internet – Relações Jurídicas na Sociedade Informatizada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 136/162.

SHERWOOD, Robert M. *Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico*. Trad. Heloísa Arruda Vilela. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1992.

SICCA, Gerson dos Santos. A proteção da propriedade intelectual dos programas de computador. *In: Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 36, n. 142, abr/jun 1999, p. 9-16.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil*. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVEIRA, Newton. *A propriedade intelectual e a nova lei de propriedade industrial (Lei n. 9.279, de 14/5/1996)*. São Paulo: Saraiva, 1996.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. *In: Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TEPEDINO, Maria Celina B. M. Tepedino. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. *In: Revista de Direito Civil*, nº 65. p. 21-32.

VARELLA, Marcelo Dias. *Propriedade Intelectual de Setores emergentes*. São Paulo: Atlas, 1996.

A função social da propriedade intelectual na era das novas tecnologias

Rodrigo Moraes

Artigo II – Fica decretado que o dinheiro não poderá nunca mais comprar o sol das manhãs vindouras. Expulso do grande baú do medo, o dinheiro se transformará em uma espada fraternal para defender o direito de cantar e a festa do dia que chegou.

Thiago de Mello, Os Estatutos do Homem.

INTRODUÇÃO

Muito já se escreveu sobre a função social da propriedade rural e da propriedade urbana. Em se tratando da funcionalização da propriedade intelectual, contudo, a doutrina pátria pouco se debruçou sobre o tema, abordando-o, ligeiramente, no capítulo referente às limitações aos direitos autorais. O presente estudo tem o propósito de contribuir para essa construção doutrinária.

No século XXI, o Direito Autoral tem o grande desafio de compor, eqüitativamente, dois interesses colidentes, o privado e o público, evitando tendências extremistas, exacerbações no exercício dos respectivos titulares. Como harmonizar, na era das novas tecnologias, a lógica privatística, organizada principalmente para a lucratividade, com a publicística, orientada pelo interesse público de participação de todos na vida cultural?

O espírito capitalista volta-se muito mais para o lucro do que para o fomento da criatividade e da livre difusão de idéias. Entretanto, interesses privados, ainda quando juridicamente protegidos, precisam de limites. Em outras palavras, devem respeitar a função social da propriedade intelectual, que impõe balizas ao caráter absoluto da exclusividade conferida ao autor. Esse balizamento, traduzido por limitações previstas nos arts. 46 a 48 da vigente Lei de Direito Autoral (LDA-98), consiste na intervenção do Estado na seara autoral, atendendo a exigências de ordem pública.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em seu art. XXVII, dispõe:

1. *Todo homem tem direito a participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios.*
2. *Todo homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística, da qual seja autor*

Os dois incisos, que constituem os pilares da atual Sociedade de Informação, trazem, na prática, interesses conflitantes. O primeiro consagra o direito da coletividade de acesso à cultura. O segundo, os direitos morais e patrimoniais de autor.

É possível a coexistência desses dois interesses antagônicos, que, historicamente, sofrem inúmeros choques e embates. A pretendida conciliação entre interesses público e privado, sem dúvida, não ocorrerá sem ranhuras, disputas políticas e econômicas. Aqui, torna-se impossível esquivar-se do substrato ideológico do Direito. Não são poucos os pontos de atrito, e a tensão cresce cada vez mais, impulsionada pela rede mundial de computadores. A mudança paradigmática da propriedade intelectual agrada a uns e desagradará a outros. Como em toda revolução, quem detém o poder, tentará, ao máximo, manter o *status quo*. O antigo resistirá ao novo. Não se sabe até quando.

O discurso legitimador do Direito Autoral sempre foi fundamentado na concepção individualista da exclusividade assegurada ao autor com vistas ao fomento do seu trabalho criativo, como se este vivesse solitariamente.

Etimologicamente, fomentar significa *alimentar o fogo*.¹⁶⁸ Aquecer, esquentar. Em outras palavras: encorajar, estimular, impulsionar, incentivar, instigar, motivar.

Entretanto, a proteção dada pela legislação autoral não vem mais cumprindo esse precípuo papel de fomento. Pelo contrário, a exclusividade legalmente garantida ao autor vem funcionando muito mais como barreira, entrave, empecilho do que como um fator de encorajamento, incentivo, estímulo. Ao invés de fomentar a criação, vem servindo como perigoso balde de água fria na espontânea fogueira da criatividade.

No campo dos programas de computador, por exemplo, o ideal do *software* livre defende que o espírito coletivo, de cooperação, agrega mais valores do que o *software* proprietário. O regime aberto e colaborativo unifica mais esforços criativos do que o regime fechado e monopolista do *copyright*, simbolizado, no mundo atual, pela poderosa *Microsoft*.

O antigo dogma de o Direito Autoral ter como principal missão o incentivo à criatividade de autores vem sendo questionado. Ora, dogma é uma verdade aceita como inquestionável e indiscutível. O fomento à criatividade, pois, deixa de ser inabalável. O que era alicerce deixa de ser alicerce. O que era calcanhar-de-aquiles deixa de ser calcanhar-de-aquiles. O que era verdade absoluta adquire relatividade. A rigidez legal como estímulo aos criadores passa a ser considerada destrutiva do próprio sistema de proteção. Uma espécie de tiro pela culatra. Feitiço contra o feiticeiro.

168 HOUAISS, Antônio. *Dicionário de língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 1.367.

As legislações autorais, em diversos casos, já não representam a melhor maneira de incentivar o desenvolvimento da criatividade. Na Era Digital, a rigidez do *copyright* torna-se vetusta, anacrônica. A mitigação desse rigor é uma das principais questões analisadas na presente monografia.

O advento da digitalização impõe a adoção de um novo paradigma, exige uma profunda releitura do Direito Autoral, que era visto, anteriormente, como necessário aos custos da reprodução e à circulação de obras literárias. É gigantesco o poder da Internet na distribuição de obras musicais, que não precisam mais do suporte físico.

Nesse contexto, o Estado não pode ficar omissos em face da atual e indesejável tendência patrimonialística, que se inclina para aspectos meramente comerciais. É preciso que ele intervenha com o propósito de equacionar a tensão entre interesses público e privado, mitigando a ótica egoística de poderosos grupos econômicos, socializando o individualismo de ranço oitocentista. O Direito Autoral consiste em setor importantíssimo para o desenvolvimento econômico e cultural de uma nação. Não deve, portanto, ser irresponsavelmente abandonado e entregue às leis draconianas da indústria do *show business*.

Nessa perspectiva, o Ministério da Cultura aderiu ao projeto do *Creative Commons*, uma adaptação do conceito de *software* livre para a seara cultural. Um dos idealizadores do projeto, o advogado norte-americano Lawrence Lessig, professor de Direito da Universidade de Stanford, influenciado pelo libertário Richard Stallman, escreveu a inquietante obra *Free Culture: how big*

media uses technology and the law to lock down culture and control creativity, disponibilizada gratuitamente na rede mundial de computadores. Segundo Lessig, o Direito Autoral deixou de ser fomentador para se tornar instrumento de obstrução da cultura e de controle da criatividade.

A ideologia *Free Culture* não nega a legitimidade da propriedade intelectual nem a importância da justa remuneração devida aos autores. Critica, sim, o uso egoístico das obras, a inobservância da sua função social. Para Lessig, liberdade não se confunde com anarquia: “A free culture is not a culture without property; it is not a culture in which artists don’t get paid. A culture without property, or in which creators can’t get paid, is anarchy, not freedom.”¹⁶⁹

O atual Ministro da Cultura, Gilberto Gil, vem chamando a proposta do *Creative Commons* de “reforma agrária no campo da propriedade intelectual”.¹⁷⁰ No Brasil, não existe apenas a urgente necessidade de libertação da terra improdutiva, mas, também, do patrimônio imaterial em poder de megacorporações, que, não raras vezes, agem como latifundiárias da cultura, interessadas apenas no lucro. Nessa ótica libertária, a Internet viabiliza democrático assentamento virtual para milhões de pessoas sem acesso à cultura. Esse promissor Movimento, ainda por muitos desconhecido, cresce em escala mundial, sem foices, sem ocupamentos

169 LESSIG, Lawrence. *Free Culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*. New York: The Penguin Press, 2004. p. XVI.

170 ASSIS, Diego. “Reforma Agrária” no direito autoral. Folha de S. Paulo, São Paulo, p. E1, 03 de junho de 2004.

alardeados pela mídia e sem organização hierárquica. A propriedade disputada não é rural nem urbana. É imaterial.

A presente monografia é dividida em seis capítulos. No primeiro, faz-se uma análise sobre a evolução histórica do Direito Autoral, que, como se sabe, sempre foi muito mais uma luta de intermediários comerciantes do que uma reivindicação espontânea dos autores. No segundo, reflete-se a função social da propriedade intelectual, tecendo-se críticas à timidez das limitações previstas na vigente Lei de Direito Autoral (LDA-98). No terceiro capítulo, defende-se a necessidade da repersonalização do Direito Autoral, que, no século XXI, deve ser antropocêntrico, considerando o homem-criador, pessoa física, como o centro dos interesses, a fonte de todos os valores. O quarto capítulo analisa a recente ampliação norte-americana do prazo de proteção aos direitos patrimoniais, que atendeu a interesses mercantilistas da indústria do entretenimento. São também expendidos argumentos a favor da restrição temporal, que vão de encontro à tendência alienígena. O domínio público remunerado também é criticado. O quinto capítulo analisa exemplos hodiernos de conflito entre interesses público e privado: a problemática da reprografia, os fenômenos MP3 e P2P, o *software* livre e a licença pública *Creative Commons*. No capítulo sexto, reflete-se a intenção da patenteabilidade do Projeto Genoma Humano, dando-se ênfase à função social do sistema patentário, que é também colocado em xeque, ao mesmo tempo em que se sublinha a importância da licença compulsória, prevista na atual Lei de Propriedade Industrial (LPI-96). Por fim, são enumeradas as principais conclusões formuladas pelo autor.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO AUTORAL

O estudo da evolução histórica de qualquer área do Direito não pode ser confundido com mero saudosismo, atividade inútil ou supérflua. É imprescindível conhecer o passado para melhor compreensão dos tempos atuais. História não é simplesmente algo pretérito, que já passou e não tem qualquer ligação com a atualidade. Para a devida compreensão do Direito Autoral, no seu presente estágio de transição, é preciso não perder de vista o horizonte histórico de suas diversas fases evolutivas.

Quando surgiu o Direito Autoral?

A primeira lei específica versando sobre a matéria é de 1709. Entrou em vigor em 1710, na Inglaterra, no período da Rainha Ana, sendo denominada de *Copyright Act*. Contudo, há tempos que a legitimidade dos direitos morais do autor já existia. Desde quando o ser humano se entende como criador intelectual, capaz de externar sua sensibilidade na criação de obras literárias e artísticas, já se tem notícia de aspectos morais visando protegê-lo.

A história do Direito Autoral, porém, inicia-se bem antes desse diploma legal. Já existia no Direito costumeiro, mas não no Direito positivo. Desde a Antigüidade greco-latina, já se tem conhecimento da existência de sanção moral aos plagiadores, que sofriam repúdio público, desonra e desqualificação nos meios intelec-

tuais.¹⁷¹ Desde o mundo romano, os plagiários eram mal vistos pela opinião pública. A violação, contudo, não era ainda considerada lesão a um direito. Ou seja, não havia ainda uma sanção institucionalizada. O saudoso autoralista Antônio Chaves ratifica o entendimento de que “o plágio era, sem dúvida, praticado e reconhecido, mas não encontrava outra sanção senão a verberação do prejudicado e a condenação da opinião pública”.¹⁷²

Plagiário vem do latim *plagiarius*. Era quem, na Antiga Roma, roubava escravos ou vendia como escravos indivíduos livres. O vocábulo tem sua origem na *Lex Fabia ex plagiariis*. A expressão foi trazida para o campo literário através de uma metáfora criada pelo poeta Marcial, que, no século I, comparou o roubo de versos de suas poesias pelo rival Fidentino a uma criança que tivesse caído nas mãos de um seqüestrador.¹⁷³ Daí a explicação do desvio sofrido pelo vocábulo *plagium* na evolução etimológica. A expressão passou a significar, figurativamente, essa apropriação fraudulenta. Plagiário, nos dias atuais, designa o salteador de uma criação intelectual.

Na Antigüidade, existia a prática de compra de autoria. Nos dias atuais, entretanto, tal conduta encontra-se expressamente proibida, tendo em vista que o direito moral à paternidade da obra é um direito intransferível e inalienável (LDA-98, art. 27). Apenas os direitos patrimoniais, que dizem respeito à exploração econômica da obra, podem ser negociados.

171 MANSO, Eduardo J. Vieira. *O que é Direito Autoral*. 2. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1992, p. 9.

172 CHAVES, Antônio. *Criador da obra intelectual*. São Paulo: LTr, 1995, p. 39.

173 Idem, p. 40.

Observa-se, portanto, que a legitimidade dos direitos morais do autor antecede ao reconhecimento normativo dos direitos patrimoniais. Enquanto na consciência de seus titulares os direitos morais antecedem aos patrimoniais, estes precedem àqueles no que se refere à disciplina legal.

As leis nascem de uma imposição social. A sociedade clama pela regulamentação de um determinado direito quando surge uma necessidade vital para tanto. O progresso tecnológico forçou a proteção das obras intelectuais. O avanço da tecnologia criou, cria e continuará criando a necessidade de novas modalidades de proteção normativa. Primeiro adveio o progresso tecnológico; depois, a disciplina legal. É célebre a seguinte expressão: “o Direito é o último vagão no comboio das transformações sociais”. Quer dizer, nunca marcha à frente da sociedade. Pelo contrário, não raro, fica em mora com a velocidade das mudanças ocorridas no mundo fático.

O Direito Autoral, como disciplina regulamentada, teve de percorrer toda a Idade Média até chegar à Idade Moderna. As raízes mais concretas do seu advento legal estão na invenção da imprensa, no século XV, que facilitou a reprodução de trabalhos literários. É correto afirmar que, antes da invenção da imprensa mecânica pelo alemão Johann Gutenberg (1398-1468), o Direito Autoral não despertava grande interesse, tanto na vida cotidiana dos criadores intelectuais como em ambientes jurídicos. A invenção gutenberguiana da imprensa com tipos móveis é considerada o berço, o ponto de partida, o nascedouro da regulamentação autoral.

O jurista e poeta sergipano Tobias Barreto (1839-1889), patrono

da Cadeira nº 38 da Academia Brasileira de Letras e criador do neologismo, criticado por Ruy Barbosa, “Direito Autoral no artigo intitulado “Que se deve entender por Direito Autoral”, publicado em Recife, em 1882, considerou erro cronológico a afirmação de que a história do Direito Autoral surge somente com o advento da imprensa.¹⁷⁴

Não é exagero afirmar que Gutenberg revolucionou o mundo, tornando possível a reprodução de livros em quantidades, até então, inimagináveis. As idéias e informações, finalmente, puderam atingir divulgação em escala industrial. A disseminação do conhecimento passou a ser o novo paradigma. O livro, que era raro e caro, foi se tornando mais acessível ao público. A tecnologia permitiu a reprodutibilidade e, conseqüentemente, o barateamento na produção das obras.

Na Idade Média, período marcado por alto índice de analfabetismo, a educação era vista pelo poder dominante como poderoso instrumento de contestação aos valores estabelecidos. Nessa perspectiva, o historiador inglês Peter Burke, Professor de História Cultural da Universidade de Cambridge, ressalta:

Após a invenção da tipografia, escribas profissionais e contadores de histórias orais temeram que a prensa lhes fosse tomar o ganha-pão. Para o clero, a tipografia causou problemas porque o novo meio de comunicação permitiu que gente comum estudasse os textos religiosos por sua própria conta e não dependesse daquilo que as autoridades lhes dissessem. Sapateiros, tintureiros, pedreiros e donas-de-casa, todos

174 BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. São Paulo: Ed. Bookseller, 2000, p. 452.

alegaram o direito de interpretar as escrituras. Soberanos também se preocupavam com o espetáculo da gente comum discutindo e criticando as ações do governo, especialmente depois que os jornais impressos vieram à luz no início do século 17.¹⁷⁵

Nesse contexto histórico, marcado pela exclusividade monástica, pelo monopólio do saber, pela elitização do conhecimento, escrever consistia tarefa árdua e cansativa. Com métodos rudimentares de reprodução, o ato de escrever implicava em alto custo e significava gigantesco sacrifício. Até meados do século XV, as letras eram manuscritas pelos copistas. O filme “O Nome da Rosa”, baseado no romance do escritor italiano Umberto Eco, representa bem o período medieval. A intrigante trama cinematográfica gira em torno do árduo labor dos copistas da época e da censura exercida pela Igreja Católica na divulgação de obras literárias.

O professor autoralista Bruno Jorge Hammes, sacerdote jesuíta, enxerga a valorosa contribuição dos monges copistas na preservação de acervos culturais:

Na Idade Média, durante séculos, os monges, num trabalho dedicado e artístico, transcreviam manuscritos para as suas bibliotecas. Tornaram-se, assim, grandes beneméritos da cultura, conservando para o futuro uma riqueza cultura que, sem isso, certamente se perderia.¹⁷⁶

Até a criação da imprensa, o ato de escrever, em geral, não tinha

175 BURKE, Peter. *A explosão da informação*. Folha de S. Paulo, Caderno *Mais!*, São Paulo, 16 de julho de 2000.

176 HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual*. 3. ed. São Leopoldo (RS): Editora Unisinos: 2002, p. 20.

finalidade lucrativa. O escritor vivia em regime de mecenato. Com a invenção da tipografia, a incidência do plágio e da contrafação se multiplicou. Ao viabilizar maior acesso às obras literárias, a invenção tecnológica de Gutenberg potencializou esses ilícitos. O prejuízo deixou de ser, tão-somente, de ordem moral, e passou, também, à esfera econômica, trazendo a lume a questão do locupletamento ilícito, que impulsionou o surgimento da disciplina legal para a matéria.

1.1 Uma conquista da classe editorial

É de suma importância afirmar que o início da normatização do Direito Autoral não foi uma reivindicação espontânea dos próprios criadores intelectuais, mas um descontentamento do poder econômico da época, representado pela classe dos editores de obras literárias. Enquanto a positivação do Direito do Trabalho nasceu de uma reivindicação da própria classe operária, que, aglutinada nas fábricas, utilizou a greve como instrumento de pressão para conquistar melhores condições laborais, a do Direito Autoral não tem origem em pleito dos próprios autores, pois surgiu de uma queixa de intermediários (comerciantes): os editores da época.

Desde o início da normatização, a figura da mediação esteve presente, demonstrando que a consciência de classe sempre foi bem mais editorial do que propriamente autoral.

Os primeiros privilégios foram concessões feitas a editores. O Direito Autoral era encarado de forma análoga ao Direito

Industrial, ou seja, entendido também como um privilégio real consistente no direito ao recebimento de *royalties*.

Segundo o autoralista português José de Oliveira Ascensão, “a *ratio* da tutela não foi proteger a criação intelectual, mas sim, desde o início, proteger os investimentos”.¹⁷⁷ Foi “a força da grana que ergue e destrói coisas belas”, como canta Caetano Veloso em sua obra “Sampa”, a mola propulsora da regulamentação do Direito Autoral. A ótica vigente era estritamente patrimonialista. Nesse período ainda não existia uma plena consciência autoral, baseada na amplitude dos direitos morais, que visam a proteger a dignidade do homem-criador. “Em geral, quem se beneficiava da proteção eram os livreiros, ou seja, aqueles que investiam e corriam os riscos econômicos da iniciativa comercial”¹⁷⁸, ratifica Marisa Gandelman.

A invenção de Gutenberg trouxe um novo paradigma para as obras literárias, que passaram a ser consideradas objetos de transações comerciais, ou seja, tornaram-se mercadorias, objetos de consumo, produtos de mercado. Conseqüentemente, fonte lucrativa para a classe editorial.

Importante frisar que, por volta do século XVII, tanto editores como autores ainda não eram titulares de qualquer direito. Apenas possuíam a certeza de que não lhes seria imposta concorrência naquela atividade. Os editores utilizavam os pretextos “fama”,

177 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 4.

178 GANDELMAN, Marisa. Poder e conhecimento na economia global. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, p 61.

“notoriedade”, “prestígio” e “reconhecimento”, proporcionados pela publicação de um livro, como recompensa suficiente ao trabalho intelectual. Tempos depois, honrarias de tipo acadêmico e distinções públicas já não bastavam para satisfazer os autores.

Os privilégios adquiridos geralmente pelos impressores podiam ser resumidos numa espécie de permissão, quase sempre temporária e garantida pelo Estado, para que somente eles pudessem publicar obras literárias. Evitava-se, assim, a concorrência de outros editores. Durante esse período do privilégio, o monopólio real não permitia que nenhum outro indivíduo pudesse imprimir ou vender a mesma obra protegida, faculdade reservada, com exclusividade, àquele que fosse detentor do documento do privilégio estatal.

Em relação aos privilégios governamentais, eles serviam de poderoso instrumento de censura prévia à publicação de gêneros proibidos, que pudessem ofender valores morais e religiosos considerados pelo Estado. No Antigo Regime, estado absolutista, a censura, impeditiva do direito à livre manifestação do pensamento, estava atrelada aos privilégios. O registro era obrigatório porque, através dele, a Coroa britânica exercia censura prévia de textos considerados contrários ao regime. O registro era, portanto, um mecanismo camuflado de controle da imprensa.

Houve, contudo, um momento em que tal regime começou a ser fortemente criticado e combatido. Entre as reações, avultou a contrafação (reprodução não autorizada). Com a ascensão de uma nova classe social, a burguesia, e com o triunfo do liberalismo econômico e político, os privilégios começaram a ser

contestados. O monopólio em favor de grupos editoriais foi submetido a severo inconformismo e, finalmente, abolido.

Os ingleses são os precursores da legislação autoral. A primeira lei específica de que se tem conhecimento, criada na Inglaterra, em 1709, no período da Rainha Ana (*Statute of Anne*), entrou em vigor em 10 de abril de 1710, sendo denominada de *Copyright Act*. O Estatuto previa prazo de proteção de 21 anos para os livros já publicados, e de 14, renováveis pelo mesmo período, para os ainda não publicados.

Originalmente a expressão *copyright* significava apenas o direito de cópia, mas, nos dias atuais, designa, de forma genérica, o sistema autoral nos países de língua inglesa. O *copyright* surgiu “para encorajar a ciência e garantir a propriedade dos livros àqueles que são seus legítimos proprietários [...], para encorajar os homens instituídos a compor e escrever obras úteis”, mediante o reconhecimento de um direito exclusivo de reprodução sobre as obras por eles criadas.¹⁷⁹

O privilégio de impressão ainda não protegia com eficácia os autores. Era bastante comum a cessão total dos direitos patrimoniais a editoras. O autoralista luso Luiz Francisco Rebello pontifica:

Com efeito, durante quase três séculos, ou seja, até ao advento do século XVIII, seria impróprio falar em direito de autor, pois a protecção dispensada às obras literárias tomava invariavelmente a forma de privilégio de que beneficiavam os impressores e os editores e só muito excepcionalmente os autores.¹⁸⁰

179 CHAVES, Antônio. Op. Cit., p. 43.

180 REBELLO, Luiz Francisco. *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*. 3. ed. Lisboa: Âncora Editora, 2002, p. 9.

A partir da Revolução Francesa, o Direito Autoral foi sendo consolidado e, em 04 de agosto de 1789, todos os privilégios de autores e editoras, que representavam um entrave à liberdade econômica defendida pelos burgueses, foram abolidos. Conforme ensinamento de Luiz Francisco Rebello, “é conhecida a declaração de Laboulaye: ‘Falai de propriedade, todos se inclinam; falai de privilégio, todos se revoltam. O primeiro título representa o que há de mais respeitável, o direito; o segundo o que há de mais abominável, o monopólio’”.¹⁸¹

Findo esse tempestuoso período, adveio relativa bonança. Enfraquecidos pela quebra do monopólio real, os livreiros utilizaram nova estratégia: fizeram-se paladinos dos autores, com um discurso hipócrita e despistador. Pediram proteção não mais para si, mas para os autores. Somente na aparência, pois o real objetivo era tentar recuperar privilégios perdidos com a quebra do monopólio. A intenção era o regresso das regalias de outrora. O farisaico anseio era o de pôr fim ao caráter transitório da comercialização exclusiva, e, conseqüentemente, retornar a perpetuidade perdida.

Surgiu, então, a noção de propriedade literária, substituindo o regime de privilégios. A França revolucionária reconheceu o Direito Autoral como propriedade e não mais como mero privilégio concedido pela Coroa. O Direito Autoral passou a ser encarado não como conseqüência de uma questionável concessão do Estado (benevolência do soberano) ou de grupos econômicos, mas como fruto da própria criação intelectual: a mais

181 Idem, *Introdução ao Direito de Autor – Vol. I.*, Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1994, p. 32.

sagrada, legítima e indefesa das propriedades existentes, como dizia a Lei *Chapelier*.

Na França, duas leis foram aprovadas pela Assembléia Constituinte. A primeira, em 1791, limitou-se a consagrar o direito de representação, ou seja, restringiu a proteção aos autores teatrais. A segunda, em 1793, ampliou esse direito para todas as categorias de obras existentes à época.

A visão da Revolução Francesa só reconhecia os direitos patrimoniais do autor. O conteúdo moral somente começou a despontar no século XIX, sendo construído pela jurisprudência. O autoralista italiano Piola Caselli foi o autor da introdução do direito moral no texto da Convenção de Berna (art. 6 bis), revisada em Roma, em 1928. Essa Convenção consiste no primeiro e mais importante instrumento internacional versando sobre Direito Autoral. Assinada na capital da Suíça, em 1886, ainda está em vigor nos dias atuais.

1.2 Desafios na Era das Novas Tecnologias

A evolução do Direito Autoral está umbilicalmente ligada às inovações tecnológicas. O ciberespaço traz novos e inquietantes desafios. Sem dúvida, o surgimento da Internet supera o invento de Gutenberg em termos de repercussão para as criações intelectuais. Surgida aproximadamente quinhentos anos após a imprensa, a rede mundial de computadores é infinitamente mais poderosa. Com ela, inicia-se uma nova fase na história do Direito Autoral. A chamada Era Digital inaugura um novo paradigma: a

digitalização, que, por ter vocação cosmopolita, rompe fronteiras, barateando os custos da circulação e reprodução de artefatos culturais.

O jurista Fábio Konder Comparato adverte sobre a dificuldade de perceber qual o verdadeiro sentido de um processo revolucionário para o futuro: “É essa a regra geral em matéria de observação histórica. Somos todos, de certa forma, acometidos de hipermetropia: quanto mais próximos nos encontramos dos fatos históricos, menos conseguimos enxergá-los com nitidez”.¹⁸²

Há quem defenda que o capitalismo, dotado de incrível capacidade de mutabilidade, consiga absorver qualquer inovação que venha a ameaçá-lo. A indústria fonográfica, por exemplo, vem buscando novas formas de negociar a venda de obras musicais, assim como novas formas de gerenciamento e controle.

É mister enfrentar a seguinte indagação: a Internet acabará com livros impressos? Vale dizer que os novos formatos digitais não tornarão todos os anteriores obsoletos. O formato físico dos livros certamente sobreviverá na Era Digital. Aliás, na história da cultura, a tese do “isso-vai-matar-aquilo” é simplista demais. A invenção da fotografia não aboliu a pintura. O fonograma não eliminou as apresentações “ao vivo”. O videocassete não extinguiu o cinema. Este não aboliu o teatro. A Internet não tornou obsoletos os jornais impressos. Umberto Eco comenta com

182 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 142.

peculiar nitidez: “os livros pertencem a essa classe de instrumentos, que, uma vez inventados, não foram aprimorados porque já estão bons o bastante, como o martelo, a faca, a colher ou a tesoura.”¹⁸³ Em suma, novos meios tecnológicos costumam conviver com antigos. O mais adequado é falar em *convivência*, e não em mera *substituição*.

Assim como os livros não desaparecerão, o Direito Autoral também não acabará. Pelo contrário, será fortalecido, pois os bens imateriais adquirem lugar cada vez mais central na hodierna Sociedade da Informação. Não se pode pactuar com a ótica pessimista de que o ciberespaço representa o fim do Direito Autoral. Mais uma vez, é simplista e acrítica essa tese. Fala-se de revolução, mudança, transição e não de fim, término, morte. Sem autor, a indústria da cultura, que movimenta bilhões de dólares em todo o mundo, certamente acabaria. O criador é a célula embrionária dessa bilionária atividade. O Direito Autoral, em última análise, visa a proteger e incentivar o autor, que cria e desenvolve cultura, e que possui, portanto, importância primordial no desenvolvimento da humanidade. Para o encorajamento das criações intelectuais, é preciso, antes, encorajar o autor. Mas como encorajá-lo? Mais adiante (item 3.3) serão devidamente analisadas outras fontes motivacionais além da remuneração.

Em suma, o Direito Autoral não morrerá. Ele está em contínua e permanente transformação. Refuta-se, aqui, a corrente apocalíptica que dissemina uma tragédia inelutável. Há motivos, sim,

183 ECO, Umberto. O livro contra-ataca. *Folha de S. Paulo*. Caderno Mais! p. 8, 14 de dezembro de 2003.

para preocupações, mas não para pânico geral ou pessimismo histórico. Esse presságio agourento é rechaçado no presente estudo. Sendo do autor e para o autor, o Direito Autoral, no curso de sua história, mostrou-se capaz de adaptar-se às novas tecnologias. A proteção é mutante. Foi assim no passado. Será assim no futuro.

Teme-se, entretanto, que os benefícios econômicos sejam reservados somente às corporações e não aos autores. Teme-se também que os direitos morais continuem sendo desprestigiados em relação a interesses econômicos. A preocupação com as novas tecnologias privilegia, sem sombra de dúvida, o aspecto patrimonial. Em outras palavras: o ciberespaço representa grande risco aos investimentos de poderosos grupos econômicos.

A digitalização não implode a edificação do Direito Autoral, mas impõe novo paradigma e uma profunda releitura. Antes, a proteção legal era vista como necessária aos custos da reprodução e à circulação de obras. Com o gigantesco poder da Internet, torna-se desnecessário o suporte físico. O *corpus mysticum* não necessita mais do *corpus mechanicum*. Metaforicamente, o gênio foge do confinamento da garrafa; a alma, do corpo biológico. O verbo não precisa mais se fazer carne. Na digitalização, o código binário, composto de “zeros e uns”, substitui o mundo físico. A desmaterialização dos suportes gera barateamento na circulação de idéias, obrigando um novo olhar sobre o papel do Direito Autoral, que, em suas primeiras leis, era justificado exatamente pelos custos da materialização e reprodução de obras. Como salienta John Perry Barlow, letrista

do Grateful Dead, "*the bottle was protected, no the wine*", ou seja, a garrafa era protegida, não o vinho.¹⁸⁴

A Internet instiga uma profunda reflexão sobre a função social da propriedade intelectual. Em se tratando de democratização do acesso à cultura, o potencial das tecnologias digitais é enorme.

Ver-se-á, nos próximos capítulos, que essa proposta de inclusão incomoda interesses de poderosos grupos econômicos.

184 BARLOW, John Perry. *The Economy of Ideas – A Framework for Patterns and Copyrights in the Digital Age*. Disponível em: <<http://www.eff.org/cafe/barlow.html>>.

2. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

A propriedade, instituto basilar do Direito Privado, deve atender a sua função social (CF, art. 5º, XXIII). A funcionalização tornou-se um direito fundamental. O direito de propriedade é, pois, um direito-dever, que assume uma missão social: o preenchimento do desiderato de sua utilização em prol da coletividade.

Ao tratar da política urbana, a Carta Magna afirma que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor” (CF, art. 182, §1º). O Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10/07/2001) traça diretrizes gerais de política urbana.

Em relação à política agrícola e fundiária, a Carta Magna, em seu art. 186, dispõe que a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, aos requisitos de aproveitamento racional e adequado, utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, observância das disposições que regulam as relações de trabalho e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

O art. 1.228, §1º, do Código Civil de 2002 dispõe que o direito de propriedade deve ser exercido de acordo com suas finalidades econômicas e sociais: a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico devem ser preservados, assim como deve ser evitada a poluição do ar e das águas.

Será que somente as propriedades urbana e rural devem atender ao princípio da funcionalização? O legislador constitucional, ao

redigir o texto do art. 5º, XXIII (“a propriedade atenderá a sua *função social*”), pensou também na chamada “propriedade intelectual”? Pode-se interpretar que a propriedade intelectual também está sujeita aos contornos constitucionais?

Conforme Eros Roberto Grau, o vetusto critério da “vontade do legislador” não deve vincular o intérprete¹⁸⁵. Resta ultrapassada a velha e polêmica discussão sobre as teses objetiva (*voluntas legis*) e subjetiva (*voluntas legislatoris*). A interpretação é sempre produtiva, nunca reprodutiva. O significado, ou seja, a norma, é o resultado da interpretação do texto.

Segundo o civilista Gustavo Tepedino, a função social da propriedade tem “*configuração flexível*”, modificando-se de estatuto para estatuto.¹⁸⁶ Não existe uma única função social, mas diversas funções sociais, variando de acordo com a espécie de propriedade. Há função social, com conteúdo próprio, em qualquer tipo de propriedade, inclusive na intelectual.

Nessa perspectiva, a presente monografia pretende amoldar o princípio da funcionalização às peculiaridades do Direito Autoral.

185 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 111.

186 TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 280.

2.1 Função social: conceito jurídico indeterminado

Imprescindível afirmar que função social é um conceito jurídico indeterminado. Em face dessa vagueza semântica, o instituto pode ser adaptado às situações novas geradas pela evolução histórica. A abertura tem essa vantagem de permitir o amoldamento.

A moderna doutrina, ao comentar a noção pluralista de propriedade, afirma que esta é uma “*relação jurídica complexa*”, em cujo âmbito estão inseridos múltiplos direitos e deveres. Existem centros de interesses proprietários e não-proprietários, que geram direitos e deveres a ambos os lados.¹⁸⁷

Pode-se dizer que a propriedade intelectual é uma relação jurídica complexa. A visão unitária, de exclusividade absoluta do criador intelectual sobre o bem, está em crise. Não se pode mais analisar o Direito Autoral sob a concepção individualista de direito subjetivo absoluto.

O art. 5º da Carta Magna prevê expressamente:

XXIX – 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.** [grifo nosso]

Pode-se, ainda, de forma precipitada, crer que a funcionalização prevista na Carta Magna restringe-se ao chamado Direito

187 LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 188.

Industrial. Nada mais equivocado. Apesar de não existir a mesma expressão “*interesse social*” no texto do art. 5º, XXVII, que trata especificamente do Direito Autoral, a interpretação sistêmica da Carta Política de 1988 conduz à rejeição de uma concepção individualista. Conforme lição do eminente Eros Roberto Grau, “não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços”.¹⁸⁸

Em suma, a funcionalização atinge tanto o campo autoral quanto o industrial.

2.2 A previsão fragmentária das limitações na Lei de Direito Autoral de 1998

Desde o momento em que as obras literárias passaram a ser produtos comercializados, como consequência inevitável da invenção gutenberguiana, sempre houve o conflito entre os interesses público e privado. O decurso do tempo, que faz a obra cair em domínio público, é um exemplo de limitação ao interesse privatístico, que será analisado amiúde no capítulo 4.

Existem outras limitações, que buscam equacionar os conflitos entre interesses público e privado. A doutrina norte-americana denomina a utilização eqüitativa de *fair use*, que mitiga a exclusividade absoluta concedida ao autor.

No Brasil, a tentativa de efetivar esse almejado equilíbrio cumpre-se por meio de limitações aos direitos autorais, previstas nos

188 Op. Cit., p. 113.

arts. 46 a 48 da LDA-98. Fala-se “tentativa” porque, na prática, os conflitos existem, são muitos e estão longe de serem resolvidos. De qualquer sorte, as limitações legais têm finalidade educativa e sociocultural. O autor e/ou titular deve(m) tolerá-las em face do interesse público.

A LDA-98, em matéria de limitações, contém certo empirismo. As previsões são fragmentárias.¹⁸⁹ Encontram-se amontoadas, de forma desorganizada, sem a devida sistematização. Há uma razão política para esse descaso. Os grupos econômicos, titulares de direitos autorais, são refratários ao fomento de limitações. A tendência é, cada vez mais, restringi-las, podá-las.

A doutrina autoralista, em geral, defende que a enumeração das limitações é *numerus clausus* e não, *numerus apertus*. Ou seja, sendo exceções legais, as limitações são aquelas taxativamente previstas em lei. Acontece que esse princípio da clausura tem matriz individualista. Essa perspectiva fechada do legislador ordinário restringe a funcionalização prevista no texto constitucional.

O princípio constitucional da função social, portanto, não deve se exaurir nas limitações previstas nos arts. 46 a 48 da LDA-98, que, sem dúvida, são insuficientes para regular, de forma democrática, a utilização de obras intelectuais na era das novas tecnologias. A aplicação do princípio da funcionalização exige uma profunda releitura das limitações legais.

189 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 268.

O discurso legitimador do Direito Autoral utiliza, freqüentemente, o argumento de “defesa da cultura”. Analisado-o com a devida atenção, percebe-se que esse discurso não é veraz, e, sim, despistador, tendo em vista que a defesa da cultura requer muito mais liberdade que proibição, diálogo que restrições, solidariedade que individualismo. A “defesa da cultura” não deixa de ser um pretexto utilizado por grupos empresariais.

Nesse sentido crítico, posiciona-se José Oliveira de Ascensão:

Infelizmente, assistimos a uma evolução decepcionante.

O hiperliberalismo selvagem em que vivemos manifesta-se, no domínio do direito de autor, pelo que se chamaria a “**caça as exceções**”. Toda a restrição é perseguida, invocando-se a qualificação do direito de autor como propriedade – quando, mesmo que a qualificação fosse verdadeira, nem por isso a “propriedade” deixaria de estar submetida às exigências da função social.

[...] É lamentável que assim se proceda. As restrições ao direito de autor permitem a adaptação constante deste direito às condições de cada época. Agora, não só não se prevêem as restrições adequadas à evolução tecnológica como se impede toda a adaptação futura. O direito de autor torna-se rígido, insensível a todo o devir.

[...] Todas as restrições previstas são passadas a **pente fino**, no sentido de se limitar ainda mais o espaço de liberdade.¹⁹⁰

Curioso é que a LDA-98, em seu art. 46, I, alínea “d”, traz uma inovação em relação à LDA-73, ao assegurar que não constitui

190 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da Internet e da Sociedade da Informação: estudos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 135-137.

ofensa aos direitos autorais a reprodução “de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema *Braille* ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários.”

Ora, o legislador prestou homenagem aos cegos, merecendo sincero aplauso. Entretanto, não percebeu, ou não quis perceber, que existe outro tipo de cegueira no país, gerada pela falta de acesso a livros. Dela o legislador fez vista grossa, preferindo, simplesmente, proibir a cópia privada, como se analisará no item 5.1.

3. REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO AUTORAL

Os modernos civilistas, deixando o egocentrismo e o isolamento de tempos passados, falam cada vez mais em *despatrimonialização* e *repersonalização*.

O paradigma do Direito Autoral contemporâneo deve ser, também, antropocêntrico, ou seja, deve considerar o homem como o centro dos interesses. O autor, antes de ser criador intelectual, é gente, pessoa humana. Sua dignidade deve ser priorizada.

O Direito Autoral está moldado em função quase exclusivamente de critérios de rentabilidade. O prestígio exagerado conferido historicamente aos direitos patrimoniais do autor precisa ser suplantado. O Direito Autoral, desde sua primeira lei, em 1710, sempre priorizou o aspecto monetário, em detrimento do elemento moral. Preocupou-se muito mais com o *ter* do que com o *ser*. A proteção sempre foi muito mais direcionada aos investimentos de grupos econômicos do que ao autor (pessoa humana). A tutela sempre esteve muito mais a serviço dos direitos patrimoniais (leia-se “dinheiro”) do que a serviço da vida.

É urgente uma ruptura dessa lógica patrimonialística que sufoca a lógica existencial. É tarefa que se impõe ao autoralista voltar os olhos à pessoa humana. Mudar o foco de sua atenção, repudiar a vetusta mentalidade do final do século XIX. O Direito Autoral não pode ser despido de sua vocação humanista, como, há tempos, vem exigindo o capitalismo. A pessoa humana é digna porque é, ou seja, pelo simples fato de existir. E não porque *tem*.

Independente da condição socioeconômica da pessoa o respeito a esse princípio constitucional.

O princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º, III, da Constituição, que possui aplicabilidade direta, obriga a uma releitura da legislação autoral. Deve-se, portanto, interpretar a LDA à luz da Constituição, e não ao contrário. A tutela da dignidade da pessoa humana, ao ganhar projeção constitucional, ilumina e direciona os direitos morais do autor.

Nessa nova perspectiva, é imprescindível uma reconstrução profunda da disciplina autoral. O autoralista contemporâneo deve ser um intelectual crítico empenhado mais na defesa da dignidade do autor do que na proteção do patrimônio de grupos econômicos. Não se pode mais reduzir a disciplina autoral a meros padrões monetários, a meras operações comerciais. Não é mais possível desmerecer, desprestigiar ou ignorar o princípio da dignidade da pessoa humana, valor supremo do regime democrático.

Entretanto, na atualidade, legisladores de diversos países persistem em priorizar o aspecto patrimonial. A análise dos direitos morais vem sendo relegada por muitos doutrinadores autoralistas. O abandono teórico demonstra o desprestígio do tema.

No Brasil, reclama-se muito da contrafação e dos valores cobrados pelo ECAD. Entretanto, pouquíssimo se fala, por exemplo, do direito moral do artista plástico à integridade de suas obras. As recentes alterações à lei autoral visaram a proteger, fundamentalmente, aspectos comerciais. Exemplificando: ao proibir a reprodução integral de um livro,

em um só exemplar, para uso privado e sem intuito de lucro (LDA-98, art. 46, II), o legislador visou a atender, primordialmente, interesses de grupos editoriais.

A discussão é, ainda, predominantemente, patrimonialística. O debate gira muito mais em torno da proteção de investimentos do que da dignidade do homem-criador, que é o centro e o fim do Direito, o destinatário mor. Os direitos morais, que potencializam a dignidade da pessoa humana, mantêm-se, há tempos, à margem, como uma questão secundária, menor, desinteressante, inoportuna.

Há quem, na doutrina especializada, denuncie esse abandono legislativo e doutrinário por que passam os direitos morais. O mestre português José de Oliveira Ascensão prefere a terminologia “direitos pessoais” em vez de “direitos morais”. Eis a sua preleção:

Um observador desprevenido estranhará o extraordinário incremento da proteção do autor que se tem verificado nos últimos tempos.

Nomeadamente na Comunidade Européia, depois de longos anos em que a matéria não foi objeto de atenção, deu-se na década de 90 uma escalada da proteção do autor. Foi seu lema a harmonização; na realidade, o seu objetivo era simultaneamente levar aos mais altos níveis a proteção do autor.

O autor ficará surpreso. **A Comunidade Européia é uma comunidade econômica; a cultura é a última das preocupações que manifesta.** Por que então este desvelo [cuidado] extremo pela tutela do autor?

E a surpresa ainda aumenta quando verificamos que, no mesmo diapasão fundamental, os Estados Unidos da América têm ampliado sucessivamente a proteção do autor, levando-a a

novos domínios. O movimento é, aliás, universal no que respeita às nações mais desenvolvidas.

Afigurando-nos melhor, vemos que **este movimento toca apenas o lado patrimonial do direito de autor. De direitos pessoais praticamente não se fala.** Os Estados Unidos da América aderiram à Convenção de Berna, mas continuam sem prever sequer a proteção dos direitos pessoais ou “morais” de autor. A Comunidade Européia realiza o movimento de harmonização, **mas adia sempre a harmonização dos direitos pessoais**, não obstante as grandes disparidades existentes nesse domínio entre os seus membros: a França e o Reino Unido representam os extremos.

Na realidade, a proteção que se realiza não é a proteção da criação intelectual: é a **proteção do investimento.**

(...) O que se contesta não é, porém, a proteção do investimento: é, sim, que essa proteção se faça através do direito de autor.

O que está mal não é a proteção do investimento; é a hipocrisia do discurso autoralista contemporâneo. Invoca-se Beethoven, para tudo reverter afinal para Bill Gates.¹⁹¹

Clóvis Beviláqua, em 1896, já afirmava que o aspecto moral é mais digno que o econômico. *In verbis*: “este direito [autoral] só poderá ser apreendido pelo aspecto econômico? Por trás do interesse econômico não se abriga um outro, tanto ou mais digno de proteção jurídica? Eu o creio firmemente”.¹⁹²

Os pessimistas falam que o Direito Autoral agoniza em crise. Na verdade, o que está em crise é a visão patrimonialística, a ótica

191 ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito da Internet e da Sociedade da Informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 130-132.

192 BEVILÁQUA, Clóvis. *Resumo das Lições de Legislação Comparada sobre o Direito Privado*. 2. ed.. Recife: Ed. José Luiz da Fonseca Magalhães, 1896, p. 140.

desumana que supervaloriza o dinheiro e menospreza o homem-criador. Eis o importante questionamento que merece ser feito: o que deve preponderar é a lógica patrimonialística ou a lógica existencial? Em outras palavras: o dinheiro ou a pessoa humana? O equilíbrio desses dois valores é um dos grandes desafios dos autoristas contemporâneos.

Os direitos patrimoniais visam a satisfazer os meios de sobrevivência do criador intelectual. Os direitos morais, por sua vez, visam a garantir as razões de sua existência. Os primeiros têm a ver com questões pecuniárias. Os segundos, com questões de ordem extrapatrimonial. Os direitos morais têm luz própria. Nascem com a criação da obra, enquanto os patrimoniais surgem a partir de uma comercialização posterior, que pode não ocorrer, caso o autor opte pelo ineditismo.

Em síntese, o hodierno mundo é inteiramente voltado para aspectos econômicos. O Direito Autoral não poderia ficar fora dessa lógica capitalista. No *show business* tudo tem um preço. Mas o autor, ser humano que é, possui dignidade, e esta não pode ser confundida com “um preço”. O discurso aqui defendido não objetiva ser ingênuo ou meramente teórico, mas estar realmente comprometido com a realidade.

O Direito Autoral é do autor e para o autor, que é o horizonte em relação ao qual tudo deve ser pensado. Assim como “o sábado foi feito para o homem e não o homem para o sábado”, o Direito Autoral existe em função do autor, e não o contrário. O legislador pátrio (assim como vários outros de tradição jurídica latina), para reforçar a idéia de primazia dos direitos morais,

colocou-os, topograficamente, antes dos direitos patrimoniais. Assim como fez o constituinte em relação aos direitos fundamentais (art. 5º da CF/98). O art. 22 da LDA-98 preconiza: “Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou”. Essa disposição topológica reflete a ideologia do legislador nacional.

3.1 O absurdo art. 667 do Código Civil de 1916

Assim previa o *caput* do esdrúxulo art. 667 do revogado CC-16: “É suscetível de cessão o direito, que assiste ao autor, de ligar o nome a todos os seus produtos intelectuais”.

O Código Civil de 1916, já na época de sua promulgação, foi criticado como retrógrado, ao permitir a cessão do direito à paternidade. Vale dizer que o projeto original de Clóvis Beviláqua proibia a cessão desse elemento moral. Eis os comentários de Clóvis Beviláqua ao art. 667:

O que se contesta é que o autor possa despojar-se dessa irradiação da sua personalidade, que se manifesta vínculo indestrutível entre o seu espírito e a obra, que ele criou. E contesta-se, não somente em nome da lógica jurídica, violentada por essa construção, como, também, por motivos de ordem moral, que, aliás, não escaparam ao ilustre parlamentar brasileiro. Afastou-se, porém, pensando melhor favorecer algum pobre diabo de talento, que consiga viver à custa da “ vaidade”, ridícula sem dúvida, mas não injurídica do incapaz, que quer passar como autor. Não será injurídica essa vaidade, mas, igualmente, **não deve o direito**

fomentar a mistificação do público.¹⁹³[grifo nosso]

O artigo 667 facultou ao autor a cessão gratuita ou onerosa de sua autoria. O retrocesso do Código Civil de 1916 trouxe consequências maléficas para o Direito Autoral. Por muito tempo foi permitida a compra de autoria, o que deu ensejo à proliferação da nefasta prática dos “compositores”.

3.2 A omissão dos nomes dos autores pelas emissoras de rádio e tv

As emissoras de rádio brasileiras, com pouquíssimas exceções, não anunciam os nomes dos compositores. Trata-se, sem dúvida, de uso nocivo da propriedade intelectual.

É de autoria do vereador Silvoney Sales a lei municipal que obriga as emissoras de rádio AM e FM, da Cidade do Salvador, capital baiana, a mencionarem os nomes dos compositores. Eis, na íntegra, a justificativa do projeto:

A presente proposição tem como objetivo contribuir para melhorar o grau de divulgação dos compositores baianos cujos nomes na maioria das vezes permanecem no anonimato, mesmo que suas composições alcancem sucesso nacional e até mesmo internacional. A maioria das emissoras limita-se a mencionar os nomes dos intérpretes que gravaram as músicas esquecendo dos seus compositores. A obrigatoriedade da menção dos nomes dos autores das músicas é uma forma de reparar essa injustiça que vem sendo cometida na mídia local. Assim sendo, esperamos contar com o apoio dos nobres colegas para a aprovação da

¹⁹³ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil Comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Livraria Francisco Alves, 1923, p. 203-204, v. III.

presente proposição. Sala das Sessões, 10 de março de 1993.
Silvoney Sales de Almeida.

A Lei, de nº 4.742, publicada em 23 de julho de 1993, contém apenas cinco singelos artigos. Vale a pena transcrevê-los na íntegra:

Art. 1º – Ficam as emissoras de rádio AM e FM, com sede neste Município, obrigadas a mencionar o nome dos compositores das músicas, executadas nas suas programações diárias. Art. 2º – A menção do nome do compositor pode ser antes ou depois da execução da música, contanto que seja anunciado juntamente com o título da composição. Art. 3º- As emissoras, quando solicitadas, deverão fornecer aos compositores todas as informações referentes ao número de vezes que suas composições foram tocadas em cada mês. Art. 4º – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. Art. 5º – Revogam-se as disposições em contrário.

Apesar da inegável boa intenção, esta lei já nasceu letra morta. Passaram-se mais de dez anos, e os compositores continuam sendo desrespeitados, haja vista que os seus nomes não são anunciados na execução pública.

O art. 24, II, da atual LDA afirma que é direito moral do autor: *“Il-
o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou
anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra.”*

Então, por que a Lei de Direito Autoral, que não é municipal, mas federal, continua sendo desrespeitada nesse particular? Ela prevê sanções civis (LDA-98, art. 108, I) para esse tipo de omissão, mas que, infelizmente, não são aplicadas. Certamente porque os autores brasileiros ainda não aprenderam a exigir, de forma coletiva, os seus direitos. Falta cidadania, o antídoto contra qualquer tipo de arbítrio.

A verdade é que os proprietários das emissoras de rádio são políticos e empresários, que, salvo raras exceções, pensam, exclusivamente, na obtenção de lucros. Anunciar os nomes dos compositores implica em perda de espaço publicitário. Em outras palavras, “perder tempo” divulgando os nomes dos criadores intelectuais implica em perder dinheiro! *Time is money!*

Obviamente, os donos das mais de cinco mil rádios existentes no país também desejam que os compositores brasileiros continuem ilustres desconhecidos. Não há a menor dúvida de que o protesto de um anônimo é infinitamente mais fraco do que o de alguém conhecido e respeitado pelo povo.

Os compositores precisam estar conscientes de que suas obras são responsáveis pelo enriquecimento das rádios. Não se liga rádio para ouvir anúncio publicitário e sim, música. A matéria-prima do proveito econômico dessas empresas comerciais, portanto, são as criações intelectuais dos compositores.

Os compositores brasileiros precisam se mobilizar. A discussão não pode se restringir à inadimplência em relação ao ECAD. O anúncio da autoria é um dever legal. As emissoras de rádio e TV têm de cumprir as finalidades informativas, educativas, artísticas e culturais, consagradas expressamente na Constituição Federal (art. 221, I). O desrespeito ao anúncio dos compositores consiste em uso nocivo da propriedade intelectual e em desatendimento ao princípio da funcionalização.

Ademais, se os nomes dos compositores fossem devidamente anunciados, haveria uma denúncia pública de alguns empresários “compositores”, que adquirem autoria alheia, sem qual-

quer ética, sem qualquer escrúpulo. Esses falsos criadores colocam seus nomes como co-autores apenas para obter lucros. Não agem por vaidade, mas tão-somente por dinheiro.

Os canais de áudio de TVs pagas também omitem os nomes dos compositores, mesmo sem qualquer espécie de prejuízo ou perda de espaço publicitário. Percebe-se, portanto, que o problema é também de ordem cultural, visto que a sociedade brasileira ainda não faz questão de saber quem são os criadores intelectuais de nosso cancionário popular. Lamentavelmente, essa é a verdade: há um desinteresse por cultura, educação e arte. O *show business* musical, que trata com desdém a figura do compositor, incentiva e dissemina essa indiferença.

O Livro dos Provérbios (22, 1) traz uma bela frase: “Mais vale o bom nome do que muitas riquezas; o ser estimado é melhor do que a prata e o ouro”. O autor não deve clamar por esmola, mas reivindicar pelo direito moral de ter seu nome indicado na utilização de suas obras. Os compositores brasileiros não podem mais continuar apáticos, sob pena de morrerem no esquecimento. Desorganizados, ainda não sabem a força que têm.

Nessa perspectiva de valorização do autor, é digna de homenagem a história de Ary Barroso (1903-1964). Em seu lendário programa televisivo “Calouros em desfile”, exigia dos participantes que anunciassem os autores das músicas interpretadas. Dizia: “*Aqui toda música tem autor*”.¹⁹⁴ Essa frase carrega uma justa reverência ao criador intelectual, devendo ser cotidianamente refletida e aplicada por todos os meios de comunicação do país.

¹⁹⁴ CABRAL, Sérgio. *No tempo de Ari Barroso*. Rio de Janeiro: Lumiar Editora, s/d, p. 380.

3.3 Outras fontes motivacionais além da econômica

Há tempos, a doutrina autoralista sustenta a tese de que, sem a devida proteção econômica ao autor, a criatividade ficará desestimulada e o patrimônio cultural das nações sofrerá, inevitavelmente, graves conseqüências. Esse tradicional ponto de vista será questionado e, cuidadosamente, posto em xeque.

É oportuno indagar se o dinheiro consiste na única fonte motivacional para a criação. Existem outros meios instigadores além do econômico? A História comprova que sim. Bem antes da exclusividade conferida ao autor pelo advento do pioneiro *Copyright Act*, de 1710, já havia produção intelectual. Os artistas já existiam e criavam. Seria absurdo, portanto, levantar a premissa de que a possibilidade de lucro sempre foi (e continuará sendo) condição *sine qua non* para o desenvolvimento da cultura. Em outras palavras: subestimar a motivação intrínseca do autor, considerando-a secundária para o estímulo da criação intelectual, consiste em fuga de uma análise sob múltiplas perspectivas.

Marisa Gandelman afirma que, antes da proteção conferida pelo *copyright*, a humanidade já possuía estímulo criativo, motivação intrínseca:

Vamos tentar imaginar, por exemplo, a vida e o contexto em que foi criada a obra de gênios da música como Bach, Mozart, Beethoven e todos os outros grandes compositores e artistas. Em primeiro lugar, como explicar a genialidade? Em segundo lugar, será que, em algum momento do processo criativo, serviu para eles como estímulo o direito de propriedade e a compensação financeira da exploração comercial de suas obras?¹⁹⁵

195 Op. Cit., p. 154.

[...] Não há meios de se comprovar que o estágio de desenvolvimento e progresso no qual nos encontramos hoje está relacionado com a existência de prêmios e estímulo para quem cria, por meio da proteção jurídica à criação.¹⁹⁶

O folclore brasileiro, que ainda sobrevive da tradição oral, é um bom exemplo para refutar a premissa reducionista em comento. Autores rurais anônimos, sem qualquer interesse mercantil, criaram e continuam criando canções simplesmente para aliviar o fardo do labor, individual e coletivo, colaborando na construção do patrimônio imaterial da nação.

Monteiro Lobato, na célebre obra literária “História das Invenções”, traz a personagem Dona Benta comentando sobre a inquieta criatividade humana:

Os outros animais só inventaram para dois fins: garantir a alimentação e a morada. Conseguindo isso, pararam. Parece que o espírito inventivo deles adormeceu. O homem, não. Quanto mais inventa, mais quer inventar e mais inventa. Nunca parou, nem nunca parará. E a coisa vai com tamanha velocidade, que é impossível prever o que seremos daqui a alguns milhares de anos.¹⁹⁷

Caetano Veloso, em uma de suas inspiradas canções, “Força estranha”, diz: “Por isso uma força me leva a cantar, por isso uma força estranha no ar. Por isso é que eu canto, não posso parar. Por isso essa voz tamanha”. Essa “força estranha” a qual

196 Op. Cit., p. 304.

197 LOBATO, Monteiro. *História das Invenções*. 29 ed. São Paulo: Brasiliense, 1995, p. 12.

o poeta se refere certamente não é a mesma “força da grana que ergue e destrói coisas belas”, mas a motivação interior que existe dentro de cada genuíno autor. Algo misterioso que o impulsiona a criar. Uma necessidade inelutável, intransponível, fruto da própria inquietude humana.

Fernando Pessoa escreveu: *“Deus quer. O homem sonha. A obra nasce”*. Em se tratando de obras literárias e artísticas, será que esse sonho a que o ilustre poeta se refere é meramente mercadológico, simples anseio de lucro? Ou será que tais obras nascem *per se*? O mesmo consagrado poeta português escreveu: *“Navegadores antigos tinham uma frase gloriosa: ‘Navegar é preciso; viver não é preciso’. Quero para mim o espírito desta frase, transformada a forma para a casar com o que eu sou: Viver não é necessário; o que é necessário é criar.”*

Geralmente, a paixão é uma perene fonte motivacional para os artistas. O capitalismo, contudo, tem a indesejável mania de reduzir tudo a dinheiro. Tudo passa a ter, necessariamente, uma correlação com interesses econômicos. Nesse prisma, parece ser ledor engano a crença de que a proteção feita pelo sistema autoral é imprescindível para a existência de sonhos criativos.

Nas artes plásticas, Vincent van Gogh (1853-1890) representa exemplo emblemático. Sustentado financeiramente pelo irmão Theo, amargou sérias dificuldades econômicas. Durante toda a vida, só conseguiu vender um quadro: *A Vinha Vermelha*. Ao ao suicidar-se, deixou 700 obras sem comprador, que, tempos depois, foram hipervalorizadas no mercado capitalista de belas artes. O período em que esteve doente foi criativamente fecundo, de

muita produção. Não é raro que o sofrimento seja também uma fonte motivacional para artistas. As obras da fantástica pintora mexicana Frida Kahlo retratam com profundidade os seus momentos de dor. Nesse contexto, a arte é, também, um alento.

Mas é bom que fique bem claro: não se pretende aqui fazer elogio à pobreza, homenagem à miséria, tributo ao sofrimento humano. Longe disso. Apenas constata-se que é possível existir criatividade em condições econômicas precárias. A história da Música Popular Brasileira é rica em compositores pobres em dinheiro e ricos em talento. O dinheiro, portanto, supervalorizado pelo ideal capitalista, não é condição *sine qua non* para a produção intelectual, sobretudo no mundo das artes.

O saudoso médium mineiro Chico Xavier publicou mais de 400 livros psicografados, traduzidos para diversas línguas, com vendagem superior a 25 milhões de exemplares. É bom lembrar que o maior difusor do Espiritismo no Brasil não se enriqueceu com a comercialização de suas obras, pois o lucro era destinado a entidades beneficentes. Sua fonte motivacional não era diretamente econômica, mas certamente minorar a dor humana.

Gilberto Gil comenta o mistério existente no ato de criar: “A idéia que eu tenho é de comunhão, não de poder. Não é meu o poder. Sou eu me aproximando do que pode, do Ser que é o poder de todas as coisas, do fazer e do criar.”¹⁹⁸

O processo de criação possui algo de divino, transcendental.

198 FONTELES, Bené. *Giluminoso: a po.ética do Ser*. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: SESC, 1999, p. 137.

Inúmeras obras-primas foram criadas por motivação religiosa, sem que os autores tivessem interesses pecuniários. Ainda hoje, para muitos, a arte continua não sendo necessariamente *business*.

Vale a pena refletir o seguinte depoimento de Dona Benta feito a Pedrinho, em “História das Invenções”:

Os inventores, os pintores, os músicos suportam as maiores misérias, privam-se de tudo, contanto que possam realizar a sua invenção, o seu quadro, a sua música. E acabam vencendo. [...] Seu destino é produzir invenções e obras de arte, assim como o destino duma roseira é produzir rosas.¹⁹⁹

Metaforicamente, pode-se dizer que a remuneração ao criador é adubo indispensável para a fertilidade do solo cultural e tecnológico? Ou será que o terreno é fértil por si só, sem necessidade de fertilizantes legais? Etimologicamente, humano vem de “*humus*” (terra fértil). Nessa perspectiva, o seu potencial criativo não está necessariamente atrelado ao discurso capitalista do sistema autoral.

3.4 O preconceito em relação ao trabalho intelectual

Seguramente, existem outras fontes motivacionais além da econômica. Mas o autor precisa de dinheiro para sobreviver. Afinal de contas, ele também tem contas a pagar. O trabalho

¹⁹⁹ Op. Cit., p. 54-55.

intelectual, portanto, deve ser retribuído em pecúnia, sob pena de o autor ter de encontrar outras fontes de renda e, conseqüentemente, restar-lhe menos tempo para a criação. Eis o grande desafio: conciliar a função social da propriedade intelectual com a justa remuneração ao autor. Sim, a atividade intelectual precisa ser também remunerada. Infelizmente, a sociedade brasileira, em geral, ainda não possui o devido discernimento disso.

Um entrave para o devido pagamento ao autor, portanto, é o preconceito que o trabalho intelectual ainda encontra na sociedade contemporânea. Subsiste a conotação de que autores são seres desocupados, preguiçosos. E a preguiça é ainda vista como um dos sete pecados capitais. Ora, o simples fato de os autores, geralmente, trocarem a noite pelo dia, o local e o horário de trabalho definidos por uma rotina laboral singular, descentralizada, não o fazem desmerecedores de uma retribuição econômica. A atividade intelectual precisa ser também remunerada. O criador precisa de tempo livre para criar. Pensadores modernos, a exemplo de Domenico de Masi, denominam essa especificidade da produção intelectual de “ócio criativo”.

Chico Buarque explica a peculiaridade do processo de criação:

Para mim, ao contrário do que pensam os outros, trabalhar é quando estou quieto em casa, escrevendo ou compondo, produzindo, criando. Engraçado, quando acabam as temporadas [de show] aí dizem que não estou fazendo nada. Pensam que, porque não apareço, estou parado. Mas é aí que estou realmente trabalhando. Intensamente. Até quando caminho, estou trabalhando, pensando.²⁰⁰

200 ZAPPA, Regina. *Chico Buarque: para todos*. 4 ed. Rio de Janeiro: Relume

João Ubaldo Ribeiro analisa com ironia peculiar:

Dizem que, procurado para dar um parecer ou realizar um trabalho qualquer, Ruy Barbosa, como acontece com muitos intelectuais, não costumava puxar o assunto do pagamento. E contam que, depois de ver o marido explorado com freqüência, a mulher dele chamava o visitante para uma conversinha, na saída. Perguntavam se tinham acertado alguma remuneração e, como a resposta era quase sempre negativa, ela, delicadamente, pedia ao visitante que voltasse e combinasse um pagamento.

– O conselheiro come... – explicava ela.

Pois é, o conselheiro comia. E eu, apesar de não ser nem conselheiro nem Águia de Haia, também como. Mas creio que há muita gente que acha que escritores, de modo geral, não comem nem precisam de dinheiro ou tempo para nada [...].²⁰¹

Nós, brasileiros, costumamos conceber o trabalho intelectual ou artístico como algo que devia ser pago pelo governo, ou qualquer coisa assim, ou então não devia ser pago de forma nenhuma [...].

Não passa pela cabeça de ninguém, porque é amigo do dono da padaria, pedir-lhe fornecimento gratuito de pão, bolo ou café. Mas, se a mercadoria não é propriamente física, pagar é um absurdo, pois quem produz essas coisas vive de brisa e, ao exigir retribuição, mostra-se um vil mercenário, que só pensa em grana.²⁰²

Dumará: Prefeitura, 1999, p. 36.

201 RIBEIRO, João Ubaldo. *O conselheiro come*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000, p. 36/37.

202 Op. Cit., p. 44-47.

Tom Zé vetou o uso de suas obras no desfile do estilista Ronaldo Fraga, na 17ª edição do São Paulo Fashion Week, ocorrido em 19 de junho de 2004. Exigiu R\$ 30 mil para a utilização de suas músicas. O estilista não concordou. Tom Zé não foi ao desfile, e as suas canções não foram executadas. O tropicalista, com simplicidade típica de homem sertanejo, explicou as razões da exigência do pagamento pela utilização de suas obras:

Cacilda Becker que me ajude: não posso dar de graça a única coisa que tenho para vender. Senti muita humilhação com esse episódio. Tenho 67 anos, e o assunto da sobrevivência é tema de pensamento de grande parte dos meus dias, pois até hoje não descobri ainda outro meio de ganhar a vida, de sustentar minha família, de ter dignidade e respeito próprio, a não ser vendendo o que faço.

Ronaldo Fraga alega que está fazendo divulgação de minha obra. Divulgação, é claro, é necessária em qualquer ramo. Ora, várias vezes comprei na loja de Ronaldo Fraga e sempre paguei o que comprei. Apresentei-me em programas de Serginho Groisman e de Ana Maria Braga, por exemplo, usando roupas dele, nem por isso me considerando divulgador visual da marca. Jamais me passou pela cabeça pedir abatimento, quando da compra, porque estaria fazendo divulgação. Quanto mais, alegando que eu estava me convertendo em passivo modelo da loja, argumentar que ele deveria me dar as roupas de graça.

Isso que está acontecendo com a minha música me deixa muito humilhado. Não sou uma vedete, mas imagine se Ana Paula Arósio, que é naturalmente muitíssimo divulgada pela Embratel, não recebesse um honrado pagamento pelo seu trabalho. [...]

Para estudantes, cineastas, dramaturgos, encenadores, profissionais iniciantes, concedo uma média superior a dez

autorizações por mês, abrindo mão de quaisquer direitos autorais, quando eles me consultam para inserir minhas músicas em seus trabalhos. Em tais casos, estou dialogando com a nova geração, ainda desprovida de recursos, e concedendo-lhe, na minha medida, o que considero meu dever, um mínimo de possibilidades.²⁰³

Vale ressaltar que cada apresentação na 17ª Edição da São Paulo Fashion Week (SPFW), com duração máxima de 12 a 15 minutos, teve custos que variaram entre cinquenta a trezentos mil reais, envolvendo o trabalho remunerado de diversos profissionais, tais como: modelos, costureiras, cenógrafos, camareiras, garçons, maquiadores, iluminadores, fotógrafos, designers, seguranças, etc.²⁰⁴ Sendo assim, por que razão Tom Zé deveria ficar de fora dos lucros gerados por esse circuito de grifes comerciais? O inquieto artista não compactuou com a disfarçada tentativa de enriquecimento ilícito.

O ministro Gilberto Gil, em seu discurso no lançamento do *Creative Commons*, durante o 5º Fórum Internacional de *Software Livre*, em Porto Alegre, em 04 de junho de 2004, aplaudiu as vantagens trazidas pela digitalização, tais como o barateamento do custo na produção e circulação de obras intelectuais e a democratização no acesso à cultura. Ao mesmo tempo, mostrou-se apreensivo sobre o risco do não pagamento ao autor: “Como vamos ser pagos pelo trabalho que fazemos com nossas mentes? E, se não

203 ZÉ, Tom. Isso que está acontecendo me deixa muito humilhado. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, p. E3, 27 de junho de 2004.

204 Revista *Época*, p. 79, 14 de junho de 2004.

podemos ser pagos, o que garante a continuação da criação e a distribuição de tal trabalho?"²⁰⁵

Portanto, o autor precisa ser pago. O hodierno mundo capitalista faz essa exigência. A repersonalização do Direito Autoral não nega a necessidade de pagamento. A sociedade como um todo precisa compreender que trabalho intelectual é também trabalho, merecendo justa contraprestação.

205 GIL, Gilberto. **Discurso do ministro Gilberto Gil no lançamento do Creative Commons**. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br>>. Acesso em: 15 jul. 2004.

4. CONFLITOS EM RELAÇÃO AO DOMÍNIO PÚBLICO

Os direitos patrimoniais de autor devem ser perpétuos ou temporários? Essa discussão existe há séculos. A temporalidade, prevista constitucionalmente, justifica-se pelo interesse público, pela função social da propriedade intelectual. O caráter transitório, aqui defendido, atende à exigência da funcionalização.

Antes do advento do Estatuto de Ana, em 1709, era prática comum das corporações dos livreiros a exclusividade na comercialização de obras de autores falecidos há centenas de anos.²⁰⁶ Sem dúvida, esse monopólio perene representava um entrave ao acesso público à cultura e à circulação de idéias. A limitação do prazo é reflexo do pensamento liberal revolucionário, que ia de encontro aos interesses monopolistas da corporação dos livreiros.

O prazo de proteção, na primeira lei brasileira específica sobre Direito Autoral, denominada Medeiros e Albuquerque (Lei nº 496, de 1898), era de 50 anos contados de 1º de janeiro do ano em que a obra fosse publicada.

Na concepção original do Código Civil de 1916, elaborada por Clóvis Beviláqua, em 1899, era prevista a perpetuidade. Uma emenda estabeleceu o tempo de 60 anos, contados do dia do falecimento do autor, para a obra cair em domínio público. Tal modificação, que resultou no art. 649 do CC-16, não convenceu Beviláqua. Eis os seus comentários:

206 GANDELMAN, Marisa. Op. Cit., p. 65.

O Projeto primitivo propusera a perpetuidade para o direito dos autores. Contra esse modo de ver levantam-se objeções, que não são muito convincentes. [...] E, uma vez criada essa riqueza imaterial, não há, em princípio, razão teórica para que se não transmita pelos modos adotados para a transmissão da riqueza material. São razões de ordem prática, e uma certa obscuridade de idéias, próprias da fase evolucionar, em que se acha o direito autoral, que explicam essa forma de propriedade menos plena, de propriedade temporária e revogável, que as leis imprimem ao direito dos autores.²⁰⁷

A LDA-73, em seu art. 42, estabeleceu nova duração dos direitos patrimoniais de autor. Os filhos, pais ou cônjuge gozavam vitaliciamente dos direitos patrimoniais do autor transmitidos por sucessão *mortis causa*. Os demais sucessores do autor (colaterais), contudo, gozavam dos direitos patrimoniais pelo período de 60 anos, contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao do falecimento do autor.

A atual LDA-98, em seu art. 41, aumentou o prazo de proteção de 60 para 70 anos, também contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao falecimento do autor. Esse prazo de 70 anos é adotado por inúmeros países. A Convenção de Berna, em seu artigo 7º, determina que todos os países signatários assegurem uma proteção de, no mínimo, 50 anos após a morte do autor.

Vale dizer que o art. 5º, XXVII, da Constituição Federal Brasileira de 1988, exemplo de norma de eficácia contida, dá margem para que o legislador ordinário aumente o prazo de proteção

207 BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil Comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Livraria Francisco Alves, 1923, p. 181-182.

dos direitos patrimoniais ao dispor: “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, *transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.*”

A lei ordinária muda com mais facilidade. O país corre o risco de sofrer, num futuro não longínquo, novos aumentos de prazo. Como se disse, no Brasil todas as contínuas alterações ocorridas aumentaram a duração dos direitos patrimoniais. Essa é a atual tendência em âmbito internacional.

A perpetuidade defendida por Beviláqua, desde o século XIX, acende bastante polêmica. Em Portugal, a discussão travada entre Almeida Garrett e Alexandre Herculano é atualíssima, de enorme interesse, não podendo ser considerada meramente histórica ou acadêmica. As duas concepções conflitantes continuam em choque na Era Digital.

Garrett, poeta, dramaturgo e deputado federal, foi o autor do primeiro projeto de lei português versando sobre propriedade intelectual, apresentado à Câmara dos Deputados em 18 de maio de 1839 e aprovado doze anos depois, em 8 de julho de 1851. No longo relatório de justificativa do projeto de lei, Garrett aborda os dois pilares da atual sociedade de informação: o direito dos autores em relação às suas obras e o direito da coletividade de acesso a elas. A pioneira lei autoral portuguesa continha prazo de proteção de trinta anos após a morte do autor.

O deputado Herculano, contudo, em carta enviada a Garrett, em 1851, criticou essa restrição temporal, alegando que ela retirava uma característica fundamental da propriedade: a perpetuidade. *In verbis*:

Se esta propriedade é sacratíssima, ou por outra, se é sagrada entre as mais sagradas, por que lhe recusais a vantagem que o direito assegura sem excepção a todo o outro capital acumulado e activo, a perpetuidade? O capital não se consumiu, porque o livro aí está. Em virtude de que princípio moral ou jurídico hão-de eles ser privados de uma herança sacratíssima? Em virtude da utilidade pública? Mas as expropriações de outra qualquer propriedade menos sagrada, em proveito comum, por mais remota que seja a origem desse capital acumulado, pagam-se.²⁰⁸

Garrett, em seu relatório de 1839, em sentido contrário à concepção individualista de Herculano, defendeu a temporalidade da protecção, afirmando que a sociedade tem o direito de acesso à cultura:

Os imortais *Lusíadas* estavam na alma de Camões e eram já o que são; mas foi mister que se lessem, que se admirassem e estudassem, para adquirirem o valor que têm. [...]

A sociedade exige pois concessões pela sua cooperação, assim o autor as exige dela, e por igual motivo. Seja inviolável, seja transmissível a propriedade literária mas dentro de um prazo determinado, findo o qual o direito de autor cesse e o da sociedade comece.²⁰⁹

208 REBELLO, Luiz Francisco. *Garrett, Herculano e a Propriedade Literária*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1999, p. 77.

209 Op. Cit., p. 32.

A lei portuguesa de 1927, que sucedeu a de 1851, previu a perpetuidade do direito de autor. Caso isolado entre os países signatários da Convenção de Berna.²¹⁰ Tal diploma perdurou naquele país por cerca de quarenta anos. Com o Código do Direito de Autor, de 1966, foi revogado o regime de proteção perpétua.

O tema da temporalidade volta a render acirradas discussões. Cresce a tendência pelo aumento do prazo, como se verá a seguir.

4.1 A recente ampliação norte-americana do prazo de proteção

A limitação do prazo de proteção foi reflexo do pensamento liberal revolucionário francês, que entrou em choque com interesses monopolistas da corporação dos livreiros. A História se repete com novos personagens.

Desde a década de 60, o Congresso norte-americano dilatou onze vezes o prazo de proteção. Em 1998, na iminência de o Mickey Mouse completar 70 anos e, portanto, cair em domínio público, através da lei intitulada "*Sonny Bono Copyright Term Extension Act*", o Congresso estendeu o prazo por mais vinte anos.²¹¹

A Suprema Corte dos Estados Unidos, em decisão de sete votos a dois, entendeu ser constitucional esse aumento do prazo de proteção. Lawrence Lessig critica o entendimento da Corte, alegando que quem se beneficia com a prorrogação do prazo

210 Idem. *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*. 3. ed. Lisboa: Âncora, 2002, p. 14.

211 LESSIG, Lawrence. Op. cit., p. 134.

não é o titular originário, mas empresas cessionárias, a indústria do *show business*, representada pela Walt Disney.

4.2 Argumentos a favor da restrição temporal

Para fundamentar a temporalidade, a doutrina sustenta que o autor retira do acervo cultural preexistente a matéria-prima com que cria suas obras. Diversos pensadores caminham nessa razoável perspectiva, como se observará a seguir.

Na evolução histórica, é importante destacar que, antes da invenção da imprensa, o conhecimento era transmitido oralmente, de geração a geração. Leciona o consagrado professor inglês de História da Cultura, Peter Burke, sobre a concepção coletivista que predominava até o advento da invenção de Gutenberg:

Essa visão foi a predominante na Idade Média, como mostra a tradição das cópias. Os escribas que copiavam manuscritos aparentemente se sentiam livres para fazer acréscimos e alterações. De modo análogo, os estudiosos que escreviam obras “novas” se sentiam livres para incorporar passagens de seus predecessores. A tendência a atitudes mais individualistas foi estimulada pela possibilidade da impressão, que ajudou ao mesmo tempo a fixar e a difundir textos. Mesmo assim, o processo de mudança não foi nem repentino nem suave, e exemplos da sobrevivência de atitudes coletivistas nos séculos XVI e XVII não são difíceis de encontrar, coexistindo com a ascensão de privilégios e patentes.²¹²

212 BURKE, Peter. *Uma história social do conhecimento: de Gutenberg a Diderot*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003, p. 139-140.

Outro consagrado autor, Marshall McLuhan, corrobora esse pensamento:

A Idade Média por várias razões e várias causas não dava ao conceito de “autoria” exatamente o mesmo sentido que lhe damos agora. [...] A indiferença dos eruditos medievais pela exata identidade dos autores, em cujos livros estudavam, é incontestável. Os próprios escritores, por outro lado, nem sempre se davam ao trabalho de “pôr entre aspas” o que extraíam de outros livros ou de indicar a fonte de onde haviam citado o trecho [...]. A invenção da tipografia eliminou muitas das causas técnicas do anonimato, ao mesmo tempo em que o movimento da Renascença criou novas idéias sobre fama literária e propriedade intelectual.²¹³

Roger-Pol Droit, comentando a ascensão do individualismo burguês e a implementação da “função autor”, explicadas no livro do autoralista francês Bernard Edelman, *Le Sacre de l`Auteur* [A Sagração do Autor], diz que se tornou “habitual pensar que um indivíduo pode criar soberanamente uma obra do espírito, mas nada é menos histórico do que tal conclusão.”²¹⁴

Ainda hoje, em pleno século XXI, a chamada “cultura erudita”, urbana e burguesa, tem a mania de reduzir o folclore à condição de criação coletiva anônima, esquecendo diversas autorias. Vale a pena transcrever balizada opinião do professor Carlos Rodrigues Brandão:

213 MCLUHAN, Marshall. *A galáxia de Gutenberg: a formação do homem tipográfico*. Tradução de Leônidas Gontijo de Carvalho e Anísio Teixeira. 2. ed. São Paulo, Editora Nacional, 1977, p. 184.

214 DROIT, Roger-Pol. *A invenção jurídica do autor*. Tradução de Luiz Roberto Mendes Gonçalves. Folha de S. Paulo, Mais!, p. 10, 18 de abril de 2004.

A criação do folclore é pessoal. Alguém fez, em um dia de algum lugar. Mas a sua reprodução ao longo do tempo tende a ser coletivizada, e a autoria cai no chamado “domínio público”. A música erudita e a música popular da cidade eternizam o nome de seus autores, e o que “todo mundo canta” é de alguém que “todo mundo sabe”. O folclore vive da coletivização anônima do que se cria, conhece e produz, ainda que durante algum tempo os autores possam ser conhecidos. [...]

Algumas pessoas acreditam que só em meio à “cultura erudita” ou a uma “cultura popular urbana” existe uma criação nominada de autores individuais. Esta é uma maneira de pensar que herdamos dos colonizadores, para quem uma das diferenças entre a “elite letrada” e o “povo iletrado” é que ela “tem cultura” e, ele, não. Ao contrário, também nas comunidades populares de *cultura* de *folk* existem criadores individualizados, muitos deles, a seu modo e em sua dimensão, tão geniais quanto um Edu Lobo ou um Villa-Lobos.²¹⁵

A Bíblia Sagrada (Eclesiastes 1, 9-11), que, durante séculos, foi construída em regime colaborativo, diz:

O que aconteceu, de novo acontecerá; e o que se fez, de novo será feito: debaixo do sol não há nenhuma novidade. Às vezes, ouvimos dizer: “Veja: esta é uma coisa nova!” Mas ela já existiu em outros tempos, muito antes de nós. Ninguém se lembra dos antigos, e aqueles que existem não serão lembrados pelos que virão depois deles.

Todo criador recebe influências do contexto histórico-social em que vive. Millôr Fernandes, autor de frases antológicas, diz com

215 BRANDÃO, Carlos Rodrigues. *O que é folclore*. 13. ed. São Paulo: Brasiliense: 2000, p. 34-36.

irreverência que “todo homem nasce original e morre plágio”. O criador está imerso em sua condição histórica, preso às raízes e aos costumes de seu povo. Pode-se dizer que cultura é algo sempre inacabado, assim como é sempre inconcluso um *software* aberto. Em outras palavras: a cultura consiste em um estar-se-fazendo eterno. *Mutatis mutandi*, é possível parafrasear a máxima de Lavoisier: na cultura, nada se perde, tudo se transforma. Tem a ver com o que diz o velho brocardo popular: quem conta um conto, acrescenta um ponto. Portanto, todo criador intelectual age “refazendo tudo”, como escreveu Gilberto Gil, em 1975, em sua obra lítero-musical Refazenda. Toda criação é, de certo modo, uma derivação.

Em face de o autor, ainda que inconscientemente, se aproveitar do acervo da cultura, o Direito Autoral não exige novidade absoluta, mas apenas originalidade. A obra não precisa trazer algo absolutamente novo.

O Direito Autoral nasceu para estimular a criação, e não para engessá-la. Obras semelhantes podem perfeitamente coexistir de forma harmônica, sem a incidência de plágio. É preciso estar atento àqueles que, em tudo e em todos, vêem a caracterização de plágio. O exagero existente na “plagiofobia” merece rechaço. Ir além do verdadeiro alcance da proteção autoral fere, inclusive, o direito de livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, previsto na Carta Magna (CF, art. 5º, IX).

Adélia Prado confirma esse pensamento da intertextualidade com suas próprias e belas palavras: “Porque tudo que invento já

foi dito nos dois livros que eu li: as escrituras de Deus, as escrituras de João. Tudo é Bíblias. Tudo é Grande Sertão.”

Gonzaguinha ratifica o modelo da intertextualidade com os seguintes versos: “Toda pessoa sempre é as marcas das lições diárias de outras tantas pessoas. E é tão bonito quando a gente entende que a gente é tanta gente onde quer que a gente vá. E tão bonito quando a gente sente que nunca está sozinho por mais que pense estar”. Não existe autor sem marcas (influências) de outros tantos autores. Não existe criação sem fusão de horizontes, sem inter-relação cultural.

O irreverente Tom Zé, no encarte do seu CD “Com defeito de fabricação”, lançado em 1998, afirma que “terminou a era do compositor, a era autoral, inaugurando-se a Era do Plagicombinador, processando-se uma entropia acelerada”.²¹⁶ O autor lança o manifesto da “Estética do Arrastão”, considerando que seu trabalho musical captura – como nos arrastões das praias cariocas – inúmeras referências de outros tantos criadores. Tom Zé, em outras palavras, critica a figura moderna e individualista de “autor”, a cultura do gênio aloucado e egocêntrico, que assina obras como se fosse asséptico a qualquer influência externa.

Exageros à parte, não terminou a era do compositor. Vale lembrar que o próprio tropicalista Tom Zé vetou a utilização de suas obras na 17ª Edição da São Paulo Fashion Week, ocorrida em junho de 2004. Esse veto demonstra que todo ato de criação, ao

216 Disponível em: <<http://www.tomze.com.br/pdefeito.htm#Estética>>. Acesso em 25 ago. 2004.

mesmo tempo em que se alimenta do acervo cultural de um povo, é, antes de tudo, um ato eminentemente pessoal. Não haveria, por exemplo, a canção *Wave* se não existisse o movimento da Bossa Nova. Contudo, se o consagrado compositor Antônio Carlos Brasileiro de Almeida Jobim não tivesse nascido, tal obra certamente não existiria. A concepção coletivista equivoca-se ao confundir idéias em si com as formas que lhes são dadas. O Direito Autoral somente protege a idéia exteriorizada, que possui o caráter pessoal do criador, ainda que sob diversas influências.

Roland Barthes, em seu ensaio “A morte do autor”, afirma que “o texto é um tecido de citações, saídas dos mil focos da cultura” e que “o escritor não pode deixar de imitar um gesto sempre anterior, nunca original; o seu único poder é o de misturar as escritas”.²¹⁷

Mikhail Bakhtin (1895-1975), em seu livro *Marxismo e Filosofia da Linguagem*, publicado na Rússia, em 1929, defende o “dialogismo”, termo hoje mais conhecido por *intertextualidade*. Põe em xeque o individualismo existente no sentido tradicional de autor, na concepção do *self* burguês de propriedade intelectual. Segundo ele, até um eremita não é “dono” de suas palavras, tendo em vista que elas provêm sempre da boca de um outro.

Stewart Home, principal teórico do grupo inglês Neoísta, radicalizando o discurso, defende explicitamente a prática do plágio:

217 BARTHES, Roland. *O rumor da língua*. Trad.: Antônio Gonçalves. Lisboa: Edições 70, 1982, p. 52.

Atacamos o culto ao individualismo, os “eu-mesmistas”, as tentativas de se apropriar de nomes e palavras para um uso exclusivo. Rejeitamos a noção de copyright. Pegue o que puder usar.

Rejeitamos a noção de gênio. Os artistas são iguais a todas as pessoas. A individualidade é o último e mais perigoso mito do Ocidente.²¹⁸

Não merece crédito o posicionamento neoísta exacerbadamente contrário ao conceito de criação individual. Não se pode levar a sério a exagerada dose de anarquismo existente no primeiro manifesto neoísta internacional: “A Conspiração Cultural Neoísta promove o plágio, porque o plágio economiza tempo e esforço”.²¹⁹ A idéia merece rechaço, pois essa postura radical da contracultura inglesa. É mister frisar: todo ato de criação, ao mesmo tempo em que se alimenta do acervo cultural de um povo, é, antes de tudo, um ato eminentemente pessoal.

Mais equilibrado é o pensamento do sociólogo italiano Domenico de Masi, catedrático de Sociologia do Trabalho na Universidade La Sapienza, de Roma:

Talvez obra alguma possa ser *inteiramente* atribuída a quem a assina, nem mesmo aqueles últimos e incríveis quartetos de Beethoven, compostos quando ele já era surdo há vários anos, ou ainda os Ensaios precursores de Michel de Montaigne, escritos quando ele já estava há muitos anos recluso, no seu castelo solitário.

218 HOME, Stewart. *Manifestos neoístas: greve da arte*. Trad.: Monty Cantsin. São Paulo: Conrad Editora do Brasil, 2004, p. 23.

219 Op. Cit., p. 40.

No terceiro milênio depois de Cristo, a criatividade individual é somente uma abstração ou um delírio de onipotência. Neste campo, mais do que nunca, é válida a frase de Thomas Merton: “Nenhum homem é uma ilha”.²²⁰

[...] Na maioria dos casos, a opinião pública atribui o prêmio Nobel a um determinado cientista, mesmo quando a sua descoberta se deve a vários colaboradores. Da mesma forma, todas as leis tomam o nome do primeiro signatário.²²¹

[...] Quando se concede ao artista o direito de assinar as suas obras e se lhe atribui inteiramente o mérito por elas, permanece o fato de que ele não pôde fazer tudo sozinho e de que a sua contribuição deve ter sido tão mais parcial quanto mais complexa a obra-prima e escancaradamente plurinomial, como no caso de uma catedral, um palácio senhorial ou um conjunto de afrescos.²²²

[...] Quanto mais estudo as etapas da criatividade na sua milenar evolução, mais me dou conta de que se tratou predominantemente de processos coletivos que, por vaidade ideológica ou por simplificação prática, foram atribuídos a gênios individuais.²²³

O ilustre professor Luiz Edson Fachin, autor da obra “Teoria Crítica do Direito Civil”, metaforicamente, denomina “Bibliografia” – expressão comum no final de todas as obras jurídicas – de “Rol das nascentes”. Afirma o célebre civilista que seu estudo “frutificou nos rios onde se banhou e sorveu das origens”. Finaliza, com humildade de mestre: “as nascentes formaram os cursos

220 DE MASI, Domenico. *Criatividade e grupos criativos*. Tradução de Lea Manzi e Yadyr Figueiredo Rio de Janeiro: Sextante, 2003, p. 47.

221 Op. Cit., p. 187-188.

222 Op. Cit., p. 191.

223 Op. Cit., p. 192.

das águas por onde correm as reflexões da presente obra”.²²⁴ Em seguida, lista trezentas e trinta e três obras consultadas. O manancial de suas idéias, portanto, foi formado a partir da colaboração intelectual de diversos autores nacionais e estrangeiros.

No romance “O Carteiro e o Poeta”, de Antonio Skármeta, Pablo Neruda, o poeta, reclama com Mario Jiménez, o carteiro, por este ter plagiado versos de sua autoria, utilizando-os para conquistar a jovem Beatriz González. Ouve, então, a seguinte resposta: “A poesia não é de quem escreve, mas de quem usa!” Neruda, com discernimento, rechaça com ternura o extremismo levantado pelo humilde-amigo-plagiário: “Alegra-me muito uma frase tão democrática, mas não levemos a democracia ao extremo de submeter a uma votação dentro da família para saber quem é o pai”.²²⁵ Em outras palavras, o poeta não descarta a existência de autoria individual.

Filósofos antigos diziam: *bonum est diffusivum sui* (o bom tende a difundir-se).²²⁶ As obras intangíveis têm essa vocação cosmopolita, transnacional. O poeta Thiago de Mello, mostrando despreendimento, proclama: “O que eu escrevi já caiu na vida, não me pertence”. O capitalismo global, contudo, refuta com unhas e dentes essa generosa tese.

O domínio público permite maior facilidade na difusão da cultura.

224 FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 333.

225 SHÁRMETA, Antonio. *O carteiro e o poeta*. Tradução de Beatriz Sidou. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 1996, p. 65.

226 HAMMES, Bruno Jorge. Op. Cit., p. 90.

Se o autor “bebe” do acervo cultural da humanidade, não há razão para que obras intelectuais se tornem, *ad eternum*, propriedade privada. Existe uma razoabilidade inelutável na ideologia aqui defendida. A tendência norte-americana de proteção perpétua, portanto, merece cuidadoso rechaço dos autoralistas. A restrição temporal é uma irradiação da funcionalização da propriedade intelectual e, portanto, há de ser mantida.

4.3 Domínio público remunerado: incentivo ou empecilho à cultura?

A LDA-73 previa, no parágrafo único de seu art. 93, o domínio público remunerado ou pagante. Esse dispositivo foi revogado pela Lei nº 7.123, de 12 de setembro de 1983. A “remuneração” era uma taxa específica paga ao Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA). Logo foi contestada por representar uma espécie de tributo ou imposto. O domínio público remunerado teve vida curta, de menos de 10 anos. Assim dizia o revogado artigo:

Art. 93. A utilização, por qualquer forma ou processo que não seja livre, das obras intelectuais pertencentes ao domínio público depende de autorização do Conselho Nacional de Direito Autoral.

Parágrafo único. Se a utilização visar ao lucro, deverá ser recolhida ao Conselho Nacional de Direito Autoral importância correspondente a cinquenta por cento da que caberia ao autor da obra, salvo se se destinar a fins didáticos, caso em que essa percentagem se reduzirá a dez por cento.

José de Oliveira Ascensão tece críticas ao sistema de domínio público remunerado:

Por este sistema, a utilização destas obras continua a estar sujeita ao pagamento de uma remuneração. Como por definição não há direito de autor, essa remuneração só pode ter a natureza do imposto. Lança-o o Estado, embora não o confessando como tal, ansioso por explorar este filão. Autojustifica-se normalmente pela proteção da cultura. Suporíamos que a cultura deveria ser destino e não fonte das receitas do Estado.²²⁷

A LDA-98 não previu novamente o domínio público remunerado. Carlos Alberto Bittar era favorável à restauração do instituto.²²⁸ Bruno Jorge Hammes, porém, com o discernimento de sempre, afirma que o legislador andou bem ao não repetir a fórmula da LDA-73.²²⁹

Em suma, com base na funcionalização da propriedade intelectual, deve ser rechaçado o sistema de domínio público remunerado. O Estado já possui outros meios de arrecadação. É preciso impor limites à sua sede desmedida de tributar. É exagerado intervencionismo ter de pedir sua autorização para utilizar obras intelectuais caídas em domínio público.

227 Op. Cit., 355-356.

228 BITTAR, Carlos Alberto. *Reflexões sobre Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Fundação Biblioteca Nacional, Dep. Nacional do Livro, p. 204.

229 HAMMES, Bruno Jorge. Ob. Cit., p. 131.

5. CONFLITOS ENTRE INTERESSES PÚBLICO E PRIVADO NA ERA DAS NOVAS TECNOLOGIAS

5.1 A problemática da reprografia

Infelizmente, a maioria da população brasileira não tem hábito de leitura. Os dados são alarmantes. Em face da escassez de livrarias, bibliotecas públicas e privadas, e, principalmente, da crise econômica que massacra grande parte do público alfabetizado brasileiro, a reprografia tem sido utilizada indiscriminadamente em todo o país.

O escritor João Ubaldo Ribeiro adverte com precisão: “Fala-se o tempo todo em exclusão digital, essa calamidade que nos aflige. Vamos combatê-la, sim. Mas vamos ter a certeza de que, na hora de usar o computador, o recém-incluído conheça as letras do teclado”.²³⁰

Em se tratando da cópia de livros, pela antiga LDA-73, em seu art. 49, II, não constituía ofensa aos direitos do autor a reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, sem intuito de lucro.

Era notória, no dispositivo legal revogado, a existência de razoabilidade. A reprodução integral de um livro, desde que fosse feita uma só cópia, e sem o intuito de lucro, não era considerada ilegal.

230 RIBEIRO, João Ubaldo. *A exclusão bibliográfica*. A TARDE, Salvador, p. 7, 30 de maio de 2004.

Pela LDA-98, contudo, a reprodução integral passou a ser proibida, só sendo permitida a cópia de “pequenos trechos”. Segundo o atual art. 46, II, 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”.

Pode-se dizer que este dispositivo da lei autoral já nasceu “letra morta”. Não possui exequibilidade. O seu efeito é abominável, pois gera descrédito e cinismo.

O que, precisamente, constitui “pequeno trecho” de uma obra? Apenas um capítulo? Um número determinado de páginas? E se forem extraídas várias cópias sucessivas de “pequenos trechos”, mas tiradas uma de cada vez? E a cópia da cópia como está disciplinada? E mais: como fica a problemática situação dos livros esgotados, fora de catálogo? A esse respeito, vale registrar a ponderada crítica feita por Eliane Y. Abrão:

A lei 9.610/98 não distingue entre livros postos à disposição do público e os retirados de circulação. Livros, discos ou obras de qualquer natureza, de grande valor histórico, cultural e científico são, muitas vezes, encontrados apenas em distantes bibliotecas públicas ou acervos particulares. Essa carência na disponibilização da obra é prejudicial ao desenvolvimento das artes, ciência e cultura, que é o objetivo declarado dos direitos de autor. Entretanto, solução normativa para isso não existe, necessitando esforços dos legisladores no encontro de uma fórmula satisfatória, que garanta maior acesso do público à obra, sem prejuízo de seus titulares.²³¹

231 ABRÃO, Eliane Yachouch. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 148-149.

Bruno Jorge Hammes também tece críticas à timidez da LDA-98 em matéria de limitações:

Um ponto que nossa legislação deixa a desejar é o referente às limitações em favor do ensino. É verdade que não são os autores que devem custear a educação do povo. A responsabilidade é do Estado e da família. O acesso à cultura é um direito de todo cidadão. E este direito do cidadão justifica algumas limitações ao direito do autor. [...] Outros países permitem alguma coisa a mais quando se trata das necessidades do ensino. Assim, a Alemanha admite que nas escolas se façam até sete cópias para fins didáticos.²³²

É certo dizer que o livro fotocopiado é, quase sempre, fugaz, pragmático, descartável. Depois de usado, não vai para a biblioteca pública ou pessoal, mas, em pouco tempo, vira entulho, não servindo a novas gerações. E ainda torna os livros mais caros, desrespeita os direitos autorais e faz o país perder na arrecadação de impostos.

Por outro lado, não é exagero afirmar que a LDA-98 brinca com a realidade social do país. Ironiza a situação caótica de milhares de alunos e professores brasileiros, desprovidos de recursos financeiros e sem acesso a bibliotecas de qualidade. É muito mais fácil e cômodo legislar proibindo fotocópias do que valorizar e incentivar uma grande rede de bibliotecas públicas. A LDA-98 reflete as aspirações da indústria editorial.

Mais uma vez, aqui se encontra o conflito entre os interesses público e privados. É injusto que donos de máquinas de

232 Op. Cit., p. 110.

reprografia lucrem às custas de editoras e criadores intelectuais. O autor não pode sofrer sozinho a expansão cultural. Deve haver uma conciliação, um equilíbrio entre esses dois interesses conflitantes. É injusta a concepção de que deve existir somente o sacrifício dos autores para se obter a difusão cultural. É injusto que somente o criador intelectual sofra as conseqüências na fruição de suas obras e na conquista de sua função social. Nessa perspectiva equilibrada, Bruno Jorge Hammes pontifica:

Se em virtude do direito de acesso à cultura e aos livros, do pouco poder aquisitivo dos estudantes e do orçamento reduzido das universidades, os vendedores de aparelhos de xerox os dessem gratuitamente às bibliotecas ou aos estudantes, os autores também poderiam começar a pensar se podem abrir mão dos seus direitos de autor.²³³

Não é certo, pois, que haja somente sacrifício dos autores para a obtenção do desenvolvimento cultural da coletividade. Todos têm direito à cultura. E esta tem um preço. É necessário, pois, que haja uma conciliação de interesses públicos e privados, que implicará, de um lado, na percepção pelos autores dos direitos patrimoniais, e, de outro, na possibilidade de desenvolvimento cultural do país.

Como é nas universidades onde existe a maior concentração de cópias ilegais, a Associação Brasileira de Direitos Reprográficos (ABDR) vem propondo convênios com os centros acadêmicos para que sejam recolhidos direitos autorais sobre as cópias de

233 Ob. Cit., p. 115.

livros feitas por “xeroqueiros”. A ABDR estipulou que “pequeno trecho” é, no máximo, 10% ou 15% de um livro. Contudo, não se tem conhecimento da adoção de medidas concretas e eficazes pelas escolas e universidades brasileiras, objetivando limitar o uso da reprografia. A cópia de livros, portanto, continua sendo prática bastante comum.

Por outro lado, exemplo inovador, que merece ser citado, é o *OpenCourseWare* do Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT), nos Estados Unidos, que disponibiliza na Internet (<http://ocw.mit.edu>), gratuitamente, desde setembro de 2003, materiais didáticos de centenas de disciplinas, incluindo bibliografias, conferências, vídeos, testes e trabalhos do corpo discente, democratizando o acesso à informação. O ideal de compartilhamento do MIT OCW exige apenas que a utilização do acervo disponível não seja comercial e também que o usuário dê o devido crédito aos autores das obras publicadas. Não se trata de mais um curso à distância. O modelo não substitui, portanto, o imprescindível contato dos professores em sala de aula. Mas, sem dúvida, representa uma flexibilização na rigidez sufocante do sistema autoral, inaugurando uma promissora forma de disseminação do conhecimento.²³⁴

Vale mencionar que a obra *Free Culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, do autoralista Lawrence Lessig, professor de Direito da Universidade de Stanford, pode ser baixada gratuitamente na

234 O site www.universiabrasil.net/mit disponibiliza, gratuitamente, em português e espanhol, parte do material publicado no MIT OCW.

rede mundial de computadores (www.free-culture.cc). Isso não inviabilizou a venda da obra materializada em livrarias de diversos países. A disponibilização gratuita na Internet, portanto, não substitui a venda do livro impresso.

5.2 Os fenômenos MP3 e P2P

Pesquisa divulgada, em julho de 2004, pela CacheLogic (www.cachelogic.com), conceituada empresa de tecnologia de Cambridge, Inglaterra, garante que 3 bilhões de músicas e 5 milhões de vídeos e filmes são baixados diariamente pela Internet.²³⁵ O número de *downloads*, sem dúvida, é preocupante.

John Perry Barlow, no seu célebre ensaio “The Economy of Ideas”, indaga sobre o futuro da propriedade digitalizada: “Se nossa propriedade pode ser infinitamente reproduzida e instantaneamente distribuída por todo o planeta sem custo, sem nosso conhecimento, como podemos protegê-la?”²³⁶ Eis um dos maiores desafios do Direito Autoral neste século XXI.

A sigla MP3, contração de MPEG-1 *Layer 3*, representa um formato comprimido do arquivo de música de CD em cerca de um décimo do seu tamanho original e sem perda perceptível da

235 BADÔ, Fernando. *Superbalada do download*. Folha de S. Paulo, São Paulo, p. F1, 21 de julho de 2004.

236 BARLOW, John Perry. *The Economy of Ideas: a Framework for Patterns and Copyrights in the Digital Age*. Disponível em: <<http://www.eff.org/cafe/barlow.html>>. Acesso em: 24 ago. 2004.

qualidade de áudio. Os arquivos “.mp3” possibilitam que o download e a transmissão pela rede sejam mais rápidos do que se não houvesse compressão.

Criado o formato MP3, faltava facilitar a busca de arquivos. Nessa intenção, um jovem norte-americano de 18 anos, chamado Shawn Fanning, em 1998, abandonou a faculdade de Ciências da Computação da Universidade de Northeastern, em Boston, para se dedicar a uma idéia brilhante: a criação do *Napster*, apelido de Shawn Fanning por causa do seu cabelo desajeitado (*nappy*, em inglês, significa amarrotado).²³⁷ O programa P2P (*peer-to-peer*), que significa ponto a ponto, inaugurou uma nova maneira de troca de arquivos – entre os próprios usuários –, viabilizando uma computação descentralizada, diretamente entre pares.

O troca-troca ganhou, rapidamente, gigantescas proporções. Sérgio Teixeira Jr., jornalista e editor de tecnologia da revista Exame, dimensiona essa velocidade: “O rádio levou 38 anos para atingir uma audiência de 50 milhões de pessoas; a TV aberta, 16 anos; a TV por assinatura, 10; a Web, 5. O Napster? Pouco mais de um ano e meio”.²³⁸

A primeira versão do programa ficou pronta em junho de 1999 e agitou a rede mundial de computadores. Mas teve duração curta, em face da vitória judicial da indústria fonográfica.

237 TEIXEIRA JR. Sérgio. *MP3: A Revolução da Música Digital*. Coleção Para Saber Mais. Super Interessante. São Paulo: Abril, 2002, p. 49.

238 Idem, p. 51.

O surgimento do MP3 pode ser considerado semelhante ao início da era do rádio. Com o surgimento das primeiras emisoras, muitos achavam que rádio era uma “terra sem lei”. “Foi um deslumbramento geral até que os músicos perceberam que não ganhavam nada com aquela divulgação. Daí, surgiram as associações que passaram a cobrar uma remuneração pela execução pública das obras e ratear entre eles”, assevera com otimismo o consagrado autoralista e compositor José Carlos Costa Netto.²³⁹

É inegável que o fenômeno MP3 vem abalando os cofres milionários das poderosas indústrias fonográficas e cinematográficas, que lutam, juntamente com juristas e especialistas em informática, por uma solução eficaz. Busca-se um controle eficiente sobre a Internet. As discussões estão sendo traçadas em nível internacional, visto que o poderoso mundo cibernético consegue derrubar as fronteiras dos países.

Por outro lado, há quem sustente que o MP3 vem provocando na indústria fonográfica o mesmo efeito que a Internet, alguns anos atrás, ocasionou na indústria de *software*. Mesmo com tanta pirataria, ela não queria que a rede mundial de computadores, com todos os seus *softwares* gratuitos, desaparecesse, porque estava fazendo com que as pessoas comprassem mais máquinas e, conseqüentemente, mais *softwares*. O fenômeno MP3 pode acabar tendo as mesmas conseqüências, estimulando o consumo de discos e músicas *on line*.

239 BARREIRA, Solange. Os piratas da música. *Galileu*, São Paulo, n. 94, p. 41-42, 1999.

Mesmo com o impacto econômico negativo do MP3, artistas vêm defendendo a sua utilização. Músicos independentes e novos talentos já possuem um mecanismo de divulgação de seus trabalhos. Isso, sem dúvida, é uma alternativa em face da ditadura musical imposta pelas grandes gravadoras. O clássico modelo centralizador, estruturado num único canal de emissão, encontra-se em xeque com os sistemas de compartilhamento de arquivos. A tecnologia digital permite uma mudança irreversível na noção unilateral de produção e distribuição de obras intelectuais. Cada usuário passa a ser, ao mesmo tempo, emissor e receptor, descentralizando, assim, o tradicional monopólio imposto, há séculos, pelas chamadas indústrias culturais. A rede *peer-to-peer* redimensiona a centralizadora cadeia de produção musical da indústria fonográfica, suprimindo a mediação.

Como já dito, a digitalização gera um barateamento na circulação de músicas, obrigando novo olhar sobre o papel do Direito Autoral, que, em suas primeiras leis, era justificado exatamente pelos custos da materialização do suporte. Como ressalta John Perry Barlow, *"the bottle was protected, no the wine"*, ou seja, a garrafa era protegida, não o vinho. Música digital é vinho. A indústria fonográfica, a partir do fenômeno MP3, ainda que com certo atraso, inicia a vendagem de vinho (música) sem garrafa (suporte físico). Em suma, a desmaterialização das obras intelectuais impõe uma profunda releitura do Direito Autoral.

5.3 Software Livre versus Software Proprietário

Seria negligência, no mínimo, escrever sobre função social da propriedade intelectual sem destacar o movimento do *Software* Livre, que traduz anseios contrários ao regime de individualismo e monopólio predominante na hodierna Sociedade da Informação.

Mais de 90% dos computadores pessoais (PCs) do planeta contêm o sistema operacional *Windows*, além do pacote para escritório *Office*. Tais programas pertencem à poderosa Microsoft Corporation, fundada pelo então jovem William Henry Gates III, o hoje multimilionário Bill Gates. Essa megacorporação norte-americana, em face do exercício de monopólio transnacional, foi condenada, em março de 2004, pela União Européia, em elevada multa de 497 milhões de euros²⁴⁰, correspondentes a 613 milhões de dólares.

A presente monografia, por exemplo, foi redigida no processador de textos *Word*, que faz parte do *Office*. O *caput* do art. 5º do edital deste nobre Concurso de Monografias, que ora se concorre, exige, expressamente, a utilização exclusiva desse *software* proprietário. O autor deste estudo sobre Direito Autoral é mais um refém do poderio microsoftiano. A exigência do edital, portanto, não lhe trouxe qualquer transtorno. O confesso e excessivo condicionamento, porém, não significa voluntária fidelidade, mas aprisionamento indesejado ao modelo hegemônico estadunidense.

240 *Europa condena "monopólio" da Microsoft*. Folha de S. Paulo, São Paulo, p. B11, 25 de março de 2004.

É mister afirmar que o atual governo do Brasil está reagindo a esse monopólio. Através da implementação de políticas públicas de inclusão digital, vem dando preferência ao *software* não-proprietário. Vários setores do Poder Público, incluindo o Ministério da Cultura, já iniciaram a migração para o *software* livre. Em 2004, por exemplo, o *software* de declaração de imposto de renda já rodou em GNU/Linux, deixando de ser restrito a usuários de Windows. Outras bem sucedidas ações de inclusão digital podem ser citadas: a experiência do Rio Grande do Sul – onde o Banco do Estado do Rio Grande do Sul (Banrisul) foi o pioneiro do mundo no setor bancário a utilizar o GNU/Linux nos seus terminais de auto-atendimento – e a da cidade de São Paulo, com os mais de cem Telecentros Comunitários, que já permitem comunidades periféricas terem acesso a cursos de computação e à rede mundial de computadores.

A opção pelo *software* livre, além de garantir drástica economia para os cofres públicos, estimula o desenvolvimento tecnológico no país. Além da importante questão econômica de redução de custos, cria-se fomento para as indústrias nacionais saírem da insustentável tecnod dependência. Com o *software* livre, o usuário deixa de ser mero “apertador braçal de teclas”, adquirindo formação digital básica, cada vez mais imprescindível no mercado de trabalho.

O movimento do *software* livre representa, nas precisas palavras do antropólogo Hermano Vianna, “uma questão de libertação nacional”.²⁴¹ Segundo Sérgio Amadeu da Silveira, sociólogo e

241 VIANA, Hermano. In: *Software livre e inclusão digital*. São Paulo: Conrad Editora do Brasil, 2003, p. 11.

diretor-presidente do Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI), autarquia federal vinculada à Casa Civil da Presidência da República, “é a maior expressão da imaginação dissidente de uma sociedade que busca mais do que a sua mercantilização”.²⁴²

A campanha pelo *Software* Livre no Brasil já incomoda os interesses da Microsoft. Em junho de 2004, a multinacional interpelou judicialmente Sérgio Amadeu da Silveira, alegando ter sido vítima de difamação. A empresa considerou “absurdas, agressivas e delituosas” as declarações do diretor-presidente do ITI, na matéria jornalística “O Pingüim Avança”, publicada pela revista Carta Capital, edição de 17 de março de 2004. Ele afirmou que a empresa norte-americana, ao oferecer gratuitamente *software* a governos, adota a “prática de traficante”, usando “a estratégia do medo, da incerteza e da dúvida”, conhecida por especialistas como FUD, que significa junção de três palavras: *fear, uncertainty and doubt* (medo, incerteza e dúvida).²⁴³ Após a citação, em nota oficial à imprensa, Sérgio Amadeu foi enfático: “a provocação judicial movida contra minha pessoa é, por si só, tão inusitada e descabida, que não merece resposta”. Concluiu a nota dizendo que “o futuro é livre”²⁴⁴, não prestando esclarecimentos formais dentro do prazo de lei. Em apenas três

242 SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Software livre e inclusão digital*. São Paulo: Conrad Editora do Brasil, 2003, p. 36.

243 MARQUES, Marineide. *O pingüim avança*. Revista Carta Capital, n. 282, p. 40, 17 de março de 2004.

244 Disponível em: <<http://www.iti.br/twiki/bin/view/Main/PressRelease-2004Jun17A>>. Acesso em: 24 ago. 2004.

semanas, mais dez mil pessoas assinaram um abaixo-assinado em solidariedade, numa clara demonstração de que o movimento libertário ganha força. Fazendo irônica analogia com o regime colaborativo em que são construídos os *softwares* livres, o diretor-presidente do ITI afirmou: “Não respondi na Justiça, mas até a minha defesa foi sendo feita em rede, com contribuições de militantes do *software* livre do mundo todo”.²⁴⁵ Sim, a forma compartilhada revelou-se também eficiente nesse episódio de reação. Voluntários internautas criaram coletivamente uma defesa contra a tentativa norte-americana de intimidar o governo brasileiro. A campanha, que teve logomarca e traduções para diversas línguas, foi assim denominada: “O Brasil tem direito de escolher”. Trata-se apenas de uma batalha vencida numa grande guerra não-sangrenta, de proporções internacionais e sem previsão para terminar.

O império contra-ataca, utilizando a estratégia de “doações”, “descontos” e “investimentos” para diversos governos. Como diz o velho brocardo popular: “quando a esmola é muita, o pobre desconfia”. Especialistas vêm alertando que as doações da Microsoft são, na verdade, “presentes de grego”. A falaciosa finalidade educacional e beneficente mascara intenções mercadológicas. O *software* gratuito da Microsoft – que não se confunde com *software* livre – esconde o incentivo à dependência em *software* proprietário. Não se trata de generosidade, mas de versão moderna do Cavalo de Tróia, que objetiva

245 Disponível em: <<http://softwarelivre.org/news/2687>>. Acesso em: 12 jul. 2004.

desmontar projetos de lei que prevêm o uso exclusivo de *software* livre no âmbito governamental, como ocorreu no célebre episódio ocorrido no Peru, após a proposta libertária do deputado Edgar Villanueva. A estratégia usada pela Microsoft naquele país é narrada pelo engenheiro Rubens Queiroz de Almeida, líder do movimento do *software* livre no Brasil, no seu excelente artigo “Presente de grego”:

O gerente-geral da Microsoft no Peru, Juan Alberto González, escreveu uma carta ao congressista alertando-o dos “perigos” e do “prejuízo” que o Peru iria sofrer com a adoção do *software* livre. O embaixador norte-americano em Lima, em carta ao Presidente [da República], expressou sua surpresa de que tal lei pudesse ter sido proposta. Bill Gates, pessoalmente, visitou o Peru e ofereceu seu presente, U\$ 550.000,00 em computadores com conexão à Internet.²⁴⁶

No Brasil, adormecem na Câmara Federal projetos de lei incentivando a adoção do *software* livre: 3.280/2004, 2.152/2003, 7.120/2002, 4.275/2001 e 2.269/1999. O Deputado Federal Walter Pinheiro (PT-BA), na justificção do seu projeto de nº 2.269/1999, destaca a importância que possui o Estado no fomento do *software* livre:

O Estado, como ente fomentador do desenvolvimento tecnológico e da democratização do acesso a novas tecnologias para a sociedade, não pode se furtar a sua responsabilidade de priorizar a utilização de programas abertos, os “free *software*/

246 ALMEIDA, Rubem Queiroz de. *Presente de grego*. Revista de Informação e Tecnologia da Unicamp, Linux 23, de março de 2003. Disponível em: <<http://www.revista.unicamp.br/navegacao/index3.html>>. Acesso em: 24 ago. 2004.

open source". E se as pequenas, médias e grandes empresas multinacionais já estão adotando programas abertos, evitando assim o pagamento de centenas de milhões de dólares em licenciamento de programas, por que deveria o Estado, com uma infinidade de causas sociais carentes de recursos, continuar comprando, e caro, os programas de mercado?²⁴⁷

5.3.1 O Direito Autoral incentiva ou obstrui o desenvolvimento de softwares?

Na seara dos programas de computador, as críticas feitas ao regime do *copyright* vêm ganhando enorme ressonância. Sem dúvida, quando se fala em *software*, cai por terra o tradicional discurso legitimador do Direito Autoral como a única (ou a melhor) forma de fomentar a criatividade. Tem-se visto que esse regime legal não representa a única nem tampouco a melhor forma de estímulo à inovação tecnológica.

Sérgio Amadeu da Silveira assinala que, enquanto o GNU/Linux conta com esforços de mais 400 mil programadores espalhados pelos cinco continentes e por mais de noventa países, a Microsoft possui cerca de 30 mil funcionários concentrados em sua sede em Seattle, nos Estados Unidos. O diretor-presidente do ITI destaca o potencial do regime colaborativo existente no ciberespaço:

Em breve, o desenvolvimento e a melhoria anual do GNU/Linux contará com 1 milhão de programadores. São estudantes, espe-

247 PINHEIRO, Walter. *Justificação do Projeto de Lei nº 2269/1999*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=17879>. Acesso em: 25 ago. 2004.

cialistas, amantes da computação, diletantes, gente à procura de fama, empresas em busca de lucro e profissionais de altíssimo nível, entre tantos outros. **Difícilmente uma empresa privada terá condições de acompanhar o ritmo de inovações incrementadas de uma rede tão variada e inteligente.**²⁴⁸ (grifo nosso).

Portanto, a conclusão que se chega é de que as leis autorais referentes a programas de computador constroem mais do que promovem o desenvolvimento de *software*. Obstruem mais do que incentivam. O objetivo do recrudescimento da legislação autoral, na verdade, é atender a interesses de grupos econômicos, e não fomentar o avanço da tecnologia.

O regime colaborativo do *software* livre, que agrega valores e unifica esforços de programadores espalhados pelo mundo inteiro, mostra-se mais estimulante do que a rigidez legal do *software* proprietário, que, por não permitir acesso ao código-fonte, inviabiliza o aperfeiçoamento de programas. O regime aberto e colaborativo incentiva mais a criatividade do que o regime fechado e monopolista do *copyright*. Enquanto a tarefa de melhoria do *software* livre é distribuída entre colaboradores do mundo inteiro, o *software* proprietário centraliza (e restringe) esse papel, contando apenas com as cabeças pensantes do quadro funcional da empresa. O potencial de inovação da inteligência coletiva é, indiscutivelmente, superior. Os inúmeros usuários, tendo acesso ao código-fonte, participam do constante aprimoramento, corrigindo erros de programação (*bugs*), formulando e distribuindo gratuitamente novas e atualizadas versões.

248 SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Software livre e inclusão digital*. São Paulo: Conrad Editora do Brasil, 2003, p. 37.

O hacker norte-americano Eric Raymond utiliza excelente imagem, denominando o modelo colaborativo e horizontal de “Bazar”, e o modelo proprietário e hierarquizado de “Catedral”. Segundo ele, o primeiro modelo é mais eficiente que o segundo, pois aglutina a colaboração criativa de milhares de pessoas do mundo inteiro. O compartilhamento do conhecimento tecnológico funciona melhor no modelo descentralizado “Bazar”.

O pensador francês Pierre Lévy traz excelente imagem para a inteligência coletiva: “cada um dentre nós se torna uma espécie de um neurônio de um megacérebro planetário”.²⁴⁹ O ciberespaço permite que saberes individuais sejam colocados numa gigantesca sinergia desterritorializada, inaugurando um processo colaborativo como nunca se viu na história da humanidade.

André Lemos, com propriedade, afirma que a cultura gutenberguiana do impresso, individualista, vem cedendo lugar à cibercultura, descentralizada e retribalizante:

Os computadores em rede parecem ir na direção oposta àquela da cultura do impresso, estando mais próximos do tribalismo anterior à escrita e à imprensa. Podemos dizer que a dinâmica social atual do ciberespaço nada mais é que esse desejo de conexão se realizando de forma planetária. Ele é a transformação do PC (*Personal Computer*), o computador individual, desconectado, austero, feito para um individualismo racional e objetivo, em um CC (Computador Coletivo), os computadores em rede. Assim, a conjunção de uma tecnologia retribalizante (o ciberespaço) com a sociedade contemporânea vai produzir a cibercultura profetizada por McLuhan. Parece que a homo-

249 LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. 2. ed. Trad.: Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 2000, p. 131.

geneidade e o individualismo da cultura do impresso cede, pouco a pouco, lugar à conectividade e à retribalização da sociedade.²⁵⁰

O *software* livre é baseado na ideologia do “*copyleft*”, denominação surgida de um trocadilho feito por Don Hopkins, numa carta enviada ao amigo Richard Stallman na década de oitenta: “Copyleft – All Rights Reversed” [Copyleft – Todos os direitos reversos]. A expressão foi utilizada por Stallman para batizar o novo conceito de distribuição de *softwares*. Para ele, os programas deveriam ser livres. Então, criou a licença Pública GNU. O *free* não quer dizer “grátis”, mas sim “livre”. Ou seja, não é proibido cobrar pelo *software*, mas são livres o uso, a cópia, a modificação e a redistribuição de uma versão melhorada. Essas são as quatro liberdades que caracterizam o *software* livre: usar, copiar, modificar e redistribuir.

A forma colaborativa comprova que o dinheiro não consiste no único (ou mais eficaz) instrumento de estímulo à criação intelectual. O fenômeno GNU/Linux consiste em exemplo concreto e inédito que põe em xeque o tradicional discurso de que, na área de *software*, a remuneração é a única (ou a melhor) forma de fomentar a criatividade.

Copyleft não é utopia. Já é realidade. E obriga autoristas de todo o mundo a uma releitura do já vetusto discurso da propriedade intelectual como o único (ou o melhor) incentivo à difusão

250 LEMOS, André. *Cibercultura, tecnologia e vida social na cultura contemporânea*. Porto Alegre: Sulina, 2002, p. 76.

cultural e tecnológica. A enciclopédia livre “Wikipedia” (www.wikipedia.com) é mais um exemplo eficiente de trabalho coletivo, assim como o Creative Commons (www.creativecommons.org), que, a seguir, será analisado.

5.4 A licença pública Creative Commons

O *Creative Commons* (www.creativecommons.org), adaptação do ideal do *software* livre para a seara cultural, vem sendo fomentado pelo Estado brasileiro. O atual Ministro Gilberto Gil considera positiva tal flexibilização e, metaforicamente, vem chamando-a de “reforma agrária da propriedade intelectual”.²⁵¹ O modelo exige apenas que a utilização das obras disponibilizadas não tenha fins lucrativos e que os autores sejam devidamente citados. A Licença Pública *Creative Commons* flexibiliza a tradicional expressão “todos os direitos reservados” para “alguns direitos reservados”.

Nessa ótica libertária, a Internet viabiliza democrático assentamento virtual para milhões de brasileiros sem acesso à cultura. Esse promissor Movimento, ainda por muitos despercebido, cresce em escala mundial. Sem foices, sem ocupamentos alardeados pela mídia e sem organização hierárquica.

A Internet propicia maior acesso à cultura. Lawrence Lessig, um dos idealizadores do *Creative Commons*, critica o exacerbado controle sofrido, nos tempos atuais, pela cultura:

251 ASSIS, Diego. “Reforma agrária” no direito autoral. Folha de S. Paulo, São Paulo, p. E1, 03 de julho de 2004.

Devemos pensar cultura livre como expressão livre, mercado livre ou sociedade livre. Não significa que não haja propriedade, mas que os limites da propriedade estejam balanceados por valores importantes de acesso e democratização de conteúdo. É um ideal que a maioria das sociedades livres respeita. Os Estados Unidos certamente respeitaram por muito tempo, mas acho que perdemos isso recentemente.²⁵²

É bom que se alerte: o *Creative Commons* não é uma panacéia para todos os males. Não representa um admirável mundo novo. Longe disso. Trata-se apenas de um projeto de flexibilização do regime autoral, um modelo que viabiliza a difusão da cultura na rede mundial de computadores. Deve, portanto, ser conjugado com outras medidas de política pública. Nesse sentido, o compositor Livio Tragtenberg critica o alarde gerado com o *Creative Commons*, tachando a política do Ministério da Cultura de “desconversa”, “tangenciamento da questão estrutural”. Segundo ele, o ponto fulcral da discussão deve ser o “latifúndio das telecomunicações”, dominado por grupos políticos e religiosos.²⁵³

Gilberto Gil, com discernimento, defende-se da acusação de demagogia: “O *Creative Commons* não é a solução de tudo, mas é importante, e a atitude do Ministério não tem nada de demagógica. Com esse modelo, esperamos levar outros artistas a disponibilizar suas obras e estimular as empresas a negociar.”²⁵⁴

252 ASSIS, Diego. Para Lessig, “esperança está no Brasil”. Folha de São Paulo, São Paulo, p. E5, 03 de junho de 2004.

253 TRAGTENBERG, Livio. *Novas idéias do MinC parecem desconversas sobre o problema*. Folha de S. Paulo, São Paulo, p. E7, 05 de junho de 2004.

254 SOUZA, Ana Paula. *Guerra do download*. Carta Capital. 09 de junho de 2004, p. 56.

Gil, ao tentar disponibilizar, gratuitamente, canções de sua autoria, foi proibido pela gravadora Warner. Conseguiu apenas que a sua obra *Oslodum* tornasse acessível.²⁵⁵ Tal veto comprova a insuficiência do *Creative Commons* para uma ampla e desejável democratização do acesso à cultura.

A Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes (AMAR-Sombrás), ao pôr em xeque o projeto de flexibilização do *Creative Commons*, chamando-o de “falaciosa modernidade”, tece pertinente questionamento: “Por que a ‘reforma agrária autoral’ e a ‘flexibilização’ proposta devem ser feitas apenas com a restrição dos direitos dos autores? A grande indústria vai flexibilizar seus custos também?”²⁵⁶

Pelo que se tem visto, não. Ao invés de flexibilizar, o que ela tem feito é, cada vez mais, enrijecer. Dois exemplos servem para confirmar o desinteresse das megacorporações em matéria de flexibilização. As indústrias fonográfica e cinematográfica vêm investindo milhões em sistemas anticópias de CDs e DVDs, inviabilizando, até mesmo, a cópia privada para uso pessoal, sem intuito de lucro. Ao mesmo tempo em que investem nessa tecnologia anticópia, alegam que é inviável a numeração de exemplares de obras intelectuais, luta histórica da classe autoral brasileira. Nesse sentido, vale a pena transcrever a balizada preleção de José Carlos Costa Netto:

255 Idem, p. 56.

256 Editorial. *Jornal da AMAR*, Rio de Janeiro, p. 77, junho, julho e agosto de 2004.

Embora constasse do projeto que resultou na lei de 1973 a obrigatoriedade da numeração dos exemplares que reproduzissem fonogramas (discos e fitas) – o artigo 83, baseado na emenda 229, do senador Franco Montoro –, foi o dispositivo vetado. Foi, aliás, o único dispositivo legal – de uma lei de 134 artigos, aprovada pelo Congresso Nacional – que recebeu o veto do Executivo.²⁵⁷

5.4.1 Função social do contrato

Segundo a referida AMAR-Sombrás, a cessão dos direitos patrimoniais constitui “o nó do problema” autoral no país.²⁵⁸ Nesse viés, defende que “não é a lei que imobiliza e, sim, os contratos assinados”. O saudoso Antônio Chaves, comentando a LDA-73, afirmou que a cessão constitui “o problema dos problemas do direito de autor”.²⁵⁹ Não é justo que criadores intelectuais, por causa de uma cessão definitiva, não participem do sucesso econômico de suas obras.

De fato, não basta flexibilizar as limitações aos direitos de autor. É preciso, também, enfrentar o princípio da função social do contrato, previsto no art. 421 do Código Civil de 2002: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Segundo tal princípio, que adquire vital

257 COSTA NETTO, José Carlos. Que venha a numeração. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, p. A3, 29 de junho de 2002.

258 A cessão, eis a questão. *Jornal da AMAR*, Rio de Janeiro, p. 78, junho, julho e agosto de 2004.

259 CHAVES, Antônio. *Nova lei brasileira de direito de autor*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1975, p. 40.

importância na seara autoral, os negócios contratuais não interessam somente às partes contratantes, mas a toda sociedade. O contrato, ao produzir efeitos externos, ou seja, ao repercutir na esfera de terceiros, ofenderá a função social se prejudicar interesses da coletividade. Quem contrata não avença somente com quem pactua.²⁶⁰

Os contratos ligados ao Direito Autoral, pois, devem sofrer maior ingerência do Estado. As limitações previstas nos arts. 49, 50 e 51 da LDA-98 são ainda insuficientes, pois não proíbem a cessão definitiva.

Além do enorme desequilíbrio econômico gerado pela possibilidade da cessão definitiva, existe um problema de ordem socio-cultural: ofensa aos interesses da coletividade de acesso à cultura. Produtores fonográficos, cessionários e, geralmente, proprietários da chamada *fit master*, tempos depois do lançamento do fonograma, não o disponibilizam em seu catálogo de vendas, sem razão justificável. Esse uso abusivo do direito de propriedade enclausura a história de diversos artistas, causando abomináveis ostracismos, enterrando injustamente boa parte da história criativa do povo brasileiro. Sem dúvida, há ofensa à função social da propriedade intelectual. Sérgio Teixeira Júnior traz dados alarmantes, afirmando que mais de 80% do repertório musical brasileiro encontra-se fora de catálogo e, portanto, indisponível para a coletividade. *In verbis*:

260 FACHIN, Luiz Edson. Ob. Cit., p. 211.

Apenas 20% dos catálogos das grandes gravadoras estão disponíveis nas lojas. No Brasil, esse número é dramaticamente inferior – os grandes varejistas, que dominam mais da metade das vendas, só oferecem os mais recentes sucessos dos artistas populares. A imensa maioria da música popular está fora do catálogo, à espera de um eventual (e, muitas vezes, improvável) relançamento. À maioria dos artistas não resta outra saída além da resignação.²⁶¹

Nesses casos, é perfeitamente plausível a tese da desapropriação de fonogramas. A Internet poderá ser utilizada para a disponibilização desse vasto e criativo “latifúndio” cultural. A indústria fonográfica ofende a função social ao inviabilizar o acesso da coletividade à cultura, direito previsto no art. 215 da Constituição Federal.

Em suma, o *Creative Commons* representa uma alternativa que elimina intermediários, descentralizando o fechado regime autoral e possibilitando uma nova maneira de se produzir cultura. Por meio de uma licença pública, diversos autores já podem permitir a livre circulação de obras no ciberespaço. Não é a solução mágica para a democratização, apenas um passo inicial.

261 Op. Cit., p. 69.

6. PROJETO GENOMA HUMANO E A FUNÇÃO SOCIAL DAS PATENTES

Direito Autoral e Direito Industrial não devem mais ser tratados de maneira separada, apesar da existência de leis e convenções específicas. O sempre lembrado Bruno Jorge Hammes critica o ranço ainda existente no tratamento dicotômico da matéria, propondo uma concepção unitária: *Direito da Propriedade Intelectual*.²⁶² Maristela Basso segue a mesma linha de pensamento do professor Hammes: “Parece-nos artificial e ultrapassado insistir na divisão dos direitos decorrentes da produção intelectual em âmbitos estanques do Direito, como se o oceano pudesse ser dividido.”²⁶³ Sendo assim, o presente capítulo guarda pertinência com o principal tema proposto. Os argumentos aqui defendidos ratificam e complementam os aspectos nucleares sobre a função social da propriedade intelectual na era das novas tecnologias.

O denominado Projeto Genoma Humano (PGH), empreendimento internacional, começou nos Estados Unidos, na década de noventa. Iniciou uma nova era, a denominada Era Genômica. Representou, sem dúvida, um marco histórico.

O mapeamento genético humano traz grandes promessas. Anuncia um admirável mundo novo, com, por exemplo, processos terapêuticos de alta precisão. A terapia genética

262 Op. Cit., p. 19.

263 BASSO, Maristela. *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 47.

promete um futuro promissor: prevenir, curar doenças e revolucionar a ciência médica. Pessoas predispostas a determinadas doenças, a exemplo do câncer, poderão ter um tratamento preventivo e personalizado. Médicos receitarão remédios individualizados, levando em conta o DNA do paciente, mitigando, assim, os efeitos colaterais do tratamento. Os avanços da genética pretendem extinguir o que, ainda hoje, muitos chamam de destino, sina, sorte. As doenças poderão ser previstas e a ciência conseguirá mudar a sua rota. Essas são as promessas. Com o extraordinário “Livro da Vida”, doenças hereditárias poderão ser previamente curadas. A humanidade será beneficiada pela evolução da ciência. Em geral, esse é o discurso utilizado no financiamento à pesquisa do PGH.

Por outro lado, o genoma, além dessas positivas promessas, traz também consigo iminentes e perigosos riscos. Mister vislumbrar possíveis conseqüências eticamente indesejáveis. Por exemplo: discriminação e violação à privacidade genética. Pessoas poderão ser discriminadas, inclusive no ambiente de emprego, antes mesmo de o seu defeito hereditário se revelar. Pode-se imaginar a exigência de testes genéticos predizentes na fase pré-contratual de uma relação empregatícia. Ou seja, bastará uma predisposição genética a doenças para haver um tratamento discriminatório. Empresas de seguro também poderão beneficiar-se ilícitamente, procurando saber quanto tempo de vida resta aos seus clientes. O genoma, portanto, inaugura novas possibilidades de preconceito. Retratado na obra cinematográfica *Gattaca*, de Andrew Niccol, o determinismo genético, que vem sendo rechaçado por importantes

estudiosos da Bioética, a exemplo de Fritjof Capra, será uma nova versão de intolerância.²⁶⁴

O genoma humano deverá estar livremente acessível para toda a humanidade? Ou, ao contrário, deverá ser objeto de proteção patentária, ainda quando não se saiba da existência de algum processo terapêutico a ele associado? Há divergências a esse propósito. A idéia de disponibilidade e gratuidade não atende aos interesses mercadológicos da iniciativa privada.

A lógica capitalista, que domina o sistema de propriedade intelectual, leva a afirmar que os interesses precípuos da indústria da biotecnologia não são terapêuticos. Não se buscam, em primeiro plano, a criação de novos medicamentos em benefício do progresso e do bem-estar da humanidade, e sim o lucro, sustentado pela patente, ou seja, pelo monopólio temporário na exploração econômica de genes humanos. O discurso da indústria biotecnológica, portanto, é despistador, pois, mitiga indiscreta e suntuosos interesses econômicos. Fritjof Capra preleciona nesse sentido:

As empresas de biotecnologia viram o desenvolvimento dessas terapias genéticas como uma tremenda oportunidade de negócios, mesmo que o sucesso terapêutico não passasse de uma promessa para o futuro longínquo, e começaram a promover agressivamente, através dos meios de comunicação, suas pesquisas em genética.²⁶⁵

264 CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas. Ciência para uma vida sustentável*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002, p. 179.

265 Op. Cit., p. 187.

A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, de novembro de 1997, em seu art. 1º, dispõe: “O genoma humano constitui a base da unidade fundamental de todos os membros da família humana bem como de sua inerente dignidade e diversidade. Num sentido simbólico, é o patrimônio da humanidade”. Tem função social.

Num sentido real e não meramente simbólico, os dados do genoma humano devem ser patrimônio da humanidade. Segundo pesquisadores de instituições financiadas com dinheiro público, a expressão “patrimônio da humanidade” deve ser assim interpretada. Em geral, pesquisadores financiados pela iniciativa privada, obviamente, pensam de modo contrário.

A referida Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, em seu artigo 4º, dispõe: “O genoma humano em seu estado natural não deve ser objeto de transações financeiras”. Esse é o denominado princípio da não lucratividade, segundo o qual o genoma humano, em seu estado natural, não pode ser objeto de comercialização.

A verdade nua e crua é que a ciência, assim como a arte, transformou-se em *business*, negócio lucrativo para poderosos grupos econômicos. “A própria vida tornou-se mercadoria”, afirma Fritjof Capra.²⁶⁶ O professor Fábio Konder Comparato critica, ferozmente, a lógica capitalista a serviço do lucro:

266 Op. Cit., p. 209.

O processo de concentração capitalista, aliás, já não tem por objeto materiais apenas, mas funda-se, crescentemente, no monopólio de conhecimentos tecnológicos. Ao final do século XX, os países industrializados detinham 97% do total das patentes registradas no mundo inteiro. Mais de 80% das patentes concedidas em países subdesenvolvidos têm como titulares empresas situadas em países desenvolvidos. [...]

Entre 1975 e 1997, das 1.233 fórmulas medicamentosas patenteadas no mundo, apenas 13, isto é, pouco mais de 1%, destinavam-se à cura de doenças tropicais, que ceifam anualmente 6 milhões de vidas no mundo.

Com a geral admissibilidade do patenteamento de genes, inclusive do homem, para exploração na indústria farmacêutica e utilização em tratamentos médicos, chegamos ao ponto culminante da insânia capitalista: instituiu-se a propriedade sobre as matrizes da vida.²⁶⁷

A doutrina afirma que duas são as finalidades do privilégio de exploração econômica gerado pela patente. Esse discurso legitimador será, mais adiante, posto em xeque.

De acordo com o discurso tradicional, a primeira finalidade da patente é fomentar a pesquisa científica, evitando o parasitismo que desestimula o progresso industrial. De acordo com o sempre lembrado professor de Direito da Propriedade Intelectual, da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Bruno Jorge Hammes, ainda não foi criado melhor sistema para o incentivo da ciência do que o de patentes. Ao mesmo tempo, o ilustre doutrinador expõe sua incerteza em relação ao futuro:

267 Op. Cit., p. 539-530.

Os países de economia dirigida (socialistas), que não admitem ou não admitiam um direito de propriedade sobre bens de produção, não conferem ao inventor um direito exclusivo sobre o invento. Ainda assim, querem proteger e estimular os inventores. Criaram o certificado de inventor. É um título honorífico que dá prestígio. Esse certificado vem acompanhado de uma série de regalias, como maior facilidade para conseguir moradia, facilidades para formação ulterior, viagens ao exterior, férias e outras vantagens. O certificado nunca conseguiu motivar o mundo ocidental e nem mesmo os países satélites da União Soviética.

A experiência de mais de um século tem mostrado que outras motivações são válidas, mas não tão convincentes como o direito exclusivo. Mostrou que os países que mais progridem tecnicamente são os que melhor protegem os seus inventores. **É um fato. Se vai continuar sendo, o futuro dirá.**²⁶⁸ (grifo nosso)

Os investimentos em pesquisas são altíssimos. No mundo capitalista, todo investimento espera lucro e mais lucro. A visão romântica de outrora, do inventor-gênio, alucado, que inventa sozinho (e não em equipe), sem qualquer financiamento, apenas com sua capacidade divino-inventiva, quase não mais subsiste na contemporaneidade. Não existe invenção sem pesquisa. E não existe pesquisa sem investimento (leia-se dinheiro).

É bastante questionável a seguinte frase da personagem Dona Benta, presente no célebre livro *"História das Invenções"*, de Monteiro Lobato, genial criador do Sítio do Pica-pau Amarelo: "O acaso tem sido o pai de tantas invenções que se eu fosse

268 Op. Cit., p. 282-283.

dona do mundo mandava erguer-lhe um monumento”.²⁶⁹ Tampouco existe, no mundo real, a “máquina de fazer invenções” imaginada pela personagem lobatiana Emília: “Vou inventar a máquina de fazer invenções. Bota-se a idéia dentro, vira-se a manivela e pronto – tem-se a invenção que se quer”.²⁷⁰ O progresso da ciência requer, cada vez mais, incentivo à pesquisa. O célebre personagem da Disney, o cientista-inventor Professor Pardal, criado em 1952, por Carl Barks, precisava do financiamento do milionário Tio Patinhas. Sem ele, não haveria produção industrial de suas curiosas invenções.

Pois bem, não deixando de lado a lógica do capital, por que motivo uma empresa investiria tanto dinheiro na pesquisa do genoma humano se o resultado obtido pudesse ser livremente copiado por empresas concorrentes, que nada investiram? A razão dos investimentos seria o “bem da humanidade”? A melhoria das condições de vida? O alívio do sofrimento? Ora, esse discurso não é veraz. Essa justificação ideológica é romântica. Não coaduna com a essência capitalista. Merece, portanto, cuidadoso rechaço.

Outra maliciosa falácia da biotecnologia, sustentada pelas empresas agroquímicas, refere-se ao argumento de que a engenharia genética aumentará a produção de alimentos e, conseqüentemente, reduzirá o número de famintos do mundo.²⁷¹ As causas da desnutrição e da fome em escala mundial são de

269 Op. Cit., p. 32.

270 Idem, p. 72.

271 CAPRA, Fritjof. *Ibid.*, p. 197.

ordem política: gigantescas desigualdades socioeconômicas. O motivo da fome, portanto, não é escassez da produção global de alimentos. Os interesses do agronegócio são fundamentalmente comerciais, e não humanitários. A intenção, em termos mais diretos, é ganhar dinheiro. E muito dinheiro.

A segunda finalidade da patente, de acordo com o discurso tradicional, é levar ao conhecimento de todos o que há de melhor em tecnologia. Estado e sociedade têm interesse em conhecer imediatamente o que foi inventado. Há um interesse público na disseminação do conhecimento. Em outras palavras, existe inegável função social.

6.1 Em xeque o discurso legitimador das patentes

Em síntese, o discurso legitimador da patente é fundamentado em duas finalidades: fomentar a pesquisa científica, evitando o parasitismo que desestimula o progresso industrial e levar ao conhecimento de todos o que há de melhor em tecnologias. Contudo, tais premissas são passíveis de profundos questionamentos.

Wiecko Volkmer de Castilho, professora da Universidade de Brasília e da Universidade Federal de Santa Catarina, fala sobre a predominância da lógica capitalista, que, ao invés de incentivar a pesquisa em prol da coletividade, vem servindo como desestímulo ao avanço da ciência:

A proteção intelectual que tem sido concedida à indústria no âmbito da biotecnologia começa a produzir **constrangimentos ao avanço da ciência**. No afã de prevenir competidores e de

assegurar lucros, crescem as restrições à livre circulação da informação científica e do fluxo de material genético, de materiais avançados ou de germoplasma originário de coleções básicas ou de trabalho. A privatização do conhecimento científico também vem produzindo mudanças no comportamento de pesquisadores e universidades, que se lançam a pesquisas que respondam às demandas comerciais do mercado, em detrimento das de interesses social ou ambiental, menos lucrativas.²⁷²

Ademais, os inventores não são os maiores beneficiados pelas invenções. Isso porque o art. 88 da LPI-96 afirma que a invenção realizada por empregado ou prestador de serviço pertence exclusivamente ao empregador. O §1º do art. 88 prevê: *“Salvo expressa disposição contratual em contrário, a retribuição pelo trabalho a que se refere este artigo limita-se ao salário ajustado”*. Destarte, a justificação ideológica de que a patente é um estímulo ao inventor não deixa de ser despistadora, não deixa de mascarar a realidade. O privilégio beneficia grupos empresariais, ou seja, o capital, em detrimento do trabalho de pesquisadores.

Diz-se também que Estado e sociedade têm interesses em conhecer imediatamente o que foi inventado e que a patente leva ao conhecimento de todos o que há de melhor em tecnologias. Wiecko Volkmer de Castilho, mais uma vez, desmistifica esse discurso, advertindo que, só na aparência, o sistema de patente constitui fonte de informação tecnológica. *In verbis*:

272 VOLKMER DE CASTILHO, Ela Wiecko. Patentes de Produtos de Origem Biológica. In: *Política de patentes em saúde humana*. PICARELLI, Márcia Flávia Santini; ARANHA, Márcio Iorio (Orgs.). São Paulo: Atlas, 2001, 81.

A regulamentação internacional acolhe o **princípio da proteção de informação confidencial**, segundo o qual qualquer pessoa física ou jurídica tem a possibilidade de pleiteá-la, a fim de evitar que informações legalmente sob seu controle sejam divulgadas, adquiridas ou usadas por terceiros, sem seu consentimento, de maneira contrária às práticas comerciais honestas [grifo nosso]²⁷³.

Na prática, pois, não raro, a disseminação de tecnologia fica inviabilizada, frustrando a respectiva função social. A patente vem contribuindo para a estagnação da pesquisa científica, quando deveria servir para o seu estímulo. Revela-se como um desserviço ao interesse público, atendendo somente a interesses privados.

Diversos economistas já vêm considerando o instituto da patente grande entrave às inovações. O analista econômico Luís Nassif, por exemplo, tece dura crítica:

A patente foi o motor das inovações no século 20. Provavelmente, será o maior obstáculo às inovações no século 21. É a conclusão a que se chega à medida que se avança nas análises sobre as estruturas de trabalho em rede, propiciadas pela propagação da Internet. (...) Com o avanço do trabalho em rede, a situação hoje em dia é outra: as patentes acabam se constituindo em barreiras à inovação. (...) O sistema de *software* livre, o trabalho em rede, coloca em xeque definitivamente essa verdade. Não significa que o Brasil tenha condições de romper com acordos de patentes unilateralmente. Significa que é questão de tempo para que esse instituto envelheça e seja considerado como o grande entrave à inovação em nível mundial.²⁷⁴

273 Op. Cit., p. 75.

274 NASSIF, Luís. *O envelhecimento da patente*. Folha de S. Paulo, São Paulo, p. B3, 22 de maio de 2004.

Se os dois principais alicerces da justificação ideológica do sistema patentário são questionáveis, a edificação do discurso legitimador permanece intacta? Certamente, não. Há um egoístico interesse econômico dos países desenvolvidos subjacente na patenteabilidade do genoma humano. O que não deixa de ser perverso e perigoso, exigindo profunda reflexão.

6.2 A licença compulsória prevista na Lei de Propriedade Industrial de 1996

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXIX, condiciona o direito de patente. Já se afirmou que a propriedade é função social. Obriga o uso não-egoístico, em harmonia com o interesse da coletividade. A funcionalização integra o próprio conteúdo de patente. Não é mera limitação externa ao instituto.

Imprescindível destacar o conteúdo do texto constitucional:

XXIX – 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.** [grifo nosso]

O art. 68 da LPI-96 diz que o *exercício abusivo do direito* de patente permite a licença compulsória, não enumerando taxativamente as hipóteses. Fez bem o legislador. O que significa

abuso de direito? O art. 187 do novel Código Civil, que consagra expressamente essa teoria, adotando o critério finalístico, diz que ocorre abuso quando o titular do direito “excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. O conceito, portanto, é flexível, indeterminado, fluido. Vale dizer que essa vagueza é intencional, pois permite o amoldamento do direito a situações novas. Possibilita a adaptabilidade da lei a novas circunstâncias fáticas. Torna viável a adequação do texto legal ao dinamismo histórico da humanidade. A patente comporta obrigações sociais, que variam de época para época. A adoção de cláusulas gerais – moderna técnica do legislador em lugar da vetusta formulação casuística – é fruto de uma mudança filosófica. Leis rígidas, que se arvoram definir tudo para todos os casos, são insuficientes e, não raro, levam a situações de grave injustiça. A referida norma constitucional, assim como o art. 68 da atual LPI, oferecem ao intérprete critérios axiológicos.

O debate a respeito da função social da propriedade intelectual ganha gigantesca relevância no choque entre o direito de patente e o direito à saúde. O interesse público impõe limitações. É preciso que o direito individual se acomode ao interesse coletivo de amplo acesso a medicamentos essenciais, que, em última análise, integra o direito fundamental à saúde. Não é justo maximizar lucros minimizando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Os artigos 68 a 74 da atual LPI-96 dispõem sobre licença compulsória, instituto ímpar, que consiste numa limitação ao direito patentário em prol do interesse público. O art. 68 reza que a falta

de fabricação local e a comercialização insatisfatória são exemplos de exercício abusivo da patente. São, destarte, motivos autorizantes da intervenção estatal a serviço da pessoa humana.

A adoção desse instituto provocou reação internacional. Os Estados Unidos pressionaram a Organização Mundial de Comércio (OMC), pleiteando a retirada do artigo 68 da legislação brasileira. Não conseguiram. Os artigos referentes à licença compulsória continuam vigendo, ainda que, na prática, sejam pouquíssimo aplicados.

Segundo Maria Margarida R. Mittelbach, ex-diretora do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), nos últimos cinquenta anos, foram processados somente cerca de seis casos de licenças compulsórias. O processo relativo à fabricação da vacina contra febre aftosa foi o único baseado em *interesse público*.²⁷⁵

Bruno Jorge Hammes pontifica com autoridade:

O efeito da licença obrigatória é, em verdade, muito mais psicológico do que real. O simples fato de sua existência leva os titulares de patentes a negociarem com interessados, de modo que quase não acontecem as licenças obrigatórias. Para o titular é sempre mais interessante negociar livremente do que se ver constringido a conceder a licença.²⁷⁶

O tema em comento ganhou projeção internacional com a polêmica sobre o acesso a medicamentos anti-retrovirais utilizados

275 MITTELBACH, Maria Margarida R. Algumas Considerações sobre o sistema de patentes e a saúde humana. Patentes de Produtos de Origem Biológica. In: *Política de patentes em saúde humana*. PICARELLI, Márcia Flávia Santini; ARANHA, Márcio Iório (Orgs.). São Paulo: Atlas, 2001, p. 151.

276 Op. Cit., p. 335.

no tratamento da AIDS, epidemia que avança assustadoramente em todo o mundo, sobretudo na África subsaariana. Atualmente, são cerca de 38 milhões de soropositivos (sobre)vivendo no planeta. Segundo recente relatório das Nações Unidas, a síndrome já matou, desde 1981, mais de 22 milhões de pessoas. Dos 3 milhões registros de mortes em 2003, 2,2 milhões ocorreram no continente africano.²⁷⁷ O sistema patentário, portanto, deve ser considerado instrumento de política pública, e não estorvo, barreira imposta ao acesso de soropositivos a medicamentos anti-retrovirais.

Certamente, as tentativas dos países desenvolvidos de enrijecimento do sistema patentário visam a atender interesses econômicos, que obstaculizam o acesso da coletividade a medicamentos essenciais. Destarte, o discurso do sistema patentário como melhor meio para fomentar a pesquisa e o desenvolvimento (P&D) é bastante questionável. Um forte argumento desmistificador é que doenças típicas de países pobres, como a malária e a doença de chagas, são negligenciadas pela indústria farmacêutica pela simples razão de não terem potencial lucrativo. O professor Volnei Garrafa, presidente da Sociedade Brasileira de Bioética, denuncia a iníqua lógica capitalista por trás dos grandes laboratórios, que transformaram sociedades em meros mercados:

Em 1998 foram gastos em pesquisas com medicamentos contra o HIV/AIDS cinquenta vezes mais recursos do que no combate à malária, quando se sabe que ambas as doenças vitimaram, naquele ano, um número semelhante e aproximado de 2 milhões

277 *Avanço da Aids*. Folha de S. Paulo, São Paulo, p. A2, 07 de julho de 2004.

de pessoas em todo o mundo. A diferença para essa absurda iniquidade no investimento de recursos está no fato de a AIDS ter logrado visibilidade pública internacional pelos enormes danos e prejuízos causados indistintamente a países ricos e pobres. Já a malária é doença caracteristicamente “terceiro-mundista”, atacando quase que exclusivamente pobres. Por isso, não existe interesse econômico dos grandes laboratórios privados e públicos dos países centrais em investir em caras imunizações e medicamentos para quem não possa pagar por eles. O que define as prioridades não são as necessidades detectadas na realidade concreta: é o mercado. E o mercado tem se mostrado a cada ano mais perverso, com regras cada dia mais protecionistas para os países ricos e, portanto, mais insensível.²⁷⁸

O setor farmacêutico visa, primeiramente, o lucro, e não a cura das doenças. O mito da pesquisa e desenvolvimento para o bem da humanidade não deixa de ser pernicioso. A rigidez do sistema patentário internacional legitima interesses mercantilistas, que vão de encontro ao interesse coletivo de acesso a medicamentos essenciais para uma vida digna.

Conclusivamente, o abuso de direito de propriedade intelectual deve ser rechaçado tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência pátria e internacional. A mudança paradigmática agradará a uns e desagradará a outros. Como em toda revolução, quem detém o poder, tentará, ao máximo, manter o *status quo*. O desafio é encontrar o meio-termo, o justo equilíbrio entre interesses público e privado.

278 GARRAFA, Volnei. PORTO, Dora. Bioética, poder e injustiça: por uma ética de intervenção. In: GARRAFA, Volnei. PESSINI, Leo. (Org.). *Bioética, poder e injustiça*. São Paulo: Loyola, 2003, p. 37.

CONCLUSÕES

Ao final do presente estudo, é possível enumerar, sistematicamente, as seguintes conclusões:

1. O início da normatização do Direito Autoral, em 1709, não foi uma reivindicação espontânea dos próprios criadores intelectuais, mas um descontentamento do poder econômico da época, uma luta de intermediários comerciantes, representados pelos editores de obras literárias. Nesse período, não existia ainda uma plena consciência autoral, baseada na amplitude dos direitos morais, que visam a proteger a dignidade do homem-criador.

2. Assim como os livros não desaparecerão, o Direito Autoral também não acabará. Não se pode pactuar com a ótica pessimista de que o ciberespaço representa o fim da proteção ao autor. É simplista demais essa tese. Fala-se de revolução, mudança, transição, e não de fim, término, morte. Merece ser refutada, pois, a corrente apocalíptica que dissemina uma tragédia inelutável.

3. Não existe uma única função social, mas diversas funções sociais, variando de acordo com a espécie de propriedade. Há função social, com conteúdo próprio, em qualquer tipo de propriedade, inclusive na intelectual.

4. Apesar de não existir a expressão "*interesse social*" no texto do art. 5º, XXVII – que trata especificamente do Direito Autoral –, a interpretação sistêmica da Carta Política de 1988 leva a repugnar uma concepção individualista.

5. A Lei de Direito Autoral de 1998, em matéria de limitações, contém certo empirismo. As previsões são fragmentárias. Encontram-se amontoadas, de forma desorganizada, sem a devida sistematização. Há uma razão política para esse descaso. Os grupos econômicos não têm interesse de fomentar limitações. Pelo contrário, a tendência é, cada vez mais, restringi-las.

6. A doutrina autoralista, em geral, defende que a enumeração das limitações aos direitos autorais é *numerus clausus*, e não *numerus apertus*. Acontece que esse princípio da clausura tem matriz individualista. Essa perspectiva fechada do legislador ordinário restringe a funcionalização prevista no texto constitucional. A função social, portanto, não deve se exaurir nas limitações previstas nos arts. 46 a 48 da LDA-98.

7. O Direito Autoral está moldado em função quase exclusivamente de critérios de rentabilidade. O prestígio exagerado conferido historicamente aos direitos patrimoniais do autor precisa ser suplantado. O paradigma contemporâneo do Direito Autoral deve ser antropocêntrico, ou seja, deve considerar o homem como o centro dos interesses. O autor, antes de ser criador intelectual, é gente, pessoa humana. Sua dignidade deve ser priorizada.

8. O artigo 667 do Código Civil de 1916 facultou que o autor cedesse, gratuita ou onerosamente, a sua autoria a outrem. Esse retrocesso, que não constava no projeto original de Clóvis Beviláqua, trouxe conseqüências maléficas para o Direito Autoral.

9. Anunciar a autoria é um dever legal. As emissoras de rádio e TV têm de cumprir as finalidades informativas, educativas, artís-

ticas e culturais, consagradas expressamente na Constituição Federal (art. 221, I). O desrespeito ao anúncio dos compositores consiste em uso nocivo da propriedade intelectual, ou seja, em desatendimento de sua função social.

10. É absurdo levantar a premissa de que a possibilidade de lucro sempre foi (e continuará sendo) condição *sine qua non* para o desenvolvimento da cultura. Subestimar a motivação intrínseca do autor, considerando-a secundária para o estímulo da criação intelectual, consiste em fuga de uma análise sob múltiplas perspectivas. O dinheiro não consiste na única fonte motivacional para a criação. A História comprova essa afirmativa.

11. Existem outras fontes motivacionais além da econômica. No entanto, o autor precisa de dinheiro para sobreviver. O trabalho intelectual deve ser retribuído em pecúnia, sob pena de o autor ter de encontrar outras fontes de renda e, conseqüentemente, sobrar menos tempo para a criação. Eis o grande desafio: conciliar a função social da propriedade intelectual com a justa remuneração ao autor. Infelizmente, a sociedade brasileira, em geral, ainda não possui esse devido discernimento.

12. O tema da temporalidade da proteção aos direitos patrimoniais de autor volta a render acirradas discussões. Cresce a tendência pelo aumento do prazo. Contudo, o criador retira do acervo cultural preexistente os elementos com que cria suas obras. O domínio público permite maior facilidade na difusão da cultura. Se o autor sorve do acervo cultural da humanidade, não há razão para que obras intelectuais se tornem, *ad eternum*, propriedade privada. A tendência norte-americana de proteção perpétua

merece cuidadoso rechaço dos autoristas. A restrição temporal é uma irradiação da funcionalização da propriedade intelectual.

13. Pela LDA-98, a reprodução integral de um livro passou a ser proibida, só sendo permitida a cópia de “pequenos trechos”. Em que pese o rigorismo da legislação, sobretudo num país com pouquíssimas bibliotecas públicas e privadas, é injusto que donos de máquinas de reprografia lucrem às custas de editoras e criadores intelectuais. O autor não pode sofrer sozinho a expansão cultural. Deve haver uma conciliação, um equilíbrio entre os interesses público e privado.

14. A digitalização gera um barateamento na circulação de músicas, obrigando novo olhar sobre o papel do Direito Autoral, que, em suas primeiras leis, era justificado exatamente pelos custos da materialização do suporte. Metaforicamente, a garrafa era protegida, não o vinho. A indústria fonográfica, a partir do fenômeno MP3, ainda que com certo atraso, inicia a vendagem de vinho (música digital) sem garrafa (suporte físico).

15. A opção pelo *software* livre, não só garante drástica economia para os cofres públicos, como também estimula o desenvolvimento tecnológico no país. Além da importante questão econômica de redução de custos, cria-se fomento para as indústrias nacionais saírem da insustentável tecnodependência.

16. O regime colaborativo do *software* livre, que agrega valores e unifica esforços de programadores espalhados pelo mundo inteiro, mostra-se mais estimulante do que a rigidez legal do *software* proprietário, que, por não permitir acesso ao código-fonte, inviabiliza o aperfeiçoamento de programas. O regime

aberto e colaborativo incentiva mais a criatividade do que o regime fechado e monopolista do *copyright*. Enquanto a tarefa de melhoria do *software* livre é distribuída entre colaboradores do mundo inteiro, o *software* proprietário centraliza (e restringe) esse papel, contando apenas com as cabeças pensantes do quadro funcional da empresa. O potencial de inovação da inteligência coletiva é, indiscutivelmente, superior.

17. O *Creative Commons* é uma alternativa que elimina intermediários, descentralizando o fechado regime autoral e possibilitando uma nova maneira de se produzir cultura. Mas não é uma panacéia para todos os males. Não representa um admirável mundo novo. Trata-se apenas de um projeto de flexibilização do regime autoral. De um modelo que viabiliza a difusão da cultura na rede mundial de computadores. Deve, portanto, ser conjugado com outras medidas de política pública.

18. A lógica capitalista, que domina o sistema de propriedade intelectual, leva a afirmar que os interesses precípuos da indústria da biotecnologia não são terapêuticos. Não se busca, em primeiro plano, a criação de novos medicamentos em benefício do progresso e do bem-estar da humanidade e sim o lucro.

19. O discurso legitimador da patente é fundamentado em duas finalidades: fomentar a pesquisa científica, evitando o parasitismo que desestimula o progresso industrial, e levar ao conhecimento de todos o que há de melhor em tecnologia. Contudo, tais premissas são passíveis de profundos questionamentos. Ao invés de incentivar a pesquisa em prol da coletividade, a patente vem servindo como desestímulo ao avanço da ciência. Os inven-

tores não são os maiores beneficiados pelas invenções. Isso porque a Lei de Propriedade Industrial afirma que a invenção realizada por empregado ou prestador de serviço pertence exclusivamente ao empregador. Só na aparência, o sistema de patente constitui fonte de informação tecnológica, tendo em vista que, na prática, não raro, a disseminação de tecnologia fica inviabilizada. A patente vem contribuindo para a estagnação da pesquisa científica, quando deveria servir para o seu estímulo. Vem se revelando, então, como um desserviço ao interesse público, atendendo somente a interesses privados.

20. O debate a respeito da função social da propriedade intelectual ganha gigantesca relevância no choque entre o direito de patente e o direito à saúde. É preciso que o direito privado se acomode ao interesse coletivo de amplo acesso a medicamentos essenciais, que, em última análise, integra o direito fundamental à saúde. Não é justo maximizar lucros minimizando o princípio da dignidade da pessoa humana. Nessa perspectiva, a licença compulsória é um poderoso instrumento a serviço da funcionalização da propriedade intelectual.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Yachouch. Direitos de autor e direitos conexos. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. **Direito da Internet e da Sociedade da Informação: estudos**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ASSIS, Diego. “Reforma Agrária” no direito autoral. **Folha de São Paulo**, São Paulo, p. E1, 03 de junho de 2004.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). **NBR 10.520. Apresentação de citações em documentos**. Rio de Janeiro, ago. 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). **NBR 6023. Informação e documentação – Referências – Elaboração**. Rio de Janeiro, ago. 2002.

BARLOW, John Perry. **The Economy of Ideas: a Framework for Patterns and Copyrights in the Digital Age**. Disponível em: <<http://www.eff.org/cafe/barlow.html>>. Acesso em: 24 ago. 2004.

BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. São Paulo: Ed. Bookseller, 2000.

BARTHES, Roland. **O rumor da língua**. Trad.: Antônio Gonçalves. Lisboa: Edições 70, 1982.

BASSO, Maristela. **O Direito Internacional da Propriedade Intelectual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BRANDÃO, Carlos Rodrigues. **O que é folclore**. 13. ed. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BURKE, Peter. **Uma história social do conhecimento: de Gutenberg a Diderot**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil Comentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Livraria Francisco Alves, 1923.

CABRAL, Sérgio. **No tempo de Ari Barroso**. Rio de Janeiro: Lumiar Editora, s/d.

CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas. Ciência para uma vida sustentável**. Trad.: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002.

CASSINO, João; SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. (Orgs.) **Software livre e inclusão digital**. São Paulo: Conrad Editora do Brasil, 2003.

CHAVES, Antônio. **Criador da obra intelectual**. São Paulo: LTr, 1995.

_____. **Nova lei brasileira de direito de autor**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1975.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA NETTO, José Carlos. **Direito Autoral no Brasil**. São Paulo: Ed. FTD, 1998.

_____. ECO, Umberto. O livro contra-ataca. **Folha de S. Paulo**. Caderno *Mais!* Edição de 14 de dezembro de 2003.

DE MASI, Domenico. **Criatividade e grupos criativos**. Tradução de Lea Manzi e Yadyr Figueiredo. Rio de Janeiro: Sextante, 2003.

_____. **O Ócio Criativo**. 2. ed., Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

_____. **A Economia do Ócio**. Rio de Janeiro: Sextante, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GANDELMAN, Marisa. **Poder e conhecimento na economia global**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

GARRAFA, Volnei. PORTO, Dora. Bioética, poder e injustiça: por uma ética de intervenção. In: GARRAFA, Volnei. PESSINI, Leo. (Org.). **Bioética, poder e injustiça**. São Paulo: Loyola, 2003.

GIL, Gilberto. **Discurso do ministro Gilberto Gil no lançamento do Creative Commons**. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br>>. Acesso em: 15 jul. 2004.

GOMES, Orlando. **A função social da propriedade**. Coimbra: 1989.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação**

do Direito. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUROVITZ, Helio. **Linux: o fenômeno do *software* livre.** Coleção *Para Saber Mais*. Super Interessante. São Paulo: Abril, 2002.

HAMMES, Bruno Jorge. **O direito de propriedade intelectual.** 3. ed. São Leopoldo (RS): Editora Unisinos: 2002.

HOME, Stewart. **Manifestos neoístas: greve da arte.** Tradução de Monty Cantsin. São Paulo: Conrad Editora do Brasil, 2004.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário de língua portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LE MOS, André. **Cibercultura, tecnologia e vida social na cultura contemporânea.** Porto Alegre: Sulina, 2002.

LESSIG, Lawrence. **Free Culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity.** New York: The Penguin Press, 2004.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura.** 2. ed. Trad.: Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 2000.

LIPSYC, Delia. **Derecho de autor y derechos conexos.** Buenos Aires: Unesco, 2001.

LOBATO, Monteiro. **História das Invenções.** 29 ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação**

jurídica complexa. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MCLUHAN, Marshall. **A galáxia de Gutenberg: a formação do homem tipográfico.** Tradução de Leônidas Gontijo de Carvalho e Anísio Teixeira. 2. ed. São Paulo, Editora Nacional, 1977.

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

REBELLO, Luiz Francisco. **Garrett, Herculano e a Propriedade Literária.** Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1999.

_____. **Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos.** 3. ed. Lisboa: Âncora, 2002.

_____. **Introdução ao Direito de Autor.** Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1994.

RIBEIRO, João Ubaldo. **O conselheiro come.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

SHÁRMETA, Antonio. **O carteiro e o poeta.** Tradução Beatriz Sidou. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 1996.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. **Software livre: a luta pela liberdade do conhecimento.** São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

_____. **Software livre e inclusão digital.** São Paulo: Conrad Editora do Brasil, 2003.

TEIXEIRA JR. Sérgio. **MP3: A Revolução da Música Digital**. Coleção Para Saber Mais. Super Interessante. São Paulo: Abril, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VOLKMER DE CASTILHO, Ela Wiecko. Patentes de Produtos de Origem Biológica. In: **Política de patentes em saúde humana**. PICARELLI, Márcia Flávia Santini; ARANHA, Márcio Iório (Orgs.). São Paulo: Atlas, 2001.

ZAPPA, Regina. **Chico Buarque: para todos**. 4 ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Prefeitura, 1999.

A eficácia do direito autoral face à sociedade da informação: uma questão de instrumentalização na obra musical?

Fábio Barbosa

*À minha mãe, maior educadora que conheci, às minhas irmãs,
bem como à minha avó, por todas as emoções proporcionadas
por uma família.*

AGRADECIMENTOS

A Deus pela paz de espírito, aos companheiros de Faculdade e aos mestres pelo aprendizado.

“o direito só regula a sociedade, organizando a si mesmo”

TEUBNER

INTRODUÇÃO

Com a modernidade e com a evolução do ser humano e de suas formas de administrar a burocracia, a Informática ganhou valorização pela agilidade, praticidade, facilidade entre outros atributos. Diante disso, o jurídico deve aproveitar a eficácia do advento da informática, mesmo com a insegurança que ainda persiste na Sociedade da Informação.

O Direito não deve servir como “uma espécie de camisa-de-força que impeça a boa utilização das novas técnicas” (WALD, 2001:15), por isso, as normas jurídicas devem evoluir de maneira a proporcionar um equilíbrio com o desenvolvimento tecnológico.

Contudo, o equilíbrio que se pretende não é de fácil construção, principalmente no campo do Direito Autoral, que mesmo antes do advento da Internet e do MP3 vinha demonstrando certo grau de desuso, de ineficácia social. Hodiernamente vemos que a Internet, mais precisamente *sites* que permitem a reprodução e gravação de músicas e de obras multimídia, desafiam a legislação autoral, mesmo com a implementação da Lei 9.609, de 19 de fevereiro de 1998 – Lei de *Software* e da Lei de Direito Autoral – n.º 9.610 de 19 de fevereiro de 1998.

Os arquivos em formato MP3, todavia, por si só, não representam violação a direitos autorais, sendo apenas um novo formato de gravação de obras musicais que possibilita o armazenamento de um grande número de músicas utilizando pouca memória.

Contudo, como se observa na Lei 9.610/98, a transferência de arquivos MP3, sem autorização dos titulares ou autores das obras musicais, havendo ou não intuito comercial, constitui infração aos direitos de seus titulares.

Isto posto, indaga-se se é possível a coexistência do Direito Autoral com a Sociedade da Informação, mais precisamente com a Internet? Sim, mas não é mais possível manter a mesma sistemática do regime protetivo tradicional. Desta forma o problema em questão torna-se utilizar e visualizar os instrumentos da Sociedade da Informação como veículos eficazes para colaboração e reconhecimento do Direito Autoral, já que segundo REALE 1998:112) “a sociedade deve viver o direito e como tal reconhecê-lo”.

Neste estudo a eficácia do Direito Autoral, com advento da Sociedade da Informação, seguirá o marco teórico da Trivalência da Norma de REALE (1998) em que “Direito autêntico não é apenas declarado mas reconhecido, é vivido pela sociedade, como algo que se incorpora e se integra na sua maneira de conduzir-se. A regra de direito deve, por conseguinte se *formalmente válida e socialmente eficaz*”(sic).

Tem-se então como indagação principal: **“A EFICÁCIA DO DIREITO AUTORAL FACE À SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: UMA QUESTÃO DE INSTRUMENTALIZAÇÃO?”**.

Revisão da Literatura:

A instrumentalização da Sociedade da Informação no Direito tem sido fonte de múltiplas pesquisas, vários são os problemas

decorrentes dessa relação, como os Contratos Eletrônicos, em que há ampla discussão sobre a validade do documento eletrônico. Deste dilema serão aproveitados os conceitos de documentos eletrônicos e assinatura digital (BARBAGALO, 2001). O marco teórico será retirado dos conceitos de Trivalência da Norma (REALE, 1994) e eficácia social (REALE, 1998).

O marco teórico será implantado de maneira a possibilitar um melhor aproveitamento dos instrumentos da Sociedade da Informação, tais como as novas formas de administração coletiva, que serão apresentadas por Lange (1996), tais como a Internet, MP3, Assinatura Digital, entre outros instrumentos.

Será analisada a necessidade de mudanças no Direito Autoral, ou ao menos uma “revisão conceitual” (SANTOS, 2001), bem como, conforme aponta Ascensão (2002) a “função do Direito Autoral na Sociedade da Informação”.

Diante da análise acima proposta, serão estudados alguns princípios da Sociedade da Informação, como o princípio da liberdade de informação, (ASCENSÃO, 2002:145) e também o princípio da subsidiariedade apontado por Paiva (2004). Da mesma forma, serão analisados alguns princípios do Direito Autoral como proteção ao autor, exclusividade da exploração econômica e também princípio da liberdade, em que “só o autor é juiz da escolha dos processos e das condições de utilização e exploração da obra”, (ASCENSÃO, 1997:166).

Objetivo Geral:

Consiste em provar que a Sociedade da Informação fornece

instrumentos eficientes para maior eficácia do Direito Autoral, principalmente no que tange à reprodução de obras de multi-mídia e músicas.

Objetivos Específicos:

- ✓ Comparar a atual legislação de Direito Autoral brasileiro e a Lei de Software com os Tratados OMPI e legislações comparadas.
- ✓ Adotar o sistema de documentos eletrônicos e sugerir que a obra autoral torne-se um documento eletrônico com assinatura digital.
- ✓ Examinar critérios de remuneração mais justa ao autor com a aplicação da assinatura digital criptografada.
- ✓ Demonstrar que com a aplicação da criptografia a reprodução, gravação e a distribuição ficarão mais mensuráveis, o que tornará a norma mais valorativa para a sociedade.
- ✓ Utilizar o conceito de Trivalência normativa para provar que as eficácias normativa e social esta mais presente com a implementação dos instrumentos fornecidos pela Sociedade da Informação.

Justificativa:

Como sabemos, a norma jurídica deve ser socialmente eficaz, deve corresponder ao querer coletivo. Geralmente os doutrinadores que tratam do assunto "Direito Autoral e Internet" não fazem uma pesquisa comparada com a doutrina que estuda a eficácia normativa. Discutem-se atualmente formas de evitar a pirataria e como aplicar a atual Lei de Direito Autoral na Internet. Mas nada se pesquisa sobre a eficácia reduzida da atual Lei de Direitos Autorais e da Lei de *Software*, no que tange ao valor que as mesmas possuem para a sociedade.

O Direito Autoral tem o dever de proteger a criatividade humana, pois, todo homem possui, em maior ou menor grau, um potencial criativo. Ao exercer sua criatividade, ele acresce ao mundo coisas novas, cujo surgimento se deve a uma operação de caráter intelectual que resulta em uma nova realidade que enriquece a sociedade e a leva a ampliar seus limites.

Para que haja essa proteção, há necessidade de a legislação autoral acompanhar o desenvolvimento da “Sociedade da Informação”, principalmente na adaptação dos conceitos como reprodução, distribuição e comunicação ao público de músicas, já que há divergências a respeito dos mesmos.

Verifica-se que essa adaptação da legislação autoral ainda é reduzida, porque, ainda não se tem, por exemplo, a utilização da Criptografia pela Lei de Direitos Autorais, o que possibilitaria melhor utilização deste veículo e também da Internet. Criptografia é uma metodologia em que se aplicam complexos procedimentos matemáticos que transformam determinada informação em uma seqüência de *bits* de modo a não permitir que seja tal informação alterada ou conhecida por terceiros.

A Criptografia permitiria que os autores de música as protegessem através da assinatura eletrônica. A música teria uma espécie de marca d’água, e, somente com a senha criptográfica, um terceiro teria acesso a ela.

Isso pode levar, destarte, a uma “remuneração mais justa do autor”, através de um controle dele próprio sobre a obra e até mesmo das entidades de gestão coletiva, já que seria mais viável e eficiente uma estatística que demonstrasse o grau de utilização

da obra, o que levaria, por conseguinte a uma maior eficácia social do Direito Autoral, visto que teríamos uma legislação mais equiparada ao desenvolvimento tecnológico.

Metodologia:

O estudo teve como origem teórica a Teoria da “Trivalência da norma” do Professor-Doutor Miguel Reale. O Direito Autoral, em virtude de vários fatores – dentre eles o desenvolvimento tecnológico, possui um *complexo fático* que produz, atualmente, uma consequência, um objetivo que não está impedindo de forma satisfatória a ocorrência de *valores negativos*.

Segundo Miguel Reale, a eficácia social de uma norma depende de seus valores axiológicos, fáticos e lógicos. Desse modo, parte-se da suposição que a Sociedade da Informação fornece instrumentos capazes de propiciar maior eficácia ao Direito Autoral.

A pesquisa será desenvolvida em torno da coexistência entre o Direito Autoral e a Sociedade da Informação, mais especificamente no que se refere à possibilidade de utilização de assinaturas criptografadas de músicas na Internet. Também será desenvolvido com base nas novas modalidades de utilização das obras em virtude da função social da propriedade intelectual.

Será proposta uma ponderação, um equilíbrio entre os princípios da Sociedade da Informação e do Direito Autoral, visto que “a tendência parece apontar para uma redefinição das limitações do Direito Autoral e para o barateamento da utilização, em face da massificação e dos baixos custos de distribuição” (PILATI, 2000:134).

1. A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: SEUS INSTRUMENTOS, PRINCÍPIOS E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO.

1.1 – A Sociedade da Informação

As grandes transformações na estrutura da Sociedade Humana propiciaram-lhe várias nomeações. Os fatos sociais, econômicos, históricos e culturais foram as principais origens dos diversos nomes fornecidos à Sociedade Humana e principais fontes dos desdobramentos que quebraram modelos, paradigmas. Dentre estes fatos podemos destacar, por exemplo, o Mercantilismo (Sociedade Mercantil), a Revolução Industrial (Sociedade Industrial), as Guerras Mundiais (Sociedades Pós-Guerras).

Com a evolução da Sociedade, e da mesma forma com a modernidade e avanços tecnológicos foi fortalecida a Sociedade do Saber, em que o domínio do conhecimento se tornou de suma importância. Dentro desta Sociedade do Saber, do Conhecimento, é que se encontra a Sociedade da Informação.

O Livro Verde para a Sociedade da Informação do Ministério da Tecnologia de Portugal²⁸⁰ traz o seguinte conceito para ela:

A Sociedade da Informação refere-se ao modo de desenvolvimento social e econômico em que a aquisição, arma-

280 Ministério da Ciência e da Tecnologia, Missão para a Sociedade da Informação. *Livro Verde para a Sociedade da Informação*, 19997. p. 7.

zenamento, processamento, valorização, transmissão, distribuição e disseminação de informação conducente à criação de conhecimento e à satisfação das necessidades dos cidadãos e das empresas, desempenham um papel central na actividade económica, na criação de riqueza, na definição da qualidade de vida dos cidadãos e das suas práticas culturais.

Certo é que essa *disseminação de informação* foi fortalecida com a revolução trazida pelos computadores, por isso muitos ainda confundem a Sociedade da Informação com a Sociedade da Informática, com a Era da Informática. No entanto, esta é apenas um ramo daquela, ramo este que a fortaleceu consideravelmente.

Um dos significados da palavra conhecimento é informação, como ensina Galdeman (1997) que completa o seguinte:

A informação e o conhecimento, que, com auxílio dos novos meios de comunicação, vêm aceleradamente se expandindo, já estão provocando transformações sem precedentes, uma verdadeira revolução cultural, com reflexos, inclusive, nas relações económicas locais e internacionais

Ascensão (2002) é mais profundo no conceito de Sociedade da Informação. Segundo ele, não se trata de um conceito técnico, mas sim de um *"slogan"*, e ainda: "(...) Melhor sealaria até em sociedade da comunicação, uma vez que o que se pretende impulsionar é a comunicação, e só num sentido muito lato se pode qualificar toda a mensagem como informação".

No entanto, o referido autor nos revela que a Sociedade da Informação estaria interligada ao fenómeno da digitalização, "a

base universal de todos estes fenômenos é a digitalização” e ainda ressalta que: “é essencial a disponibilidade de veículos ou meios de comunicação aperfeiçoados. E com isto surge o papel decisivo **das auto-estradas da informação**” que se conceituam como “os meios de comunicação entre computadores, que seriam caracterizados por grande capacidade, rapidez e fidedignidade”. Sendo assim a Sociedade da informação se caracterizaria pela comunicação que se realizaria “(...) *de todos para todos com interatividade*” Ascensão(*op. cit.*).

Verifica-se deste modo, a Sociedade da Informação em que nos encontramos pode ser identificada, também como Sociedade da Informática, ou Era Digital, ou Era Informacional. É sob este novo paradigma que será desenvolvido este estudo.

Com a Sociedade da Informação, tem-se o apogeu da informação. No entanto, esta encontra-se cada vez mais manipulável, reproduzida e reduzida. Há um excesso de informação, tornando o direito à informação cada vez mais limitado.

Nota-se da mesma maneira o “caos” da informação, pois várias são as fontes, muitos são os dados, e os conflitos são diversos. Nota-se o que afirma (MELO, 2000) “impossível está diante de nós. Primeiro vem o êxtase causado pela inteligência humana. Depois surge o sentimento de desproteção e preocupação com os resultados advindos de má utilização da tecnologia”.

Embora haja a existência deste “caos”, a Sociedade da Informação oferece vários instrumentos que permitem maior segurança, veracidade e confiabilidade das informações, tais como a própria Internet, como o MP3, Criptografia, Assinatura eletrônica.

Documento eletrônico, Cartório Virtual, Gestão Coletiva e até mesmo, mecanismos legais como os recentes tratados da OMPI. Ressalta-se ainda o seguinte como afirma (MELO, *op. cit.*), “há os que sonham em utilizá-la para chegarmos mais próximo à solidariedade universal. Para diminuir as diferenças e exclusões sociais”. Diante disso, nota-se a real necessidade de regulação da sociedade, já que o direito só regula a sociedade, organizando a si mesmo.

As sociedades não são entidades estáticas, estão em constante evolução, de forma que o direito, ao visar regular os hábitos e atividades sociais, deve necessariamente acompanhar esta evolução, alterando ou dando novas interpretações às regras jurídicas existentes em cada país.

Na mesma linha de pensamento, Olivo (2003:321) afirma o seguinte:

“O problema, colocado preliminarmente, é que a partir da última década – e assim se configura o futuro próximo, justamente em função das características da Sociedade em Rede – os fatos ocorrem cada vez mais velozmente, modificando-se tão radicalmente que a concepção de Direito (e de leis) não pode ser a mesma da velha Sociedade industrial, linearizada e dogmática.”

Compete ao Direito regular as relações entre os indivíduos, dando-lhes segurança e estabilidade nas relações jurídicas, também a ele compete a regulamentação das relações que se originam das facilidades proporcionadas pela Internet.

Cabe ao Direito regular tais situações, visto que já se constituem numa realidade no dia-a-dia daqueles que utilizam a Internet nas suas transações, seja através de uma releitura de suas regras,

seja por meio da edição de novas normas que permitam lidar satisfatoriamente com esta nova realidade.

Cada vez mais o acesso à informação torna-se vital para que o indivíduo interaja na sociedade e possa se realizar como cidadão, soma-se a isto o fato de que a informação e o conhecimento são hoje grandes fontes de produção de riqueza.

Nos dias atuais, ter conhecimento é de inestimável importância. Seu domínio gera superação de desigualdades, educação, cultura, criação de emprego qualificado, bem-estar. O reflexo proporcionado pelo domínio do conhecimento é direto nos sistemas econômico e político. A soberania e a autonomia dos países passam mundialmente por uma nova leitura, e sua manutenção – que é essencial – depende nitidamente do conhecimento, da educação e do desenvolvimento científico e tecnológico.

Diversos países estão tratando de gerir a Sociedade da Informação. O Brasil por meio do Livro Verde busca meios para lidar com este novo paradigma. O advento da Sociedade da Informação é o fundamento de novas formas de organização e de produção em escala mundial, redefinindo a inserção dos países na sociedade internacional e no sistema econômico mundial. Os impactos dos instrumentos desta sociedade no direito são inevitáveis.

1.2 – Internet

O estudo sobre Internet é importante porque este instrumento da S.I. (Sociedade da Informação) desenvolve-se a cada segundo e possibilita a troca de informações com maior intensidade.

O conceito de Internet pode ser o seguinte: “é uma rede mundial de computadores através da qual podem-se enviar mensagens, conversar virtualmente com outras pessoas ou procurar informações” (ATENIENSE 2000:282). Embora o mesmo autor nos lembre, anteriormente, que “a denominação genérica Internet compreende diversas formas de comunicação dentro da rede mundial, cada uma com sua particularidade.”

Já Doria, *apud* Galdeman (1997) apresenta o seguinte conceito: “Digamos que é um banco de dados ao qual estamos sempre incluindo mais informação. E tendo acesso à Internet, temos acesso a parte – grande ou pequena – desse banco de dados. É quase isso”.

Charlab, também citado por Galdeman (1997) afirma:

“Logo que os computadores foram se multiplicando, começaram a ser conectados uns aos outros, pelas redes de computadores. Uma dessas redes é a Internet, que acabou se tornando a maior e mais atraente delas. Agora, quando se tornou possível conectar um computador na rede, a preço acessível, a partir da sua própria casa ou escritório, a Internet foi muito além da simples atração. Criou uma nova cultura. Preparou o caminho do futuro e promete fazer com que nossos computadores se transformem em espécie de televisão do ano 2000”.

Denomina-se, também, Internet, a um sistema mundial de redes de computadores conectados. Da mesma forma a Internet é, também, denominada comumente a *World Wide Web* – *WWW*. Sua origem está em estudos militares iniciados em meados da década de 60.

Pode-se dizer que a Internet abre imensas possibilidades técnicas, tecnológicas, operacionais, econômicas, culturais, de transfor-

mação social, e está modificando o modo como nos relacionamos e socializamos no mundo prático; tanto quanto o modo como buscamos atender necessidades vitais materiais, e como se vão estabelecer as relações de produção no futuro imediato em nossas vidas. Naturalmente, surgem as interseções com as exigências de regulação e de normalização, a partir das experiências já existentes, dos interesses estabelecidos e do choque das novas situações com a configuração dessas experiências e interesses.

Apresentam-se algumas questões jurídicas que estão sendo suscitadas com a Internet:

"e-mail – chats – direito à privacidade e à livre expressão

webpages/sites – direito à livre expressão; copyrights: uso autorizado de imagens e textos; proteção à propriedade intelectual, por meio de patentes, e registros de marcas comerciais; uso de denominações de URL (uniform resource locators) ou domain names; tributação sobre atividades comerciais na WEB (comércio eletrônico e prestação de serviços on-line) transações eletrônicas – criptografia e segurança contra fraudes; repressão à lavagem de dinheiro; evasão fiscal." (LUNA FILHO, 2003)

No que tange à regulamentação da Internet, tem-se a seguinte linha de pensamento:

"Todos os aspectos da Internet passíveis de regulamentação no Brasil não devem ser regulamentados só no Brasil, ou de forma a serem exigíveis somente dentro do território brasileiro, mas as regulamentações devem transcender os limites do Brasil e dos países, em geral, e extravasar por todo o mundo. Além disso, a regulamentação da Internet deve vir de cima para baixo, partindo de fóruns internacionais, neutros, isentos de interesses, constituídos

de forma a representar de maneira equilibrada as comunidades. Tais organismos devem possuir competência técnica e jurídica para baixar normas justas e realistas, efetivamente aplicáveis ao uso da rede.” (CERQUEIRA, 2002).

Apesar do encadeamento, aparentemente lógico, de juízos ou pensamentos do referido professor, nota-se que a presença interna no controle e regulamentação da Internet, também é de suma importância como afirma Arata Jr. (2001):

“a lei pode contribuir de forma indireta, como fez a *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA) norte-americana, que incluiu a previsão de antifraude, que considera crime praticamente toda tentativa de fraude aos sistemas de proteção de direitos autorais, assim como a produção e oferecimento ao público deste tipo de tecnologia.”

O DMCA foi promulgado em outubro de 1998 como uma adaptação à lei de *copyright* para a Era digital, na tentativa de se buscar uma proteção legal efetiva contra o uso inadequado e não autorizado pelo autor das tecnologias capazes de ludibriar o direito autoral.

Destarte, a Internet como instrumento da Sociedade da Informação pode nos fornecer dados estatísticos que permitem um controle do número de usuários de *sítes* que oferecem programas de compartilhamento de arquivos musicais, o número de acessos a determinado documento, possibilitando desta forma que haja uma colheita de informações, por parte do autor, ou da empresa de gestão para fins de remuneração. Sendo assim a remuneração

prevista pelo Direito Autoral pode chegar mais perto da realidade, adotando-se as estimativas oriundas da Internet.

1.3 – MP3

MP3 é a sigla de *Moving Picture Experts Group 1 (MPEG) Audio Layer 3*. Trata-se de um arquivo de computador extremamente comprimido (assim como um arquivo do “ZIP”). Esse formato é utilizado para a gravação de áudio (músicas). O formato é utilizado, como o padrão da indústria, como a melhor forma de comprimir áudio para *downloading* através da Internet. A grande popularidade do MP3 é devida a dois fatores básicos: a alta taxa de compressão e a boa qualidade do som.

O desenvolvimento do MP3 teve início no final da década de 80, sendo o formato aceito como padrão para compactação de arquivos em 1992. Basicamente, na compactação de um arquivo MP3 são retirados das músicas os sons cuja frequência não são captados pelos ouvidos humanos.

Este tipo de arquivo é somente um formato de gravação de obras musicais que com pouca memória consegue armazenar um considerável número de músicas, ele tão somente, não representa violação aos direitos autorais.

Embora, como se observa na Lei 9.610/98, a transferência de arquivos MP3, sem autorização dos titulares ou autores das obras musicais, havendo ou não intuito comercial, constitui infração aos direitos de seus titulares. Este é o mesmo entendimento de Blum e Abrusio (2003), segundo os quais:

“Acrescente-se que, não é o *software* especializado em arquivos MP3 que é considerado ilegal, embora existam algumas decisões judiciais norte-americanas condenando as empresas criadoras de tais *softwares*, fundamentadas no argumento de que a colocação de músicas no servidor sem autorização de seus autores ou titulares é ilegal. Com efeito, a ilegalidade reside na distribuição e na cópia dos referidos arquivos, sem a devida autorização do autor ou titular da composição musical”.

Deste modo, a tecnologia, a criação, está sendo colocada no banco dos réus ao lado da pirataria, pelas as mudanças ocorridas na indústria da música. Isto porque, desde o advento da Internet e da popularização do computador pessoal, passando pelo caso Napster e pelo verdadeiro surto de *sites* capazes de armazenar, transferir e baixar músicas através da grande rede, é que os dias da indústria musical tradicional, como a conhecemos, tornaram-se contados.

Estudo conduzido por dois professores norte-americanos demonstra que os programas para a troca de arquivos como o Kazaa, Morpheus e Edonkey provocam pouco impacto nas vendas de CDs. Comprovam também que os internautas que fizeram *downloads* de músicas e trocavam arquivos já não iriam adquirir comercialmente as mesmas músicas através de CDs ou outro suporte material.²⁸¹

281 Bruza. Troca de arquivos não afeta vendas de CDs, diz Harvard. Folha On Line. Disponível em: www.uol.com.br. acesso em: 30/04/2004: O trabalho, produzido por Felix Oberholzer-Gee, professor da Harvard Business School, e por Koleman Strumpf, da Universidade da Carolina do Norte, afirma que os programas para a troca de arquivos como o Kazaa, Morpheus e Edonkey provocam pouco impacto nas vendas de CDs. O resultado, segundo os professores, é que não existe uma conexão entre a

Esses são fatos que apenas demonstram e sublinham a verdadeira e imperiosa necessidade de fomento da questão jurídica na Internet, por uma abordagem nova capaz de fundir os mecanismos e possibilidades de aplicação legal do mundo físico às novas e velozes situações de Direito da Grande Rede. Incontestável oportunidade para uma pletera de profissionais jurídicos embarcarem no trem desse admirável mundo novo.

Um dos grandes problemas trazidos pela alta tecnologia é a cópia em massa. A tecnologia digital abriu novas dimensões para disseminar, utilizar e fornecer obras e interpretações protegidas pelo direito autoral e direito conexo. Outro problema sério trazido pela Revolução digital é a facilidade de adaptação e modificação de uma obra. Vê-se que a maioria dos problemas

queda nas vendas e o download de arquivos. A lógica dos professores é que os internautas não iam mesmo comprar os discos baixados pela web, então as gravadoras não tiveram prejuízo. "A quantidade de downloads no período foi muito grande cerca de 3 milhões de usuários trocaram 500 milhões de arquivos apenas na rede do Kazaa", diz o estudo. Pela amostra, a troca de arquivos não tem efeito significativo nas vendas de um disco. No máximo, as redes de compartilhamento de arquivos podem explicar uma pequena fração da queda nas vendas. Os professores norte-americanos afirmam que, na pior das hipóteses, um disco precisa ser baixado cerca de 5.000 vezes para que um CD deixe de ser vendido nas lojas de música.

A teoria dos dois pesquisadores vai mais além: a troca de arquivos pode ter impedido uma queda ainda maior nas vendas de discos, que entre 2000 e 2002 foi de 139 milhões de unidades. O estudo sugere que, para 25% dos discos mais comercializados, ou seja, aqueles com vendas de acima de 600 mil cópias, um disco a mais foi vendido para cada 150 downloads. Isso significa que os downloads prejudicam os álbuns menos populares, com vendas entre 36 mil cópias ou menos. No geral, dizem os professores, o efeito é benéfico, pois os lucros da indústria vêm dos discos mais vendidos. Para os professores, as vendas dos CDs caíram por outros motivos. Primeiro, afirmam os estudiosos, muitas pessoas trocaram os antigos LPs de vinil por CDs nos anos 90 e isso levou a uma explosão na comercialização dos discos. Outras razões para uma queda nas vendas dos CDs são "condições macroeconômicas ruins, redução na quantidade de lançamentos de discos e a competição com novas formas de diversão, como os filmes em DVD e os videogames.

enfrentados pelo Direito Autoral está em seus tradicionais conceitos como distribuição, cópia, reprodução, sendo uma das soluções apresentadas pela doutrina dominante a flexibilização de determinados conceitos. Todavia, esta não é a única solução adequada, pois os próprios instrumentos da Sociedade da Informação permitem a maior proteção ao titular do direito. Como se pode notar no entendimento subsequente:

“não apenas a Lei Autoral deve ser alvo de mudanças, é necessário que a própria tecnologia digital crie mecanismos para evitar ilícitos, tais como a utilização de obras protegidas, sua reprodução e fixação em registros digitais. Deve-se equipar-se com seus próprios instrumentos desenvolvidos para controlar, detectar, inibir e mesmo coibir práticas ilícitas ou imorais.”
(LANGE, 1996:122)

A obra musical, se fosse colocada na grande rede como uma espécie de documento eletrônico, por exemplo, permitiria um maior controle por parte do autor ou da empresa administradora dos direitos autorais, o que possibilitaria uma remuneração mais justa ao autor e um menor dano patrimonial. Ao mesmo tempo e da mesma forma permitiria um primeiro registro da obra. Ressalta-se que, na legislação atual, os titulares de direito são destituídos do controle sobre a utilização e exploração de suas obras e interpretações veiculadas e pelos meios eletrônicos. Sendo necessário, portanto, que se crie uma legislação nacional e internacional garantidora deste controle por parte dos titulares do direito autorial.

1.4 – Documentos eletrônicos

Pode-se conceituar o documento eletrônico como o que se encontra memorizado em forma digital, não perceptível para os seres humanos senão mediante intermediação de um computador. Sendo, deste modo, uma seqüência de *bits*. Os documentos eletrônicos são números binários (isto é, zero ou um) em seqüência que, reconhecidos e traduzidos pelo computador, representam uma informação.

Se os documentos digitais preencherem determinados requisitos, poderão ter validade jurídica, requisitos estes que são os mesmos exigidos para os documentos tradicionais, tais como integridade, autenticidade e tempestividade.

Entende-se por integridade a estimativa que se faz se um documento foi ou não modificado após sua concepção. Será verificada a existência ou não de contrafação (rasuras, cancelamentos, escritos inseridos posteriormente etc). Portanto, a integridade diz respeito ao conteúdo, às informações inseridas no documento.

A autenticidade é a verificação de sua proveniência subjetiva, determinando-se com certeza quem é seu autor. No documento em papel, o que demonstra a autoria geralmente é a assinatura. Naqueles documentos que não se costuma assinar, serão feitas análises grafológicas.

Quanto à tempestividade, é ela que garante a confiabilidade probatória do documento analisado. Será conferida pela verificação das formas de impressão, do tipo de tinta, os quais

deverão estar compatíveis com a tecnologia disponível quando da feitura do documento.

No âmbito jurídico, o maior obstáculo em aceitar um documento, petição ou certidão, enviado por computador ou até mesmo por fax, é a verificação da assinatura, ou seja, é quanto à segurança na identificação do autor.

Destarte, pode-se considerar que a validade jurídica dos documentos digitais dependerá da prévia garantia de sua segurança, pois primeiramente a lei deverá atribuir a tais documentos mecanismos que garantam a segurança da autoria, da autenticidade e da tempestividade, para, assim, dar-lhes validade jurídica.

A dificuldade em portar os documentos para o meio eletrônico reside em atribuir-lhes segurança comparável à que se obtém dos documentos físicos. Diversamente do que ocorre com o documento em papel, não há como lançar uma assinatura manuscrita em um documento eletrônico como forma de demonstrar a sua autoria; além disso, documentos eletrônicos podem ser facilmente alterados, sem deixar vestígios físicos apuráveis. É necessário, pois, utilizar um mecanismo técnico que possa permitir conferir a autenticidade e a integridade de um documento eletrônico.

A única maneira reconhecidamente segura de atribuir autenticidade e a integridade a documentos eletrônicos é o uso de assinaturas digitais produzidas por criptografia assimétrica.

1.4.1 – Assinaturas digitais e criptografia

Ao adotar o documento eletrônico como uma das formas de proteção da obra musical, inevitável que se utilizem os conceitos de assinatura digital e criptografia e certificação digital.

A assinatura digital seria uma espécie de selo digital, uma tatuagem, marca d'água, que permitiria a comprovação da autenticidade do emissor pelo receptor da transmissão, utilizando-se de chaves públicas que garantam a proteção integral dos dados transmitidos.

As assinaturas digitais são, na realidade, o resultado de uma complexa operação matemática que trabalha com um conceito conhecido por criptografia assimétrica. Esta operação matemática utiliza como variáveis o documento a ser assinado e um segredo particular, que só o signatário eletrônico possui: a chamada chave privada. Como somente o titular deve ter acesso à sua chave privada, somente ele poderia ter calculado aquele resultado, que, por isso, se supõe ser único e exclusivo, como uma assinatura.

Sota, citado por Barbagalo (2001:42) apresentou o seguinte conceito:

“la firma electrónica sería un concepto amplio, una categoría , que designaría de manera genérica cualquier método de firma de un documento electrónico con propósitos de identificación del autor. En cambio, la firma digital sería un concepto más restringido, subcategoría del anterior. Se trataría de una firma electrónica que utiliza criptografía de clave pública de manera que se añade a la transmisión de datos una especie de ‘selo

digital' que permite al receptor autenticar al emisor y comprobar que se ha protegido la integridad de los datos enviados".²⁸²

Para conferir a assinatura digital, não é necessário ter conhecimento da chave privada do signatário, preservando, assim, o segredo necessário para assinar. Basta que se tenha acesso à chave pública que corresponde àquela chave privada. A conferência da assinatura também é feita por operações matemáticas que, a partir do documento, da chave pública e da assinatura, podem atestar que tal assinatura foi produzida com a chave privada.

Se o documento for adulterado, posteriormente ao lançamento da assinatura digital, o resultado da operação matemática irá acusar esta desconformidade, invalidando a assinatura.

Dessa forma, se a conferência anunciar uma assinatura válida, isto significa que: a) a assinatura foi produzida com o uso da chave privada correspondente à chave pública; b) o documento não foi modificado depois de produzida a assinatura.

Para que se possa gerar uma assinatura digital, deve-se primeiramente possuir um par de chaves assimétricas, exclusivamente seu, formado pela chave privada e pela chave pública. Ao contrário do que o senso comum levaria a crer, essas chaves não mantêm qualquer vínculo com o corpo ou com dados biométricos de seu titular. São números de grande expressão (algo em torno de 300 algarismos) gerados aleatoriamente pelo computador.

282 Sota, Fernando Pérez de La. La reciente normativa española sobre firma electrónica (primeros pasos hacia un marco común europeo sobre la materia), <http://www.ssj.com.br>, 6 dez. 1999 (data de acesso), p. 1-2.

Sua segurança consiste justamente em terem sido geradas da forma mais aleatória possível, garantindo estatisticamente que não se possa nunca repetir o processo para gerar outro par de chaves idêntico, evitando a fraude. O par de chaves é calculado simultaneamente, de modo que, para uma dada chave privada, só exista uma chave pública que lhe sirva como par.

Fruto de operações matemáticas complexas e de critérios de aleatoriedade, o par de chaves é calculado pelos computadores, mediante o uso de *softwares* específicos, que trabalhem com criptografia assimétrica. Os programas navegadores, também conhecidos como *browsers*, são exemplos de *softwares* bastante conhecidos que realizam estas funções.

Como o par de chaves não mantém qualquer vínculo com o corpo de seu titular, é necessário algum mecanismo que permita atestar que a chave pública utilizada na conferência da assinatura realmente pertença a uma dada pessoa, já que é fácil gerar chaves e atribuir-lhes o nome de outrem. As operações matemáticas só podem atestar que a assinatura digital foi produzida com a chave privada que faz par com a chave pública utilizada na conferência. Algum elemento deve servir para convencer o destinatário da mensagem que a chave pública em questão realmente pertence ao sujeito nela indicado. Uma das formas de se fazer isso é por meio dos certificados eletrônicos.

Os certificados eletrônicos consistem assim em uma declaração, de um ente certificante, acerca da titularidade das chaves de uma outra pessoa, que está sendo certificada. Esse ente é também conhecido como “terceiro de confiança” porque sua declaração

deve ser tendente a gerar, para o destinatário da informação que nele confie, a certeza quanto à sua autoria.

Um certificado eletrônico contém a chave pública da pessoa certificada, os dados pessoais que a identificam, que devem ter sido conferidos pelo ente certificante ao expedir o certificado, e a assinatura digital do ente certificante.

A conferência do certificado, por sua vez, deve ser feita com o uso da chave pública do ente certificante. Isso normalmente produz outra dúvida: e como saber se a chave pública que assinou o certificado é realmente do ente certificante? Uma infra-estrutura de chaves públicas pressupõe que os usuários do sistema acreditem na autenticidade de uma chave inicial, a chamada chave raiz, que é auto-assinada, isto é, o seu certificado é assinado com a própria chave privada do par. Algum fato deve induzir no usuário a crença de que esta chave é verdadeira. A confiança na chave raiz produz confiança nas chaves de entes certificantes que tenham sido certificados pela raiz e, abaixo destes, dos usuários que tenham sido certificados pelos entes certificantes. A confiança na chave raiz produz confiança das chaves de entes certificantes por ela certificadas, e, abaixo desses entes, dos usuários que estes vieram a certificar. A essa seqüência de certificações se dá o nome de “caminho de certificação”, que pode ser verificado no próprio certificado.

Diante disto, documentos eletrônicos e assinaturas digitais podem ser considerados documentos, no sentido jurídico da expressão, segundo tem sido afirmado pela doutrina nacional e internacional.

Em 27 de julho de 2001, o Presidente da República reeditou a MP 2.200 com algumas alterações, numa tentativa de “corrigir” os abusos apontados pela OAB/SP. Dentre outras mudanças, admitiu mais um representante da iniciativa privada no Comitê Gestor da ICP-Brasil, esclareceu e consignou que a privacidade da pessoa certificada estará garantida; estipulou que ninguém será obrigado a obter certificados, pois “a validade jurídica é um atributo ligado a qualquer meio de prova, seja eletrônico ou não, desde que obtido por meio lícito”; previu que haverá presunção de veracidade dos documentos digitais, com a possibilidade de utilização de meios comprobatórios diversos para se demonstrar a sua autoria e integridade.

Dando continuidade à regulamentação do tema, em 25 de setembro de 2001, o Comitê Gestor de Infra-estrutura de Chaves Públicas – ICP-Brasil editou a Resolução nº 2, que aprova a Política de Segurança da ICP-Brasil. Foram estabelecidas diretrizes que devem ser adotadas pelas entidades participantes da ICP-Brasil, entre elas a segurança humana, física, lógica e segurança dos recursos criptográficos na Internet.

Outras regras já foram acrescentadas em nosso ordenamento jurídico, a fim de dar validade jurídica aos documentos digitais. Assim, há três projetos de lei tramitando no Congresso Nacional, sobre a matéria, um é o Projeto de Lei do Senado nº 22, outro é o recente PL nº 1483, e, ainda, há o Projeto de Lei nº 1589, proposto em agosto de 1999 pela OAB/SP, que segue algumas regras da Lei Modelo da UNCITRAL.

Com a edição da Medida Provisória nº 2.200/01, houve reco-

nhecimento legal expresso do uso de assinaturas digitais por processo criptográfico para atribuir autenticidade e integridade a documentos eletrônicos. O texto final, em vigor, da Medida Provisória nº 2.200-02, de 24 de Agosto de 2001, após alterações sofridas nas duas reedições, deixa claro, em seu artigo 10, parágrafo 2º, que a validade jurídica de documentos eletrônicos não está sujeita à certificação oficial da ICP-Brasil, criada pelo referido diploma. Assim têm-se mostrado, aliás, a tendência das novas legislações que vêm regulando a matéria em outros países, notadamente na Europa e Estados Unidos.

Medida Provisória nº 2.200-02, de 2001:

Art. 10. Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória.

§ 1º As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei no 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil.

§ 2º O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento.

Nenhuma tecnologia propicia segurança inatacável; ninguém com responsabilidade omitiria os riscos envolvidos no uso de assinaturas digitais. Verdadeiramente, as operações matemáticas utilizadas nas assinaturas digitais têm sido analisadas há mais de

duas décadas pela comunidade científica, mostrando-se sólidas e confiáveis. Entretanto, embora seja o coração do sistema, o aspecto matemático da questão é apenas um dos elos de uma corrente. Se decifrar os códigos criptográficos utilizados tem se mostrado inviável, isso não quer dizer que inexistam outros meios de ataque ou fraude. O importante para o usuário, pois, é saber quais são os pontos mais sensíveis, para poder dispensar cuidados adequados.

Ao se equiparar as músicas à documentos eletrônicos, possibilitar-se-á maior segurança ao titular do direito autoral, porque somente o detentor das chaves por ele, ou empresa de gestão coletiva, fornecidas terão acesso lícito à obra criptografada, soma-se a essa limitação o fato de que a obra intelectual, apresentada na forma de documento eletrônico, facilitaria o registro da mesma.

Mesmo que a obra não tome a forma de documento eletrônico, a simples criptografia possibilitaria ao autor, titular da obra ou empresa de gestão, melhor mensuração e controle sobre a utilização da obra.

No entanto, o controle por parte do autor ou de qualquer mecanismo entra em conflito com o direito autoral, na medida em que limita o acesso à cultura e também o acesso ao público e ao princípio do *fair use*. Também entra em conflito com o princípio da liberdade de acesso, pilar da Sociedade da Informação, necessitando-se, então, de uma ponderação entre princípios para melhor adequação de ambos, Sociedade da Informação e Direito Autoral.

1.5 – Gestão Coletiva

Uma das soluções mais discutidas e apresentadas pela doutrina diz respeito à administração dos direitos autorais, mais precisamente sobre a administração da obra, como a obra será gerida na era digital.

A administração coletiva, ou gestão coletiva como é comumente reconhecida, é um instrumento conjunto da Sociedade da Informação e do Direito Autoral que possibilita maior controle de reproduções, ou melhor, que visa ao acesso condicionado à obra administrando e representando os titulares por meio de contratos com os autores ou determinações legais.

Ressalta-se que, além da gestão coletiva, a administração da obra também poderá ser feita pelo titular do direito autoral que poderá dispensar a mediação da entidade de gestão.

As entidades de gestão são representantes dos titulares, realizando atos jurídicos em nome destes, geralmente esta representação é feita por meio de mandato. O mandatário gere coletivamente direitos de vários autores.

O conceito de Gestão Coletiva pode ser dividido entre “discricionária” e “necessária (forçosa e forçada)”. Na gestão coletiva discricionária “o titular não é constrangido a recorrer à entidade de administração. Confia-se a uma entidade a gestão de obras ou prestações suas.” (Ascensão, 2002: 285/284).

Já a gestão coletiva “necessária forçosa” encontra-se “quando o recurso de gestão coletiva, sendo embora juridicamente livre é,

todavia imposto pela possibilidade ou grande dificuldade prática de o titular assegurar por si a gestão". Enquanto que a gestão coletiva forçada que "resulta da imposição legal de gestão coletiva" (ASCENSÃO, 2002: 286).

Outra espécie de administração coletiva é apresentada por Lange (1996):

"são as chamadas RROs (*Reproduction Rights Organizations*), isto é, organização voluntária de direitos de reprodução, na qual serão negociadas cópias lícitas. Tal organização traz benefícios não apenas aos autores que irão receber royalties, como também aos usuários que, além de terem certeza de conseguir uma reprodução lícita, será, sem dúvida, de um custo bem menor."

Clark²⁸³ citado por Lange (1996:142) também defende a administração coletiva que é chamada de "permissão de franquia:"

"Distingue-a do chamado licenciamento coletivo de direitos. Nela as RROs negociariam diretamente com usuários, e distribuiriam os royalties aos titulares segundo pesquisas de avaliação dos serviços e obras mais utilizadas. Na administração coletiva os titulares reservam para si algumas condições de licenciamento e não deixavam tudo ao cargo das RROs."

Como exposto verifica-se que nas obras em questão, músicas, a gestão coletiva presente é a forçada, pois há impossibilidade ou grande dificuldade prática de o titular realizar individualmente a gestão.

283 CLARK, Charles. The Publisher in the Electronic Age: The Licensing of Rights. In: *Wipo Worldwide Symposium on the Impact of Digital Technology on Copyright and Neighboring Rights*. 1993, Cambridge. Anais Cambridge, mar. 1993. 262 p. p. 55-62.

Ascesão (1997:620) exemplifica a situação da obra musical:

“Consideremos uma obra de música ligeira. O autor não tem a possibilidade física de negociar as autorizações e remunerações respectivas individualmente – às 10 h para a TV X, às 21 h para o clube Y, depois para a revista Z. nem pode passar o dia para saber se a sua música foi tocada ou não e quantas vezes. Nem pode ter serviços que assegurem a cobrança das remunerações que lhe são devidas”.

Ainda afirma o referido autor que a gestão coletiva, no que tange à obras musicais, é genérica. A licença é para todo o repertório do autor. São feitos “acordos globais com utentes, em que é autorizada a utilização de todo o repertório da entidade. Não há autorizações individualizadas, mas universais; e as remunerações recebidas são globais também”.

Nota-se que o titular da obra musical e, por conseguinte os direitos autorais, são vulneráveis às condições apresentadas pelas empresas de gestão. O autor é forçado a aderir a uma entidade de gestão, aceitando em bloco as condições desta, o que por consequência diminui a eficácia do direito autoral, visto que este busca uma remuneração justa do autor.

Todavia a Sociedade da Informação apresenta algumas soluções técnicas que possibilitam ao titular dos direitos autorais um controle individual sem a intermediação da entidade de gestão, ou até mesmo com a mediação da administradora coletiva. Facilita, da mesma forma, para que o cálculo da remuneração seja mais equitativo. Esses instrumentos técnicos permitem, também que o acesso à obra seja rastreado, condicionado e seguro e ao mesmo tempo livre.

Segundo Lange (*op. cit.*) o SCMS (Serial Copy Management System) é um dos meios técnicos que contribuem para a tese acima exposta. O componente SCMS “não permite cópias de outra de Segunda geração, ou seja, pode-se, a partir de CD original (A), fazer uma cópia “B”, porém esta última não poderá ser reproduzida novamente, impedindo, assim, novas gerações.”

Contudo, a autora ressalta que, “não obstante esse meio técnico impeça uma reprodução da cópia de Segunda geração, no entanto, o suporte de primeira geração permite que se façam cópias ilimitadas de seu conteúdo sem perda da qualidade.”

Goldberg e Feder²⁸⁴ *apud* Lange (*op. cit.*:146) apresentam outro meio técnico de controle de cópia de obras digitais ou digitalizadas que são denominadas de “técnicas para possibilitar o *software*, que busca material e o restaura, a verificar se o usuário tem uma licença válida de fazer o que quiser.” Adotam a situação do “*gopher* que visa à busca simultânea de informações depositadas em uma vasta cadeia de computadores conectados à Internet. Esse programa é projetado para verificar se as licenças que o usuário deve possuir estão presentes no momento em que solicita o serviço”.

Ainda pode-se verificar, outros meios técnicos, “capazes de fiscalizar a reprodução de obras em formato digital”, como os “cartões espertos ou inteligentes (*smart cards*), pelos quais o usuário se identifica e paga os respectivos *royalties* pelo serviço prestado,

284 GOLDBERG, Morton David & FEDER, Jesse M. Copyright and Technology: The Analog, the Digital, and the Analogy. In: Wipo Worldwide Symposium on the Impact of Digital Technology on Copyright and Neighboring Rights, 1993, Cambridge. Anais Cambridge, mar. 1993. 262 p.p. 157-69.

automaticamente.” Outro meio técnico é o ISRC (*International Standard Recording Code* ou Código de Gravação de Padrão Internacional), dispositivo esse que “fornece um código internacional de identificação (como produtor original, país de origem, etc.). Por meio dele, poder-se-á, ao mesmo tempo, identificar e quantificar as utilizações efetuadas da obra em questão que é transmitida eletronicamente.” (LANGE, *op. cit.*)

Além das posições técnicas as entidades de gestão devem ser fiscalizadas pelos Estados, pelos mecanismos legais que coíbam a exploração inadequada dos direitos por elas representados, tais como tratados internacionais que visem à proteção do titular da obra. Um exemplo é o Tratado de Amsterdã, que em seu art. 82 proíbe o abuso da posição dominante das entidades de gestão.

No Brasil, temos a presença do ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição), titular exclusivo da gestão coletiva dos direitos patrimoniais de execução pública no território nacional, por expressa determinação legal, instituído pela Lei n. 5.988/73. Sua finalidade é aprimorar e modernizar o sistema de gestão coletiva, traduzindo maior eficácia na arrecadação e distribuição dos direitos autorais de execução pública musical, além de substituir as sociedades autorais nessa tarefa e impedir o aparecimento de outras.

O art. 99 combinado com § 4º, art. 68 da Lei dos direitos autorais (Lei n. 9.610 de 19 de fevereiro de 1998) veio consolidar o primado da gestão coletiva dos direitos autorais de execução pública musical no País, gestão essa exercida com exclusividade pelo ECAD, por intermédio das sociedades que o administram.

No entanto, a legitimidade social do ECAD é irrefutável, como se pode observar:

“É fundamental para o momento em que atravessa a gestão coletiva dos direitos autorais musicais, que se implante a legitimidade social do ECAD. Se a sua legitimidade legal é irrefutável, o mesmo ainda não se dá com relação à sua legitimidade social. Vários são os motivos que poderiam ser relacionados como indicativos dessa limitação grave, os quais vão desde os próprios compositores, que desconhecem a sua estrutura e o seu funcionamento, até as grandes empresas interessadas em não pagar os direitos autorais das obras musicais de que se utilizam, tudo isso somado à incompreensão e reiterados equívocos cometidos pelo Poder Judiciário, quando não reconhece a importância na proteção dos direitos autorais musicais administrados pelo ECAD.” (NETO, 2003)

Verificados os problemas decorrentes da Gestão Coletiva e apresentadas algumas possíveis soluções técnicas e jurídicas além de visto ser a Gestão Coletiva instrumento dos mais preciosos para o controle, condicionamento e fiscalização da obra autoral, o caminho a ser percorrido transcorre os princípios decorrentes da Sociedade da Informação e do Direito Autoral, já que algumas limitações técnicas conflitam com o Direito Autoral.

1.6 – Princípios da Sociedade da Informação

O pilar da Sociedade da Informação está no **princípio do livre acesso** ou uso livre, principalmente com advento da Internet, que possibilitou a facilidade de disponibilização da informação e de base de dados.

Como salientam Blattmann e Rados (2001) “cada vez mais o acesso à informação torna-se vital para que o indivíduo interaja na sociedade e possa se realizar como cidadão”.

O mesmo entendimento possui Luna Filho (*op. cit.*):

“A livre circulação de idéias e manifestação do pensamento surge como o principal valor a ser protegido pelas regras de Direito. Em seguida, ganham corpo as questões tradicionalmente ligadas à propriedade: propriedade e uso da informação; propriedade e direito autoral, no uso de imagens e de criações intelectuais; marcas comerciais e outros signos distintivos”.

Ascensão (2002) é mais enfático, pois afirma que “um grande princípio da nossa sociedade é o da liberdade da informação”. Embora faça ressalvas no sentido que a informação “apropriada” está, cada vez mais, sobre o domínio de grandes conglomerados. Ressalta também que até mesmo o princípio da liberdade de informação encontra limites quando a “informação passa a ser objeto de direitos”, no caso o Direito Autoral.

Ascensão (2002) ainda afirma que:

“Temos perante os olhos uma sociedade em que a informação ocupa um lugar central. Isto representa em si uma homenagem ao espírito, permitindo ao homem elevar-se às potencialidades da sua natureza racional e ficando com melhor base para a realização da sua personalidade. E dá à sociedade novos meios para vencer os desafios do tempo presente, nomeadamente a injustiça e a exclusão que em tão vastos domínios a caracteriza hoje.”

Outro princípio que se aplica à Sociedade da Informação e que está diretamente relacionado ao Direito Autoral é o “**prin-**

cípio da subsidiariedade”. Consiste na aplicação subsidiária de normas para solucionar conflitos oriundos de relações jurídicas digitalizadas, visto que a regulamentação jurídica na Sociedade da Informação, ainda não é adequada, sendo por muitas vezes lacunosa.

Segundo Paiva (2003) alguns pressupostos devem ser observados para aplicação deste princípio:

“Esclarecemos que dois pressupostos devem ser observados antes da aplicação desse princípio. O primeiro diz respeito a *omissão*, ou seja, as normas tradicionais só poderão ser aplicadas nas relações virtuais se as mesmas não tiverem previsão legal. O segundo pressuposto para aplicação é de que não seja *incompatível* com os demais princípios e normas vigentes sobre o assunto, bem como que sua efetivação não determine procrastinações e inadequações ao desenvolvimento natural dessas relações, permitindo a celeridade e a simplificação, que sempre são almejadas na solução dos conflitos.”

O autor acima exposto afirma que em relação ao Direto Autoral é necessário maior atenção na aplicação do princípio da subsidiariedade, isto devido a grande complexidade que envolve o tema, como poderá ser notado no capítulo seguinte.

2. O DIREITO AUTORAL, PRINCÍPIOS E LEGISLAÇÕES VIGENTES

2.1 – O Direito Autoral

A existência do Direito Autoral precede a Roma antiga, contudo seu fortalecimento só foi possível após a invenção da imprensa por Gutemberg. O desenvolvimento tecnológico fez com que a reprodução, distribuição e transmissão da obra se tornassem mais numerosas. Com isso as legislações evoluíram, adaptando seus conceitos e fortalecendo a proteção da obra.

No que tange à tutela do autor, existem, basicamente dois sistemas, o sistema do *copyright* e o sistema do direito do autor propriamente dito. O primeiro é adotado, principalmente nos países do *commow law*, no direito anglo-saxão e por ele há um privilégio de reprodução, em que a obra não deve ser cópia de algo anterior. Como ensina Ascensão (1997): “na base, estaria a materialidade do exemplar e o exclusivo da reprodução deste.” Nos países de tradição latina e geralmente nos países que adotam o *civil law* prevalece o direito do autor propriamente dito, em que a criação ganha maior proporção e é privilegiada. Nestes países o caráter original da obra é mais relevante.

O Brasil adota o sistema do direito do autor e a proteção está prevista pela Lei 9.609/98 e principalmente pela Lei 9.610/98 que em seu art. 7º determina:

“Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte,

tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: os textos de obras literárias, artísticas ou científicas; as conferências, locuções, sermões e outras obras da mesma natureza; as obras dramáticas e dramático-musicais; as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixa por escrito ou por outra qualquer forma; as composições musicais, tenham ou não letra; as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia...”

Além da proteção prevista pela legislação específica, a Carta Magna de 1998 garante ao titular da obra a proteção plena de seus direitos, o que é conferido pelo inc. XXVII, art. 5º, como se segue: “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.”

Como visto, o art. 7º da Lei 9.610/98 confere ao Direito Autoral, inicialmente dois princípios, quais sejam, a *proteção a criação de espírito*, expressas por qualquer meio e à *exclusividade de utilização da obra*. O que nos remete para o conceito de Direito Autoral apresentado por Pilati (2000): “à guisa de conceito operacional, entende-se por Direito do Autor ou Direito Autoral aquele que tem o autor de ligar o seu nome à obra do espírito, de qualquer modo exteriorizada, podendo reproduzi-la e transmiti-la.”

Já outros autores adotam conceitos mais técnicos, como Corrêa (2000):

“Os direitos autorais são aqueles que conferem ao autor de obra literária, científica ou artística a prerrogativa de reproduzi-la e

explorá-la economicamente, enquanto viver, transmitindo-a aos seus herdeiros e sucessores pelo período de setenta anos, contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento”

O Direito Autoral é visto por Ascensão (1997) como o gênero que abrange, além dos direitos de autor, “os chamados direitos conexos do direito de autor, como os direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão.” O referido autor, ainda aponta uma distinção entre os Direitos de Autor e Direito Autoral, para o mesmo o Direito de Autor “é o ramo da ordem jurídica que disciplina a atribuição de direitos relativos a obras literárias e artísticas.” De acordo com Ascensão, o Direito do Autor “tem assegurado a sua autonomia como ramo de Direito Civil” de onde provém a sua natureza e acrescenta que o objeto do Direito de Autor é a obra literária ou artística.

Sendo a obra literária ou artística fruto da criação de espírito do titular, a este pertence o direito moral sobre sua criação. Da mesma forma, como foi o titular quem forneceu para a sociedade esta produção cultural, a ele deve ser oferecida uma contrapartida de cunho patrimonial.

Nessa mesma linha está Pilati (op. cit.):

“Os Direitos Autorais são, em essência, mescla de elemento moral (pertinente à personalidade do autor), com direitos patrimoniais (poder de explorar economicamente a obra, como mercadoria); isto configura direito subjetivo de estrutura e tutela *sui generis*, a dita propriedade imaterial.”

O que, segundo Pilati, resulta nas seguintes conseqüências:

“a) o poder de disposição, no campo patrimonial, opera num regime contratual especialíssimo – em que as cláusulas interpretam-se restritivamente, a favor do autor (art. 4º da LDA); em que não se incluem, nas transferências, os direitos morais (art. 49 LDA); em que se exige instrumento escrito e se presume, na ausência de cláusula contrária expressa, a onerosidade da cessão ou autorização.

b) mesmo depois de caída em domínio público (70 anos a morte do autor, ou antes, se não tiver herdeiros – arts. 41, 96 e 45 da LDA), permanece a proteção da integridade da obra, a cargo do Estado (art. 24, §2º da LDA e Lei 5.805, de 3 de outubro de 1972).”

2.2 – Reprodução, Distribuição e Comunicação ao público na Lei 9.610

A Lei 9.610 – Lei dos Direitos Autorais trouxe uma evolução no campo jurídico, no que tange o aos novos acontecimentos econômicos, sociais e culturais e principalmente tecnológicos. Em relação a estes últimos, que vêm provocando grande impacto nos direitos autorais devido a nova forma de utilização e exploração da obra intelectual – a digital – a legislação modernizou-se, adequando-se para definir e reconhecer os novos direitos, aplicando sanções às violações desses direitos, inclusive no que se refere às alterações, supressões e inutilizações de dispositivos tecnológicos de proteção à obra intelectual.

Apesar de o Brasil não ter ratificado os tratados da OMPI – Organização Mundial da Propriedade Intelectual – concluídos em dezembro de 1996 – conhecidos como **TRATADOS DA**

OMPI SOBRE INTERNET – AGENDA DIGITAL – o WCT – WIPO COPYRIGHT TREATY e o WPPT – WIPO PERFORMANCES AND PHONOGRAMS TREATY, cujas regras constituem a modernização do sistema internacional dos direitos autorais e conexos para a era digital, a lei brasileira, que é posterior aos referidos tratados, adotou parte da sistemática destes tratados, análoga e em algumas vezes mais moderna do que diz respeito aos avanços da Sociedade da Informação.

Dessa forma, mister se faz a análise dos conceitos de reprodução, distribuição e comunicação ao público, adotados pela legislação pátria sob orientação do WCT-WIPO COPYRIGHT TREATY.

2.2.1 – Direito de reprodução

O artigo 5º, VI – Lei 9.610/98 apresenta o seguinte conceito de direito de reprodução:

“VI – reprodução – a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido.”

Como pode ser observado, o direito de reprodução passou por uma ampliação em seu conceito, o que permitiu considerar “qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido”. Sabe-se que a reprodução de uma obra inte-

lectual no mundo digital permite sua rápida disseminação, sem nenhuma perda de qualidade, ao contrário do que ocorre, muitas vezes, com as reproduções havidas no mundo analógico.

Essa ampliação no conceito de reprodução permitiu, portanto, que se alcançasse a forma digital, atendendo o princípio autoral de exclusividade do autor também no que concerne às novas utilizações decorrentes do avanço tecnológico e assim também quanto a qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido, prevendo-se, desde logo, os demais avanços nas tecnologias digitais.

Embora haja esta ampliação, nota-se claramente que o legislador não foi totalmente feliz, como observa Ascensão (2002:12), visto que faz uma evidente menção na primeira parte do inciso que a reprodução estaria ligada a cópias de exemplares em meios tangível e logo em seguida fala em armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos o que resulta em meio intangível.

O **WCT** amparado no artigo 20 do Convênio de Berna que permite a celebração de acordos, desde que confirmem aos autores direitos mais amplos que aqueles concedidos pela Convenção, ou contenham outras estipulações não contrárias à Convenção de Berna – também reconhece o direito de reprodução incluindo o armazenamento em forma digital em um suporte eletrônico, tal qual consta da lei brasileira.

2.2.2 – Direito de Comunicação ao Público

Já o **direito de comunicação ao público**, reconhecido pela Lei Brasileira no artigo 5º, V e também previsto no **WCT** é outra

importante forma de utilização da obra, principalmente na Sociedade da Informação. O conceito é o que preceitua o artigo 5º, V da Lei nº 9.610/98: “V- comunicação ao público – ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares;”

Embora haja uma ampliação no conceito de comunicação pública, podendo, incontestavelmente alcançar a forma digital como: o ato pelo qual a obra é colocada ao alcance ao público – no Capítulo II, cujo título é “Da Comunicação ao Público”, a lei acabou delimitando tal ato apenas aos direitos de representação e execução públicas, nos artigos 68 e parágrafos, que são espécies do gênero do direito de comunicação ao público.

O mesmo não acontece no WCT que trata do tema no artigo 8º dos direitos de comunicação pública. O WCT possui um conceito mais *latu*, mais amplo, pois qualquer comunicação ao público, independente do meio de utilização, cabos ou fios, irá depender do direito de exclusividade do autor, o conceito do WCT compreende a colocação à disposição do público das suas obras de forma que os membros do público possam acessar essas obras de um lugar e em um momento, individualmente escolhidos por eles.

2.2.3.- Direito de distribuição

O direito de distribuição, também é outro meio de utilização da obra autoral que vem propiciando grande discussão, em virtude

das facilidades propiciadas pela Sociedade da Informação, principalmente Internet.

O artigo 5º , IV que trata do direito de distribuição da seguinte forma:

“IV – distribuição – a colocação à disposição do público do original ou cópia de obras literárias, artísticas ou científicas, interpretações ou execuções fixadas e fonogramas, mediante a venda, locação ou qualquer outra forma de transferência de propriedade ou posse;”

Numa primeira análise, o direito de distribuição pressupõe a “materialização do objeto” (ASCENSÃO, 2002:9), por meio de exemplares físicos, “o que implica a existência de suporte material ou tangível (SANTOS, 2001:142). Contudo, é indubitável que a distribuição eletrônica também pode ser protegida, já que o objeto do direito autoral é a obra que atualmente pode ser digitalizada (cf. SANTOS *op. cit*), desde que citem estas novas formas de obra: “obra multimídia, base de dados eletrônica, programas de computador, *web site*.”

Mais a mais, o art. 29, VII da LDA abrange a distribuição eletrônica quando se refere à distribuição de obras mediante recursos de telecomunicações. Contudo, nota-se que não houve uma atualização, propriamente dita, no conceito de distribuição presente no art. 5º, apesar da preocupação oferecida pelo art. 29 da LDA.

Da mesma forma que o WCT, a legislação pátria garante o direito exclusivo que o titular tem de distribuir a sua obra para o público, mediante venda ou outro tipo de transferência de propriedade.

Assim estabelece o artigo 6º 1) do WCT que: 1) “Os autores de obras literárias e artísticas gozarão do direito exclusivo de autorizar a colocação à disposição do público do original e dos exemplares de suas obras mediante venda ou outras formas de transferência de propriedade.”

Além do mais, a lei brasileira, ainda tratando do direito de distribuição fez consignar dentre os exclusivos direitos patrimoniais do autor, no artigo 29, *in verbis*:

VII – a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário”

2.3 – O Registro como forma de segurança

Por ter o Direito Autoral caráter híbrido de proteção ao autor é que se fortalece a tese de que ao se propiciar uma remuneração mais justa ao titular da obra, através de um sistema criptográfico, ou outro meio tecnológico análogo oferecido pela Sociedade da Informação, fortalece-se também o Direito Autoral, mesmo haja limitação ao acesso à cultura, que de certa forma poderá continuar livre.

O componente cultural, que é necessário ao Direito do Autor, ganha maior segurança com o advento e aprimoramento dos meios técnicos da Sociedade da Informação, que poderão evitar

a banalização da cultura na Grande Rede. O “*caps*” da informação que foi referido inicialmente, já não será tão presente porque até mesmo a informação poderá ter proteção do Direito Autoral.

A possibilidade de maior segurança ao Direito Autoral oferecida pelo avanço tecnológico faz com que se discuta a necessidade de registro da obra, que atualmente não é obrigatório conforme os arts. 18 e 19 da LEI 9.610/98 *in verbis*:

“Art. 18: A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro.

Art. 19: É facultado ao autor registrar a sua obra no órgão público definido no caput e no § 1º do art. 17 da Lei 5.988/73.

Art. 17 da Lei 5.988/73: Para segurança de seus direitos, o autor da obra intelectual poderá registrá-la, conforme a sua natureza...”

Como bem observam Blum e Abrusio(2003):

“Ressalta-se que a simples menção de autoria, independentemente de registro, identifica sua titularidade. Portanto, verifica-se que o registro não é obrigatório, trata-se apenas de datação e de uma segurança a mais para os titulares”

Da mesma forma tem-se o pensamento de Marques Bruno (2001):

“Nos termos parte do autor.

Contudo, penso que a prudência sempre é o melhor remédio para evitar maiores consubstanciados no *artigo 18*, da *Lei n.º 9.610/98*, a *proteção dos direitos autorais não depende de*

registro. Este na verdade, de acordo com o disposto no artigo 19, é uma faculdade outorgada ao autor, que poderá proceder ou não o registro de sua obra junto ao órgão competente.

Em outras palavras, a condição principal para que uma obra seja objeto de proteção reside na sua **criação**, independentemente de qualquer outra providência por dores de cabeça, ou seja, na hipótese de uma discussão de cunho judicial, que envolva a necessidade de identificação do verdadeiro titular de uma obra intelectual, aquele que apresentar documento hábil que demonstre a sua condição de criador, certamente encontrará a proteção jurisdicional em seu benefício de maneira mais rápida!”

A obra nasce com a atividade criadora do autor, a partir deste momento já é protegida pelo direito autoral. No entanto, proteger o desconhecido é de difícil aplicabilidade, por isso a existência de várias associações de autores, que propiciam que o inédito seja revelado e disponibilizado com a primeira exposição através de um simples registro nessas entidades.

A existência de cartórios virtuais e documentos eletrônicos permite que haja, por parte destas entidades de gestão, um registro eletrônico da obra, para averiguação *on line* junto à Sociedade da Informação. Não que seja considerado autor quem fez qualquer tipo de registro, mas haverá a possibilidade de se comparar obras musicais e seus plágios de maneira mais efetiva.

2.4 – A música e os impactos do MP3 no Direito Autoral

A obra musical, como visto, é protegida pelo art. 7º da Lei 9.610/98. Toda a composição musical é protegida pela legislação brasileira, estando ela presente ou não em texto ou letra.

A utilização da obra musical depende, na maioria das vezes, da autorização do autor ou do titular dos direitos autorais, como previsto no art. 29 da Lei 9.610/98: “Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades”.

As principais formas de utilização das obras musicais são: a reprodução, a execução pública e a distribuição. A tecnologia do MP3, por possibilitar armazenamento de um grande número de músicas em pouca memória, fez com que essas formas de utilização fossem mais presentes na Internet.

Para Elias (2002) é “extremamente preocupante” a utilização (reprodução) de obras protegidas devido o desenvolvimento de “novas tecnologias” (MP3).

Como salientado anteriormente, a forma de utilização dos arquivos MP3 é que deve ser objeto de preocupação, já que depende de expressa autorização do titular dos direitos autorais, como expressa o art. 5º, 68 e 94 da Lei 9.610/98:

“Art. 5º. (...)

VI – reprodução – a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido.

VII- contrafação – a reprodução não autorizada;

“Art. 68 – Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas. (...)

§ 2º – Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou litero-musicais mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica. (...)

§ 4º – Previamente à realização da execução pública, o empresário deverá apresentar ao escritório central, previsto no artigo 99, a comprovação dos recolhimentos relativos aos direitos autorais.(...)

§ 6º – O empresário entregará ao escritório central, imediatamente após a execução pública ou transmissão, relação completa das obras e fonogramas utilizados, indicando os nomes dos respectivos autores, artistas e produtores.

“Art. 94 – Cabe ao produtor fonográfico perceber dos usuários a que se refere o artigo 68 e parágrafos desta Lei os proventos pecuniários resultantes da execução pública dos fonogramas e reparti-los com os artistas, na forma convencional entre eles ou suas associações.”

Embora as produtoras de fonogramas e suas associações aleguem que tiveram prejuízos nas vendas musicais com a utilização do MP3 nos últimos anos, estudos comprovam que esta tecnologia vem proporcionando maior combate à pirataria. Também oferece poucos obstáculos à venda de CDs, tem proporcionando aumento na venda de músicas *on-line*.

A tendência é que o número de CDs vendidos caia no decorrer dos anos, assim como aconteceu com a venda de disco vinil, isso é fruto da evolução tecnológica, é uma tendência natural.

Segundo dados estatísticos publicados pela ABPD (Associação Brasileira dos Produtores de Discos) “o faturamento da indústria

fonográfica mundial em 2001 foi de US\$ 33,7 bilhões. A venda de música no mercado mundial teve uma queda aproximada de 5% em valores e 6,5% em unidades.”²⁸⁵

A ABPD alega que este resultado é fruto da “pirataria comercial, facilitada pelo CD-R e pela Internet, e também pelo declínio econômico global em 2001.”

De fato o implemento de programas como o Napster, Gnutella, iMesch e *sites* como o Kazaa fez com que ocorresse uma imediata queda no mercado de vendas de obras musicais pelo uso inadequado destes programas e *sites*.

Contudo, isso foi fruto de uma euforia digital momentânea, como bem observa Colares (2004):

“Há alguns anos, desde meados de 2001, depois do boom da economia digital, ao tempo em que a poeira da euforia se assentou, decretou-se o fim da cultura anarquista na arquitetura eletrônica global. Os vetores empresariais passaram a reger a nova economia, e aqueles que se mostraram alheios a este fato tiveram sua sepultura selada.”

Uma pesquisa lançada recentemente em Harvard, demonstra que a troca de arquivos MP3 provoca pouco impacto na venda de músicas, já que as pessoas que utilizam estes serviços já não iriam comprar os CD’s, baixados pela Internet.

Soma-se a esta pesquisa o fato de que estudos divulgados

285 Associação Brasileira dos Produtores de Discos. Estatísticas e Dados de Mercado: Mercado Mundial. Disponível em www.abpd.org.br. Acesso em 20 de abril de 2004.

recentemente comprovam que a venda *on-line* no ano de 2003 cresceu nos EUA, país que mais utiliza serviços de troca de arquivos no mundo. Isso de acordo com artigo publicado no *site* [www. infodesktop.com](http://www.infodesktop.com), que descreve o seguinte:

“Um estudo divulgado pela empresa Ipsos-Insight revela que as vendas de música *on-line* triplicaram durante o ano de 2003 no mercado norte-americano.

O comunicado disponibilizado pela empresa revela que no mês de Dezembro perto de 22 por cento dos utilizadores norte-americanos com mais de 12 anos de idade pagaram para fazer o download de uma música.

Estes valores apontam para que perto de 10 milhões de norte-americanos tenham pago para fazer o download de uma música.

O mesmo estudo revela que 62 por cento dos utilizadores que fazem o download de música guardam essa música em CDs enquanto que 26 por cento dos utilizadores guardam a música em leitores MP3.”²⁸⁶

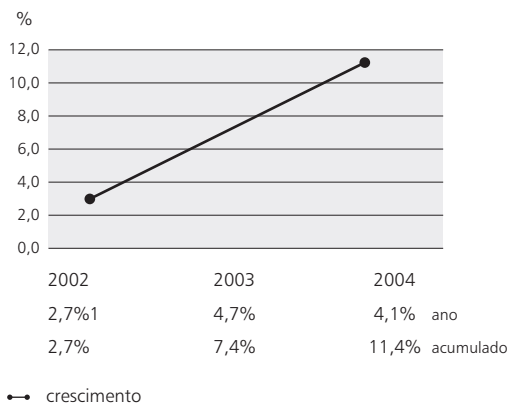
Da mesma forma, o *site* da Folha *on-line* noticia que a venda de música nos EUA cresce, apesar do *download* de arquivos²⁸⁷: Houve um crescimento de 9,1% no primeiro trimestre deste ano, dados estes divulgados pela empresa Nielsen SoundScan.

O crescimento também é esperado pela indústria fonográfica brasileira. De acordo com dados apontados pela ABPD, haverá

286 Vendas de música *on-line* triplicam em 2003. Disponível em: [www. info-desktp.com](http://www.infodesktop.com). Acesso em: 06 de maio de 2004.

287 Venda de música cresce nos EUA, apesar do *download* de arquivos. Disponível em: www.uol.com.br/folhaonline/informática. Acesso em: 12 de abril de 2004.

um aumento na ordem de 11,5% conforme gráfico a da figura abaixo:



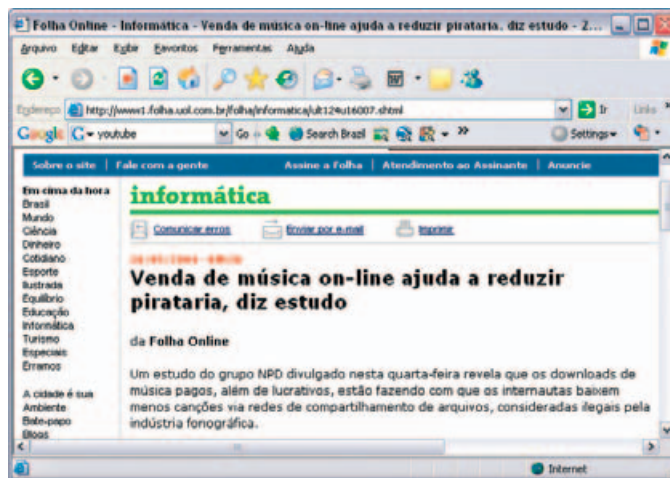
Fonte: ABPD

A Associação aponta a seguinte causa para tal ocorrência: “Mesmo com a crise do ano anterior, que derrubou nosso mercado em 25%, a perspectiva para os próximos anos é positiva, de acordo com os executivos das gravadoras.”²⁸⁸

O mais surpreendente é que a ABPD que sempre apontou a tecnologia e Internet como principais fontes da queda de venda, agora sustenta que “um aumento na repressão à falsificação de nossos produtos, somada às novas tecnologias de distribuição e aos novos tipos de produtos, serão as alavancas deste crescimento.”

288 Associação Brasileira dos Produtores de Discos. Estatísticas e Dados de Mercado: Perspectiva. Disponível em www.abpd.org.br. Acesso em 20 de abril de 2004.

Em outro artigo o jornal eletrônico Folha *on-line* aponta dado interessante sobre as vendas de músicas, como demonstra Figura 2:



A redução da pirataria ocorre porque a adoção de *sites* que vendem músicas *on-line* está fazendo com que se reduza a pirataria na grande rede. Os “apaixonados por músicas” estão cada vez mais adotando este tipo de serviço. Estes dados foram revelados pela empresa NPD music.

Segundo a pesquisa, 5% dos usuários que compraram CDs de música também compraram canções pela Internet no primeiro trimestre de 2004. Apesar de pequena, a porcentagem de internautas que fez *downloads* pagos é três vezes maior do que o registrado no mesmo período do ano passado. Entre aqueles que compraram CDs e músicas pela Internet, diminuiu o uso de

redes de troca de arquivos, diz ainda o estudo da NPD. A probabilidade de esses internautas baixarem uma canção por meio dessas redes caiu de 64% no ano passado para 42%.

Segundo John Perry Barlow²⁸⁹ citado em Marzochi (2004) tem-se o seguinte sobre o impacto do MP3 no mercado musical :

“A última vez que se tentou amplamente usar a tecnologia para evitar as cópias – lembra quando a maioria dos softwares era protegida contra cópia? – ela falhou completamente. Embora os executivos do entretenimento sejam lentos demais para perceber isso, um dia eles se darão conta que deveriam ter entendido há muito tempo: a livre proliferação da expressão não diminui seu valor comercial. O acesso livre a aumenta e deveria ser encorajado, em vez de reprimido. (...) A maioria de nós vive hoje graças à inteligência, produzindo “verbos”, isto é, idéias em vez de “substantivos”, como automóveis e torradeiras. Médicos, arquitetos, executivos, consultores, advogados: todos sobrevivem economicamente sem serem “proprietários” de seu conhecimento. (...) Desde que o MP3 começou a inundar a rede, as vendas de CDs aumentaram 20%. Depois de desistir da proteção contra cópias, a indústria de software esperava que a pirataria se espalhasse. E isso não aconteceu – o mercado continua crescendo. Por quê? Quanto mais um programa é pirateado, mais provavelmente ele se tornará um padrão. Todos esses exemplos apontam para a mesma conclusão: a distribuição não comercial de informação aumenta a venda de informações comerciais. A abundância gera abundância. (...) Depois da morte do direito autoral, acho que nossos interesses serão garantidos pelos seguintes valores práticos: relacionamento, conveniência, interatividade, serviço e ética. (...) Em geral, se substituirmos “propriedade” por “relacionamento” entenderemos por que uma economia de informação digitalizada pode funcionar muito

289 BARLOW, John Perry. Economia de idéias. Info Exame. São Paulo, p. 67-72, fevereiro 2001.

bem na ausência de uma lei de propriedade. Conveniência é outro fator importantíssimo na remuneração futura da criação. O motivo pelo qual o vídeo não matou o cinema é que era mais conveniente alugar um vídeo que copiá-lo. Software é fácil de ser copiado, mas a pirataria não empobreceu Bill Gates. Por quê? No longo prazo é mais conveniente entrar num relacionamento com a Microsoft se você pretende usar seus produtos permanentemente. A interatividade também é fundamental para o futuro da criação. Desempenho é forma de interação. (...) Finalmente, há o papel da ética. As pessoas se sentem inclinadas a premiar o valor criativo, se não for difícil demais fazê-lo.”

Realmente impedir uma cópia através de instrumentos tecnológicos é de difícil aplicabilidade. No entanto o Direito Autoral não se tornará mais fraco, ou “morrerá”, como afirma Perry Barlow, já que como dito antes, o caos da informação fará com que se busque informação confiável, e a confiabilidade vem ocorrendo com a proteção do Direito Autoral à informação o que afasta e diminui a pirataria.

Além disso, se “as pessoas se sentem inclinadas a premiar o valor criativo” nada mais evidente do que o Direito Autoral para proteger tal premiação visto que tem como objeto a obra artística, fruto da criação de espírito.

Como bem observa Ascensão (2002:01): “... surgiu a tendência de todos os interessados pretenderem a tutela através do direito de autor, por este oferecer a proteção mais ampla existente, no domínio dos direitos intelectuais.”

Como o Direito Autoral visa a proteção da obra artística e proliferação da cultura por meio do livre acesso, vê-se que a disse-

minação da informação faz com que se obtenha maior interação entre o objeto Direito Autoral e o público. Esta interação está cada vez mais mensurável devido os meios tecnológicos de rastreamento e criptagem.

Com o afirma Marzochi (*op. cit.*):

“O direito autoral é necessário. Não há motivo para declará-lo morto. Deve existir como forma de garantir segurança financeira ao artista, estímulo à criação e circulação de conhecimento... O meio digital não é um obstáculo à proteção ao autor. A própria tecnologia tem meios para coibir a violação. E não se trata de uma mudança cultural. Basta a aplicação efetiva da lei.”

A “aplicação efetiva da lei” como sugere Marcelo De Luca vai se fazer presente a partir do momento em que a legislação autoral evoluir e se adaptar às mudanças proporcionadas pela tecnologia. É o que vem ocorrendo, como observado nos conceitos de distribuição, reprodução e comunicação ao público presentes na Lei de Direitos Autorais, Lei 9.610/98. Mas essa não é uma questão apenas de adaptação, nota-se que a evolução da legislação autoral deve ir no sentido de fornecer à sociedade maior valor para a norma autoral para que se obtenha maior eficácia social.

3. TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO E EFICÁCIA SOCIAL NA VISÃO REALEANA

3.1 – Tridimensionalismo específico

Mister se faz agora uma simples análise da Teoria Tridimensional do Direito para que se possa verificar o verdadeiro impacto tecnológico propiciado pela Sociedade da Informação no Direito Autoral. Visto que evolução tecnológica e legislativa (FATOS) tem fomentado maior sentido axiológico (VALOR) para a sociedade, uma vez que várias formas expressão estão surgindo e buscando proteção na lei autoral (NORMA).

A concepção de Direito engloba três elementos essenciais, já que o Direito em sua essência pode ser visto como um ordenamento, como um fato e como valor de Justiça. Nesse sentido tem-se a seguinte demonstração de Reale (1998:65):

“a) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um *fato* subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc); um *valor* que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e finalmente, uma *regra ou norma*, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, fato ou valo;

b) tais elementos ou fatores (*fato, valor e norma*) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta;

c) mais ainda, esses elementos ou fatores não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (...) de

tal modo que a vida do direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram.”

A Teoria Tridimensional do Direito especificada por Reale aprecia os elementos fato, valor e norma, de forma a concebê-los como entes imprescindíveis ao Direito. Segundo Reale (2000) os três elementos são “inelimináveis do direito” e ainda: “a minha teoria busca correlacionar dialeticamente os três elementos em uma unidade integrante.”

A polaridade existente entre *fato* e *valor* resulta o momento normativo, que servirá de solução superadora e integrante nos limites circunstanciais de lugar e tempo (REALE 2000:57). Disto resulta que as variações de tempo e lugar ora farão prevalecer o momento normativo, ora o momento axiológico e ora o momento fático, mas sempre em função dos outro dois.

Verifica-se, pois, que Miguel Reale leva em consideração as “circunstâncias de lugar e tempo”. No mundo globalizado, onde a interação entre diversos povos é constante e ,da mesma forma, os conflitos entre diversas normas e interesses se fazem mais presentes, a análise dos diferentes valores de cada lugar em determinado tempo é de suma importância, pois a norma jurídica é uma realidade cultural já que através dela se compõem conflitos de interesses, e se integram renovadas tensões fático-axiológicas.

As tensões entre o mundo da natureza e o mundo do espírito, mundo fático e mundo axiológico, mundo da propriedade e mundo da liberdade, resolve-se por meio de um processo

normativo de natureza integrante, como bem observa Reale (2000:74).

O conflito entre propriedade e liberdade sempre foi constante no mundo jurídico. A propriedade física, espacial, por exemplo, sofreu limitações com a função social da propriedade. Da mesma forma, a liberdade de ir e vir, nem sempre é plena. As limitações inerentes a cada um desses direitos humanos fundamentais sofre variações de acordo com o querer coletivo. A análise do interesse da coletividade é imprescindível para que se limitar este ou aquele direito.

Numa primeira análise, nota-se que na Sociedade da Informação o principal pilar é o da liberdade de acesso, isto se deve ao fato social propiciado pela evolução tecnológica da divulgação da informação e cultura. No entanto, a propriedade intelectual e suas formas de proteção também ganharam grande destaque na atual sociedade. Cada vez mais se valoriza a cultura, a criatividade e a informação advinda desta criatividade, o que gera um paradoxo sobre a proteção conferida à propriedade intelectual e à liberdade de acesso aos frutos desta propriedade intelectual.

A “liberdade de acesso” e “propriedade intelectual” interagem mutuamente com a evolução tecnológica o que implica segundo (REALE 98:67) em uma “estrutura normativa como momento de realização do Direito”. Desse modo, o que se pode notar é que está havendo um conflito de valores acirrado pela evolução tecnológica, que só pode ser resolvido por um processo normativo que irá depender da eficácia social dada ao Direito Autoral.

3.2 – Eficácia Social

É indubitável que o interesse social reflete diretamente na validade de uma norma jurídica. Não basta a simples existência formal de uma norma (vigência), como acontece com várias leis ambientais, que titulam como crime o simples “pisar” em uma grama ou jardim, a aplicabilidade social da norma deve ser aceita e reconhecida pela sociedade. Para Reale (1998:112):

“A eficácia se refere, pois, à aplicação ou execução da norma jurídica, ou por outras palavras, é a regra jurídica enquanto momento de conduta humana. A sociedade deve viver o Direito e como tal reconhecê-lo. Reconhecido o Direito, é ele incorporado à maneira de ser e agir da coletividade. (...) O certo é, porém, que não há norma jurídica sem um mínimo de eficácia, de execução ou aplicação no seio do grupo. ”

O referido autor esclarece que: “A regra de direito deve, por conseguinte, ser *formalmente válida e socialmente eficaz*” (REALE, *op. cit*)

Reale faz a seguinte diferenciação entre validade formal (vigência) e eficácia:

“Validade formal ou vigência é, em suma, uma propriedade que diz respeito à competência dos órgãos e aos processos de produção e reconhecimento do Direito no plano normativo. A eficácia, ao contrário, tem um caráter experimental, porquanto se refere ao cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, ao “reconhecimento” (*anerkennung*) do Direito pela comunidade, no plano social, ou, mais particularizadamente, aos efeitos sociais que uma regra suscita através de seu cumprimento.” (REALE; *op. cit.*, 114)

A propriedade intelectual, mais precisamente o Direito Autoral, sempre foi alvo de grandes ataques. Seus institutos nem sempre foram respeitados, por várias vezes regras de Direito Autoral caíram em desuso devido ao avanço tecnológico, o que acarretava sempre novas regras. No entanto, o princípio básico de Direito Autoral, que é a proteção à atividade criadora sempre persistiu, fazendo com que ao surgir um nova tecnologia, o Direito Autoral se adapte e se fortaleça.

Apesar da persistência do princípio da proteção à atividade criadora, a “sociedade nem sempre viveu o Direito” por ele defendido (REALE, 1998:112). Uma das justificativas da falta de interesse coletivo face à proteção conferida ao autor deve-se, principalmente, ao mercado, ao comércio.

As grandes editoras ou gravadoras, sempre refletiram em seus preços valores que não são reais, sempre justificaram que era elevado o custo de um CD ou de um livro, por exemplo. O que sempre resultou em formas alternativas, e por vezes ilícitas, de acesso à determinadas obras. Essas empresas, na verdade, funcionam na maioria das vezes como atravessadoras, o que eleva qualquer tipo de custo.

Os direitos exclusivos do autor beneficiam mais as empresas do que o próprio autor intelectual da obra. Como bem afirma Ascensão (2002): “os direitos exclusivos são, na sua justificação e apresentação legal, direitos dos autores; na sua realidade prática, direitos das empresas.”

Ascensão (2002:71) aponta o seguinte exemplo da situação dos Estados Unidos:

“A situação dos Estados unidos da América é paradigmática. A tão desejada tutela do autor reverte para as empresas; porque os contratos de utilização acarretam, quase com fatalidade, a transmissão para a empresa dos direitos do autor, que é quem lucra afinal com eles.”

A remuneração justa do autor, na prática, não acontece, o *copyright* reveste para as empresas a exploração econômica da obra, os contratos de cessão e exploração da obra fazem que a empresa se beneficie de uma tutela que foi criada para finalidade diversa.

As empresas sempre foram à busca de maiores lucros, o que para a sociedade se refletia em maiores custos para se ter acesso à determinada obra. Para o consumidor, coletividade, não interessava quem iria ter vantagem com a utilização da obra, importando na verdade é se seus interesses estariam sendo respeitados, tanto os jurídicos quanto, e principalmente, os econômicos, ambos fortalecidos pela liberdade de acesso.

No atual estágio de desenvolvimento da Sociedade da Informação, o que mais se observa é batalha desesperadora da indústria em prol dos Direitos Autorais, enquanto propriedade intelectual e não como fruto da atividade criadora.

Diante desse conflito, propriedade intelectual e liberdade de acesso à discussão social, no que diz respeito aos Direitos Autorais, vêm aumentando. Mais do que a vinte ou trinta anos atrás, discute-se sobre o futuro do Direito Autoral, mas os consumidores e a coletividade no geral utilizam as limitações

ao Direito Autoral para acessarem livremente as obras que lhes interessam.

No Brasil, o Direito Autoral e a tecnologia vêm provocando batalha entre gravadoras e artistas e, por conseguinte, uma maior discussão social. Prova disso é que está sendo organizado um abaixo-assinado, contendo mais de 200 (duzentos) nomes, sob a coordenação de Lobão e Beth Carvalho para pressionar o Congresso Nacional a aprovar o Projeto de Lei que determina a numeração de todos os discos (e livros) fabricados. A intenção é deixar mais claro o número de CDs vendidos, para que o controle das vendas não fique sujeito a manipulações que acarretam em prejuízo na arrecadação do direito autoral dos artistas.

Também a coletividade por meio do Direito do Consumidor vai a procura de produtos de qualidades e por mais que a pirataria se desenvolva – o que tem ocorrido exponencialmente – ainda é a discrepante diferença de qualidade de um produto original e os piratas no geral. Isso faz com que os consumidores utilizem o Direito Autoral subsidiariamente ao Direito do consumidor, ou vice-versa, visto que as empresas que utilizam serviços piratas não são obrigadas a desenvolver seus produtos como as empresas que fornecem produtos originais.

Somada a falta de qualidade e garantia por parte dos produtos piratas, o próprio excesso de pirataria está fazendo com que haja uma diminuição da mesma. Passada a euforia inicial provocada pela facilidade de se obter uma obra pela Internet, principalmente as musicais, os apaixonados por músicas já possuem sua própria coletânea. A liberdade de escolha facilitada pela grande

rede está fazendo com que estes afixionados melhorem seus acervos pela obtenção de produtos originais. Como mencionado, está havendo uma procura maior por *sites* pagos em contraposição à *sites* piratas.

O Estado Democrático de Direito faz com que a liberdade de acesso dada ao consumidor favoreça a busca pela obra original, porque a facilidade de obter dados na Internet não garante que estes sejam “limpos”. Pode-se baixar um vírus juntamente com uma música, mas não se pode responsabilizar um *site* ou serviço pirata. Isto é, independente de onde se obtenha a obra, seja ela original ou pirata, com ou sem autorização do titular, o risco é o mesmo, mas quem pode reparar este risco, ou sofrer as consequências dele não.

No Brasil, entidades como ECAD ainda não possuem elevada legitimidade social. Isso se deve a vários fatores, retomando Neto, tais como: “os próprios compositores, que desconhecem a estrutura e o seu funcionamento, até as grandes empresas interessadas em não pagar os direitos das obras de musicais de que se utiliza (...)”. A falta de legitimidade social do ECAD também é fruto da sua própria estrutura logística e humana, já que ainda é falho seu poder de fiscalização sobre arrecadação e distribuição.

Todavia, o ECAD tem demonstrado ser imprescindível para a proteção dos direitos autorais, como ressalta a moderna decisão proferida na ADIN 2054-4, na qual se discutiu a legitimidade de atuação do ECAD, proposta pelo Partido Social Trabalhista – PST em face do Presidente da República e do Congresso Nacional, como se destaca:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ECAD. ART. 99 E § 10. DA LEI Nº. 9610/98. ARTS. 5º, INCS. XVII E XX, E 173, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Ente que não se dedica à exploração de atividade econômica, não podendo, por isso, representar ameaça de dominação dos mercados, de eliminação da concorrência e de aumento arbitrário de lucros, práticas vedadas pelo último dispositivo constitucional em enfoque. **De outra parte, a experiência demonstrou representar ele instrumento imprescindível à proteção dos direitos autorais, preconizada no inc, XXVIII e suas alíneas a e b do art. 5º da Constituição, garantia que, no caso, tem preferência sobre o princípio da livre associação (incs. XVII e XX do mesmo artigo) apontado como ofendido. (grifos nossos)**

Em questionamento sobre a influência do direito autoral nas músicas divulgadas via Internet, o ECAD, através de sua assessoria jurídica, Dra Berenice Reis Lopes, respondeu que “já possui um valor pré-fixado pelos autores das obras, e que o ECAD encontra-se em negociação com alguns sites e empresas para acerto quanto ao recolhimento.”²⁹⁰

Nota-se que mesmo havendo este tipo de negociação por parte do ECAD e também um aumento na arrecadação por parte do mesmo, ainda é insuficiente o reconhecimento dado a esta entidade. É necessário ampliar legalmente o campo de atuação do ECAD, capacitando-o para a Gestão Digital de Direitos, como aconteceu nos EUA, como explicita Kamisnki *apud* Elias (2002):

290 LOPES, Berenice Reis. < ECAD Unidade MG – Jurídico > Aos cuidados da Sra. Berenice – Questionamento sobre a influência do Direito Autoral nas músicas via Internet. 17jun. 2004. Enviada às 18h01min. Mensagem para Fábio Barbosa Pereira < fabiobpereira@bol.com.br > .

“Percebendo um zelo excessivo na cultura de proteção dos direitos autorais, um grupo de estudiosos da lei e tecnologia resolveu criar uma empresa sem fins lucrativos que pretende desenvolver meios para que artistas, escritores e detentores de direitos autorais possam facilmente destinar seus trabalhos à livre distribuição. Os criadores da iniciativa argumentam que a expansão da proteção legal para a propriedade intelectual, tal qual uma lei de 1998 que estende o período de direitos autorais por 20 anos, acabará por inibir a criatividade e a inovação. Mas o foco principal do Creative Commons é o de identificar claramente o material destinado à distribuição e compartilhamento. A idéia é tornar mais fácil o ato de se destinar algum material ao domínio público, e isto por si só irá encorajar mais pessoas a fazê-lo. O primeiro projeto da empresa é o de criar uma série de licenças que declarem as condições sob as quais um determinado trabalho poderá ser copiado e utilizado por terceiros. Músicos que queiram divulgar seu trabalho, por exemplo, poderão permitir às pessoas que copiem músicas para uso não-comercia. Artistas gráficos poderão permitir um número de cópias ilimitado de determinada obra, desde que sejam creditados. O objetivo é tornar essas licenças legíveis às máquinas, assim qualquer pessoa poderá se dirigir a um mecanismo de busca na Internet e procurar por imagens ou por determinado gênero e música, por exemplo, que possa ser copiado sem que haja embaraços legais. Os projetos de lei versando sobre direitos autorais no Brasil não falam em Gestão Digital de Direitos nem em Internet. Buscam alterar a forma de arrecadação do escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD, e criar exceções para a execução de músicas em determinados ambientes.”²⁹¹

291 KAMINSKI, Omar. Introdução à gestão de direitos digitais. In: WACHOWICS, Marcos. (Org.). Propriedade intelectual & Internet. Curitiba: Juruá, 2002. p. 105-143.

4. O PARADOXO DA INSTRUMENTALIZAÇÃO RECÍPROCA ENTRE SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E DIREITO AUTORAL.

4.1 – Liberdade de acesso versus propriedade intelectual

O papel do Estado é de fundamental importância na defesa do Direito Autoral, no atual estágio de desenvolvimento da Sociedade da Informação. Como visto, o Estado deve agir de modo que reconheça a atual etapa de transição paradigmática enfrentada pela sociedade e reconheça também os paradoxos da etapa.

Estudos devem ser efetuados a partir de princípios que estão surgindo, o Estado deve agir, pois “a tecnologia expressa a habilidade de uma Sociedade para impulsionar seu domínio tecnológico por meio das instituições sociais, inclusive o Estado.” (OLIVO, 2003:323).

Segundo Kuhn *apud* Olivo (2003):

“a transição de um paradigma em crise para um novo está longe de ser um processo cumulativo obtido por meio de uma articulação do velho paradigma. É antes uma reconstrução de áreas de estudos a partir de novos princípios (...) Durante o período de transição haverá uma grande coincidência (embora nunca completa) entre os problemas que podem ser resolvidos pelo antigo paradigma e os que podem ser resolvidos pelo novo.”²⁹²

292 KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. Tradução de Beatriz Vianna e Nelson Boeira. 3. Ed. São Paulo: Perspectiva, 1989. Coleção Debates.

Será uma tarefa difícil a ser enfrentada pelo Estado e pela sociedade, visto que a informação e o conhecimento como “principais fontes de riqueza” da Sociedade da Informação, adotando Lévy²⁹³ (*apud* OLIVO: 2003), dependem da liberdade de acesso que esbarra e encontra obstáculos na proteção conferida à propriedade intelectual. É um paradoxo interessante, porque ao mesmo tempo em que o conhecimento torna-se maior riqueza desta sociedade do saber, como interesse coletivo, o próprio conhecimento, intelecto, oferece obstáculos como interesse individual, é o paradoxo da “propriedade *versus* o bem cultural” (ROVER, 2002).

Verifica-se, de certo modo o que afirma Avancini (2003): “o direito à informação choca com o direito autoral, tanto mais porque os conteúdos e informações que navegam por esta rede mundial de computadores estão protegidos pelas leis de direitos autorais.”

Apesar da dificuldade existente de conciliar estes direitos humanos fundamentais, nota-se, da mesma forma, que ambos possuem instrumentos capazes de possibilitar o surgimento de normas jurídicas com “um *mínimo de eficácia*, de execução ou aplicação no seio do grupo” (REALE, 1998).

Instrumentos do atual estágio de desenvolvimento da Sociedade da Informação, tais como a Internet e MP3, que possibilitaram maior acesso à cultura musical, contribuindo para a função social da propriedade intelectual e também, a criptagem que pode

293 LEVY, Pierre (a). O que é virtual? Tradução de Paulo Neves. 3. Reimpr. São Paulo: Ed. 34, 1999.

limitar as reproduções sem autorização do titular da obra autoral e, como afirma Ascensão (2002), “possibilitar ao autor maior controle sobre informações que entidades de gestão coletiva lhe forneça”. Por outro lado, instrumentos normativos que “procuram conciliar os direitos autorais a esta nova realidade da Sociedade da Informação, quais sejam os Tratados OMPI sobre direito do autor (TODA/WCT) e sobre execução de fonogramas (TOIEF/WWPPT)” (AVANCINI, *op. cit.*), bem como a Lei 9.609 – Lei de proteção ao Software e Lei 9.610, Lei de Direitos autorais, ambas de 1998.

A ação conjunta da sociedade e do Estado deve ser efetuada através de uma releitura da Sociedade da Informação para que se possa aplicar com efetividade jurídica os instrumentos concedidos pela mesma. É necessário que se conceda ao ciberespaço “valor jurídico como fato político, econômico, tecnológico, cultural e social” que representa, e este valor jurídico se constituirá, com bem observa (AVANCINI, *op cit.*), por meio de uma “reflexão e definição de direitos e deveres e liberdades do indivíduo dentro do paradigma digital”.

Mister se faz a análise da função social da propriedade intelectual para que se possa produzir um maior equilíbrio nesta sociedade paradoxal. A propriedade intelectual, o direito autoral têm como objeto a proteção à criação de espírito, de onde se abstrai cultura e conhecimento. Isto, segundo Avancini (2002) deve-se ao fato de que a “proteção contribui para a manutenção e o desenvolvimento da atividade criativa, no interesse dos autores, dos intérpretes ou executantes, dos produtores, dos consumidores, da cultura, da indústria e do público em geral”.

A busca pela harmonia e pela comunhão entre a função social da propriedade intelectual, de interesses diversos, e a liberdade de acesso deve se dar no sentido de uma redefinição dos conceitos e valores de Direito Autoral. E, da mesma forma, no sentido de uma valoração jurídica ao ciberespaço. A existência deste paradoxo para o Direito é fundamental, conforme entendimento de Rover, 2002: “porque ao mesmo tempo em que podem trazer problemas podem trazer soluções”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constante evolução das sociedades e a transição paradigmática fazem com que o Direito reflita seus valores e conceitos, pois ele visa regular os hábitos e atividades sociais. Esta reflexão tem incidência devido a melhor visualização e utilização de novos fatos e instrumentos, de adaptações conceituais, de novas interpretações às regras jurídicas nacionais e internacionais e também a um equilíbrio entre as novas realidades e o Direito.

Essa reflexão, no entanto, não se consegue facilmente, na verdade ocorre lentamente se comparada com a evolução tecnológica atual que cresce exponencialmente, deixando, por vezes, uma grande lacuna entre Direito e os novos fatos sociais, econômicos, políticos e tecnológicos.

No campo da propriedade intelectual, Direito Autoral, a necessidade de adaptação é mais urgente, visto que instrumentos da Sociedade da Informação, como a Internet, MP3, Criptografia, estão provocando grandes impactos e conflitos neste ramo do Direito.

Embora muitos aleguem a “morte do Direito Autoral” devido a instrumentos como a Internet, MP3, Criptografia, pode-se verificar que os mesmos são capazes de propiciar maior eficácia ao Direito Autoral, basta que estes sejam mais bem visualizados e utilizados pelo Direito.

Esses instrumentos tecnológicos podem nos fornecer dados e estatísticas que permitem um controle mais preciso e mensu-

rável do número de usuários de *sites* que oferecem programas de compartilhamento de arquivos musicais, possibilitando, assim, que haja uma colheita de informações mais eficiente, por parte do autor ou da empresa de gestão para fins de remuneração. Os cartórios virtuais e documentos eletrônicos possibilitam, por exemplo, um registro eletrônico da obra, no caso em tela da obra musical, para averiguação *on line*. Lembrando-se que haverá a possibilidade de se comparar obras musicais e seus plágios de maneira mais efetiva.

Contudo, o controle por parte do autor, ou empresa de gestão, entra em conflito com o direito autoral, na medida que limita o acesso a cultura, como também entra em conflito com o princípio da liberdade de acesso, pilar da Sociedade da Informação, necessitando-se, portanto, de ponderação, harmonia e equilíbrio entre princípios para melhor adequação de Sociedade da Informação e Direito Autoral. Por isso, sugere-se o controle para fins estatísticos e não para restrições econômicas.

O grande problema é fazer com que os autores, ou titulares tenham acesso a estes instrumentos, como fazer com que um autor, não renomado, tenha condições de criptografar sua obra. Esse tipo de problema vem sendo estudado internacionalmente em reuniões agendadas pela Cúpula Mundial da Sociedade da Informação e até mesmo em nível nacional, com a presença do Comitê Gestor e do Livro Verde.

Ao Direito cabe visualizar esses instrumentos e saber utilizá-los para seu proveito. No Brasil, a ampliação, em alguns conceitos, do Direito Autoral, presentes na Lei. 9.610/98, como repro-

dução, distribuição, execução pública permitiu, que se alcançasse à forma digital, atendendo o princípio autoral de exclusividade do autor também no que concerne às novas utilizações decorrentes do avanço tecnológico.

Os principais oponentes das novas formas de utilização das obras musicais são as produtoras de fonogramas e suas associações que alegam prejuízos nas vendas musicais com a utilização do MP3 nos últimos anos. No entanto, estudos comprovam que esta tecnologia vem proporcionando maior combate à pirataria, bem como oferece poucos obstáculos à venda de CDs, muito pelo contrário, vem proporcionando aumento na venda de músicas on-line. Soma-se a isto, o fato de que a substituição pelas novas formas de utilização é inevitável, assim como ocorreu com os discos em vinil substituído pelo CD.

Além das formas de contribuição da Sociedade da Informação ao Direito Autoral, outros impactos positivos podem ser notados, como, por exemplo a melhor difusão e exploração da obra musical, cada indivíduo pode ter e fazer sua própria coletânea a baixo custo. Está sendo comprovado que o custo de fabricação, destruição e reprodução de CDs não é o apontado pela indústria fonográfica, sendo, na realidade, bem inferior, o que está levando este tipo de indústria a uma melhor transparência perante os autores e sociedade.

Mas não é só a Sociedade da Informação que contribui para o Direito Autoral, existe entre ambos uma interação, uma contribuição recíproca. O Direito Autoral possui uma nova função social, a de proteger a informação, contra excesso, manipulação

e caos da mesma. Seus instrumentos como os Tratados OMPI e Lei. 9.610 já visam conciliar a propriedade intelectual com a nova realidade tecnológica

É necessária uma releitura da Sociedade da Informação, a fim de que se obtenha uma melhor eficácia jurídica para seus instrumentos. É necessário, sim, que haja uma regulamentação, com a imposição de limites no ciberespaço. A liberdade pretendida deve ser uma liberdade regulada.

Assim como também é necessária uma releitura do Direito Autoral, através da análise dos valores da função social da propriedade intelectual que, por muitas vezes, é explorada de maneira equivocada, sem a devida proteção à cultura, sendo que suas normas atingem interesses diversos e não a obra em si, a atividade de espírito.

Enfim, a aplicação harmoniosa, ponderada e equilibrada dos instrumentos da Sociedade da Informação e os princípios do Direito Autoral, através de uma definição de valores e contribuição recíproca fará com que os princípios da liberdade de acesso e exclusividade de utilização – princípios da Sociedade da Informação e Direito Autoral respectivamente – produzam uma eficácia social de maior amplitude.

Referências

ARATA JR. O equilíbrio do poder na regulamentação da Internet: critérios e conseqüências. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo: vol. 96, janeiro/dezembro, 2001.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*, 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. *Direito da Internet e da Sociedade da Informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ATHENIENSE, Alexandre. *Internet e o Direito*. Belo Horizonte: Inédita. 2000.

AVANCINI, Helenara Braga. *Breves Considerações acerca do Paradoxo da Sociedade da Informação e os Limites dos Direitos Autorais*. Resumo da dissertação de Mestrado em Direito do Programa de Pós-graduação da UNISINOS, intitulada O paradoxo da Sociedade da Informação e os Limites dos Direitos Autorais. Dissertação, Curso de pós-graduação em direito da Unisinos, 2002. In.: Revista ABPI, nº 65. mar./abr. de 2003.

BARBAGALO, Erica Brandini. *Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores peculiaridades jurídicas da formação do vínculo*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BLATMAN, Ursula e RADOS, Gregório Jean Varvakis. Direitos Autorais e Internet: do conteúdo ao acesso. In: Rev. Online da Bibl. Prof. Joel Martins, Campinas: v.2, n.3, p.86-96, jun.2001.

BLUM, Renato M. S. Opice, ABRUSIO, Juliana Canha. Direito Autoral eletrônico. In: LEMOS, Ronaldo, WEISBERG, Ivo. Conflitos sobre nomes de domínio: e outras questões jurídicas da Internet. São Paulo: Revista dos Tribunais: Fundação Getúlio Vargas, 2003.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1998.

_____, *Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998* – Lei de Direitos Autorais.

_____, *Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998* – Lei do Software.

BRUNO, Gilberto Marques. Considerações sobre os direitos autorais no “www”. A proteção das criações do espírito e a necessidade de registro como meio de prova em casos de publicação. Jus Navigandi, Teresina: a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2173>>. Acesso em: 28 março de 2004 .

CERQUEIRA, Tarcisio Queiroz. A regulamentação da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto>. Acesso em 26 de Julho de 2002.

COLARES, Rodrigo Guimarães. Direitos autorais na Internet: uma questão cultural. Disponível em: <<http://www.internetlegal.com.br>>. Acesso em 07 de junho de 2004.

CORRÊA, Gustavo Testa. *Aspecto Jurídico da Internet*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ELIAS, Paulo Sá. Novas Tecnologias, telemática e os Direitos Autorais. Disponível em: <[http:// www.internetlegal.com.br](http://www.internetlegal.com.br)>. Acesso em 04 de maio de 2004.

GALDEMAN, Henrique: *De Gutemberg à Internet: direitos autorais na era digital*. 2 ed., Rio de Janeiro: Record, 1997.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LANGE, Deise Fabiane. *O impacto da Tecnologia Digital sobre o Direito de Autor e Conexos*. São Leopoldo: Unisinos, 1996.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. *Proteção jurídica do software: eficácia e adequação*. Porto Alegre: Síntese, 1998.

LUNA FILHO, Eury Pereira. A Internet no Brasil e o Direito no ciberespaço. Disponível em: < <http://www.jus.com.br/images/2x2.gif>> Acesso em: 23 de abril 2003.

MARZOCHI, Marcelo de Luca, Internet e Direito Autoral. Disponível em: <<http://www.internetlegal.com.br>>. Acesso em 04 maio de 2004.

MELO, Marco Antônio Ferreira de. A tecnologia, direito e solidariedade. In: ROVER, Aires José – org. *Direito, Sociedade e Informática: limites e perspectivas da vida digital*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

NETO, Hildebrando Pontes: Sociedade Única ou Pluralidade de Sociedades, Brasília, 48 R. CEJ, n. 21, p. 45-48, abr./jun. 2003

DE OLIVO, Luis Carlos Cancelier, Os “novos” direitos enquanto

direitos públicos virtuais na Sociedade da Informação. In: WOLKMER, Antônio Carlos, LEITE, José Rubens Morato, *Os "novos" direitos no Brasil: natureza e perspectivas, uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. Os Institutos do Direito Informático. Disponível em: *Âmbito Jurídico*, ago/2003 [Internet] <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/int0011.htm>. Acesso em 20 de maio de 2004.

PILATI, Isaac. Direitos autorais e Internet. In: ROVER, Aires J. (org). *Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital*. Florianópolis: Boiteux, 2000, p 127-134.

PORTUGAL. *Livro Verde para a Sociedade da Informação*. Ministério da Ciência e da Tecnologia, Missão para a Sociedade da Informação, 1997.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. Ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

ROHRMAN, Carlos Alberto. A proteção dos Direitos Autorais nos Estados Unidos em face da digitalização: o caso NAPSTER. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos, Belo Horizonte*: vol. 8, 2001.

ROVER, Aires J. Os paradoxos da proteção à Propriedade Intelectual. Disponível em <<http://www.internetlegal.com.br>>. Acesso em 11 de maio de 2004.

SILVEIRA, Newton, 1939. *A propriedade intelectual e as novas leis autorais*. São Paulo, Saraiva: 1998.

DA SILVA, Edna Lúcia. *Metodologia da pesquisa e elaboração de dissertação*. 2 ed. rev. Florianópolis: Laboratório de Ensino a Distância da UFSC, 2001.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. A proteção e o exercício dos Direitos Autorais no comércio eletrônico. Revista da ABPI, n. 42, set. –out, 1999.

_____, Manoel J. Pereira dos. Direito Autoral na Internet. In: GRECO, Marco Aurélio, MARTINS, Ives Gandra da Silva. GRECO, Marco Aurélio, MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direito e Internet: Relações jurídicas na sociedade informatizada*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TAKAHASHI, Tadao. *Sociedade da Informação no Brasil: livro verde* (org) Tadao Takasshi, Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

WALD, Arnold. Contratos Eletrônicos. In: GRECO, Marco Aurélio, MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direito e Internet: Relações jurídicas na sociedade informatizada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

